

# TRATADO LATINOAMERICANO DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA



GERMÁN SILVA GARCÍA  
(EDITOR)

LUISA MARÍA ACEVEDO MARÍA INÉS BERGOGLIO WANDA CAPELLER  
JORGE ENRIQUE CARVAJAL ANA MILENA CORAL-DÍAZ ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ  
MARÍA FRANCISCA ELGUETA JOSÉ FERNANDO FLÓREZ FERNANDO GASPAR DUEÑAS  
PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ LUIS EDUARDO MORÁS ERIC EDUARDO PALMA  
ANTONIO PEÑA JUMPA ROGELIO PÉREZ PERDOMO BERNARDO PÉREZ-SALAZAR  
GERMÁN SILVA GARCÍA ANTONIO CARLOS WOLKMER



Instituto Latinoamericano de Altos Estudios

**Tratado latinoamericano de  
sociología jurídica**

INSTITUTO  
LATINOAMERICANO  
DE ALTOS ESTUDIOS



# **Tratado latinoamericano de sociología jurídica**

Germán Silva García (Editor)  
Luisa María Acevedo  
María Inés Bergoglio  
Wanda Capeller  
Jorge Enrique Carvajal  
Ana Milena Coral-Díaz  
Angélica Cuéllar Vázquez  
María Francisca Elgueta  
José Fernando Flórez  
Fernando Gaspar Dueñas  
Pablo Elías González Monguí  
Luis Eduardo Morás  
Eric Eduardo Palma  
Antonio Peña Juma  
Rogelio Pérez Perdomo  
Bernardo Pérez-Salazar  
Germán Silva García  
Antonio Carlos Wolkmer

INSTITUTO  
LATINOAMERICANO  
DE ALTOS ESTUDIOS

Queda prohibida la reproducción por cualquier medio físico o digital de toda o una parte de esta obra sin permiso expreso del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–.

Publicación sometida a evaluación de pares académicos, mediante el sistema de “doble ciego”, requisito para la indexación en la Web of Science de Clarivate (*Peer Review Double Blind*).

Esta publicación está bajo la licencia Creative Commons Reconocimiento - NoComercial - SinObraDerivada 4.0 Unported License.



ISBN 978-628-7661-11-0

- © Germán Silva García (Editor) / Luisa María Acevedo / María Inés Bergoglio / Wanda Capeller / Jorge Enrique Carvajal / Ana Milena Coral-Díaz / Angélica Cuéllar Vázquez / María Francisca Elgueta / José Fernando Flórez / Fernando Gaspar Dueñas / Pablo Elías González Monguí / Luis Eduardo Morás / Eric Eduardo Palma / Antonio Peña Jumpa / Rogelio Pérez Perdomo / Bernardo Pérez-Salazar / Germán Silva García / Antonio Carlos Wolkmer, 2023
- © Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2023

Derechos patrimoniales exclusivos de publicación y distribución de la obra  
Cra. 18 # 39A-46, Teusaquillo, Bogotá, Colombia  
PBX: (57) 601 232-3705  
[www.ilae.edu.co](http://www.ilae.edu.co)

Diseño de carátula y composición: Harold Rodríguez Alba  
Edición electrónica: Editorial Milla Ltda. (57) 601 323-2181  
[editorialmilla@telmex.net.co](mailto:editorialmilla@telmex.net.co)

Editado en Colombia  
*Published in Colombia*

## Contenido

<b>PRESENTACIÓN</b>	<b>11</b>
<b>PARTE GENERAL</b>	
<b>CAPÍTULO PRIMERO</b>	
ASPECTOS FUNDAMENTALES	15
<b>GERMÁN SILVA GARCÍA</b>	
I. Introducción	15
II. Concepto y objeto de estudio	25
III. Paradigmas, métodos y técnicas de investigación	33
IV. Contenido	39
V. Reflexiones finales	48
Referencias	49
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
CONFLICTO Y CAMBIO SOCIALES	59
<b>PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ</b>	
I. Introducción	59
II. Conceptos de conflicto y cambio sociales	63
III. Relaciones de cooperación y conflictividad	67
IV. Tipos y características del conflicto	74
V. Los nuevos conflictos sociales	82
VI. Tratamiento y respuesta a los conflictos	86
VII. Reflexiones finales	90
Referencias	91
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
CONTROL SOCIAL	99
<b>WANDA CAPELLER</b>	
I. Introducción	99
II. Control social, consenso, normas e integración	104
III. Control social, reacción social, interaccionismo simbólico	114
IV. Control social, espacios de poder y dialéctica del control	117
V. Control social, marginalidad y exclusión	120
VI. Control social globalizado:	
seguridad global y tecnificación del control	127
VII. Reflexiones finales	131
Referencias	133

**CAPÍTULO CUARTO**

ACCIÓN SOCIAL Y DERECHO	147
<b>BERNARDO PÉREZ SALAZAR</b>	
<b>LUISA MARÍA ACEVEDO</b>	
I. Introducción	147
II. Conceptos y dinámicas de representación de la acción social	154
III. La acción social en el derecho	160
IV. Elementos en la génesis de la acción social	163
V. La desviación social	168
VI. La divergencia social	172
VII. Reflexiones finales	178
Referencias	180

**PARTE ESPECIAL****CAPÍTULO QUINTO**

EDUCACIÓN JURÍDICA:	
CONSOLIDACIÓN DE UN CAMPO Y ANTECEDENTES	191
<b>ERIC EDUARDO PALMA</b>	
<b>MARÍA FRANCISCA ELGUETA</b>	
I. Introducción	192
II. Cuatro momentos en el interés por la reforma de la educación jurídica	192
III. Fenómenos que inciden en las características de la fase actual	204
IV. Formación jurídica y contexto universitario	215
V. Impacto en la pedagogía jurídica: consolidación de un campo de estudio y emergencia de una disciplina	219
VI. Reflexiones finales	224
Referencias	226

**CAPÍTULO SEXTO**

CULTURA JURÍDICA	214
<b>ROGELIO PÉREZ PERDOMO</b>	
I. Introducción	241
II. La cultura jurídica como parte del sistema jurídico: cultura profesional y general	243
III. La cultura constitucional de los juristas y el personalismo autoritario	253
IV. Legalización, Estado de derecho y judicialización	257
V. Ilegalidad, corrupción y violencia	263
VI. Debilidad del Estado y crecimiento del derecho	267
VII. Reflexiones finales	269
Referencias	271

**CAPÍTULO SÉPTIMO**


---

**PROFESIÓN JURÍDICA** 285
**MARÍA INÉS BERGOGLIO**

I. Introducción 285

II. Perspectivas conceptuales 287

III. La expansión de la profesión 294

IV. Las tendencias contemporáneas 304

V. Reflexiones finales 314

Referencias 317

**CAPÍTULO OCTAVO****ESTADO, DEMOCRACIA Y DERECHOS HUMANOS** 327**JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ****FERNANDO GASPAR DUEÑAS**

I. Introducción 327

II. El Estado 329

III. La democracia 336

IV. Los derechos humanos 344

V. Reflexiones finales 358

Referencias 359

**CAPÍTULO NOVENO****DELITO Y REACCIÓN PENAL** 369**GERMÁN SILVA GARCÍA**

I. Introducción 369

II. La criminalidad 374

III. Divergencia y control: fundamentos, esferas macro/micro, análisis funcional y organización 381

IV. Divergencia y control: conflicto, poder, técnicas de neutralización, microórdenes, estigmatización y modelos 386

V. Fases del control: seguridad y enjuiciamiento 391

VI. Fases del control penal: punición 397

VII. Reflexiones finales 401

Referencias 403

**CAPÍTULO DÉCIMO****JUSTICIA, JUECES Y SOCIEDAD** 419**ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ**

I. Introducción 419

II. Teorías del derecho sobre la administración de justicia 420

III. La relación entre la política y la administración de justicia 424

IV. El poder judicial en América Latina 429

V. La elaboración de las decisiones judiciales 435

VI. Reflexiones finales 444

Referencias 445



**CAPÍTULO DÉCIMO PRIMERO**

PLURALISMO JURÍDICO	451
<b>ANTONIO CARLOS WOLKMER</b>	
I. Introducción	451
II. Conceptualización y naturaleza	456
III. Pluralismo jurídico: su trayectoria por los estudios occidentales	462
IV. Pluralismo jurídico en América Latina	470
V. Sobre una taxonomía del pluralismo jurídico	481
VI. Críticas al pluralismo jurídico	486
VII. Reflexiones finales	491
Referencias	493

**CAPÍTULO DÉCIMO SEGUNDO**

GÉNERO Y DERECHO	509
<b>ANA MILENA CORAL DÍAZ</b>	
I. Introducción	509
II. Generalidades: el concepto de género	510
III. Los estudios feministas	514
IV. El enfoque de género en el derecho	520
V. Género, derechos humanos e instrumentos internacionales	524
VI. Acceso a la justicia desde una perspectiva de género	528
VII. Reflexiones finales	537
Referencias	538

**CAPÍTULO DÉCIMO TERCERO**

DERECHOS HUMANOS	545
<b>LUIS EDUARDO MORÁS</b>	
I. Introducción	545
II. El marco de las desigualdades como límite a la vigencia de los derechos humanos	551
III. La emergencia y multiplicación de las violencia(s)	557
IV. La dimensión de los desafíos y el declive del Estado	564
V. El avance punitivista y los retrocesos civilizatorios en materia penal	571
VI. Reflexiones finales	576
Referencias	579

---

## **CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO**

LA SEGURIDAD COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO	589
<b>JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ</b>	
I. Introducción	589
II. La seguridad como categoría de análisis socio-jurídico	592
III. La seguridad nacional durante la Guerra Fría: poder y derechos humanos en América Latina	593
IV. El paradigma del Estado social de derecho frente al modelo neoliberal y el concepto de seguridad	597
V. Seguridad humana ¿securitización o contradiscurso?	605
VI. Libre mercado, seguridad y terrorismo	610
VII. Reflexiones finales	617
Referencias	618

---

## **CAPÍTULO DÉCIMO QUINTO**

DERECHO AMBIENTAL: TIPO DE CONFLICTO E INSTITUCIONES PRINCIPALES BAJO CRÍTICA	627
<b>ANTONIO PEÑA JUMPA</b>	
I. Introducción	627
II. El concepto de conflicto ambiental y sus límites	629
III. La discusión sobre el mejor derecho sobre los recursos naturales	639
IV. Identificación del daño ambiental en sus causas y efectos	646
V. La eficacia o ineficacia de la gestión ambiental	652
VI. Reflexiones finales	656
Referencias	659



## Presentación

El lector tiene ahora entre sus manos una obra que condensa los frutos del pensamiento latinoamericano acerca de las materias y aspectos de mayor relevancia en la sociología jurídica continental. Construido con contribuciones de autores de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, México, Perú, Uruguay y Venezuela, ha sido un proyecto desarrollado por la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad –RELADES–.

RELADES no es una escuela ni un partido, por ende, no tiene una estructura de dirección formal, ni estatutos, ni jefes, como tampoco un programa; es una red científica y académica que, como tal, reúne a investigadores que comparten ideas e inquietudes y laboran de manera independiente, quienes desde sus trayectorias, experiencias personales y campo especializado de trabajo, aportan con autonomía, rigor, método, transparencia, sentido crítico, creatividad y espíritu de trabajo en equipo, al desarrollo del conocimiento y a la transformación social en nuestro continente.

América Latina tiene condiciones y rasgos singulares que son únicos, por lo que resultaba imprescindible gestar una obra como el *Tratado latinoamericano de sociología jurídica* que, a partir de esta esquina del Sur Global, asumiera la misión de producir en el campo de la sociología del derecho un conocimiento pertinente, idóneo y singular desde Latinoamérica y para Latinoamérica. El *Tratado* no ha desconocido, de ningún modo, los aportes de los saberes sociojurídicos del Norte Global. Al contrario, ellos han sido inspiradores y los ha aprovechado cuando quiera que resultaban procedentes. Sin embargo, también ha querido romper con el colonialismo cultural, sabiendo que no se trata de compilar o reproducir el pensamiento del Norte, cuando muchas veces sus ideas no funcionan en el Sur ni son adecuadas para los retos que plantean nuestras realidades. Esto ha permitido avanzar en la afirmación de la identidad latinoamericana y, sobre esa base, construir comunidad académica latinoamericana. Para el efecto, de modo adicional, el *Tratado* emprende un diálogo permanente con muchos autores de América Latina que, si bien no están en la lista de autores, sí aparecen de modo repetido en las bibliografías usadas. También muchos de los capítulos, además del editor, fueron revisados y objeto de apuntes de otros de los participantes en esta aventura que al fin llegó a buen puerto.

El libro se ha denominado *tratado* por cuanto, lejos de los propósitos de un *manual* que busca presentar una síntesis elemental de los temas esenciales de una disciplina con fines pedagógicos, todavía más distante de los sentidos y ambiciones del *ensayo* que es un texto exploratorio, expone y analiza de una manera integral, ordenada y profunda, además con no pocos aportes, los conocimientos de la sociología jurídica, con énfasis en los problemas y el pensamiento latinoamericanos. Como *tratado* aparece dirigido a un público de expertos, aun cuando se ha hecho lo posible para hacerlo accesible a apenas iniciados en

la disciplina. En tanto *tratado* pretende emprender un debate permanente con las tesis más importantes en los temas centrales, a fin de lograr un manejo exhaustivo de la materia.

El *Tratado* aparece dividido en dos grandes secciones. La *parte general* comprende las temáticas fundamentales e imprescindibles de índole genérica, que son los pilares o bases comunes e indispensables cuyo dominio es requerido para abordar otras cuestiones. La *parte especial* abarca temáticas, valga la redundancia, especializadas, que desarrollan a profundidad el pensamiento sociojurídico. Esta última es la sección más extensa y sus dimensiones denotan los altos niveles de desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana.

Aun cuando el *Tratado* reúne 15 capítulos y posee una extensión bastante considerable, somos conscientes que algunos temas claves pertenecientes a la parte especial han quedado por fuera. Así mismo, el proyecto original comprendía la inclusión de algunas secciones especializadas de apoyo didáctico que, a la postre, no fueron agregadas. Además de la autocrítica por las falencias anteriores, la promesa es que procuraremos remontarlas en la próxima edición, que reparará también sobre las críticas que despierte este trabajo, el cual es, desde luego, perfeccionable.

Por último, es preciso agradecer al Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE– y a su director, ANTONIO MILLA, por haber acogido estas páginas, a fin de publicarlas como un libro digital, abierto y de acceso público sin limitaciones, ni costos para sus lectores, de tal manera que pueda ser consultado, leído, descargado y reproducido desde cualquier parte de Latinoamérica y del mundo. Dados los precios y dificultades logísticas de la producción y distribución en toda América Latina, la presente es una fórmula que permite un acceso libre en el continente, de tal manera que expertos y aficionados, profesores y alumnos, puedan aprovechar el *Tratado* al máximo.

GERMÁN SILVA GARCÍA  
Editor

---

## PARTE GENERAL



## CAPÍTULO PRIMERO

## Aspectos fundamentales

GERMÁN SILVA GARCÍA<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Quienes han estado relacionados con el derecho, esto es, tanto los abogados como los legos, se han preguntado muchas veces ¿por qué el derecho no funciona en el mundo real como debería ser?, ya que advierten tantas y tan fuertes discrepancias entre las normas aprobadas y la realidad del derecho. ¿Cuáles son las razones por las que no se hace justicia?, pues ven estupefactos que el ordenamiento jurídi-

---

<sup>1</sup> Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios. Abogado y Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Externado de Colombia. Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Este trabajo es un producto de investigación del Grupo Conflicto y Criminalidad de la Universidad Católica de Colombia. Contacto: [gsilva@ucatolica.edu.co]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3972-823X>].



co muchas veces procrea situaciones odiosamente injustas. ¿Cómo el derecho podría contribuir a una sociedad donde los seres humanos realicen sus sueños y obtengan protección, incluso, las personas más vulnerables? A explorar estas cuestiones y otras análogas dedica sus esfuerzos la sociología jurídica.

En términos bastante generales, pero por ahora útiles, habida cuenta que más adelante se ahondará en la materia, puede afirmarse que la sociología jurídica se ocupa de las relaciones entre la sociedad y ese aspecto particular de la vida social que es el derecho<sup>2</sup>. Significa lo anterior, que la sociedad, por medio de grupos con distintos grados de poder, influye sobre la creación de normas jurídicas o su derogación, también en la forma específica como son aplicadas las disposiciones legales o en las condiciones que llevan a omitirlas. En pocas palabras, la vida social tiene un impacto sobre el derecho, el derecho que, obviamente, es un producto o mecanismo de la sociedad, y que a su vez repercute con diferentes niveles de intensidad sobre todos los demás componentes de la sociedad. Esto, debido a que las normas jurídicas que regulan las relaciones entre las personas, estableciendo deberes y obligaciones, imponiendo límites u otorgando derechos, e incluso, la ausencia de eficacia de los preceptos legales, tienen consecuencias sobre la vida en sociedad. Entonces, en síntesis, el derecho tiene un impacto permanente en la sociedad.

A la par, la sociología jurídica pondrá su atención sobre las instituciones o estructuras sociales que están asociadas a la operación del derecho. Las cuales, por ese nexo, tienen una alta incidencia en la forma como el derecho se vierte en la realidad social. Por ejemplo, la profesión jurídica es una institución social, pero las características y atributos de la profesión jurídica tendrán una elevada influencia en la

---

2 “La sociedad es una acumulación de grupos contrarios y dinámicos en permanente reconstitución que pretenden realizar sus intereses e ideologías, de los cuales se desprenden relaciones de cooperación y/o conflicto, que generan un cierto orden social y también, alguna clase de desorden”. GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>], p. 254. El derecho es un conjunto de normas que incorporan mandatos de conducta y sanciones, además de reglas de organización social, con la finalidad de regular las relaciones sociales, procurando tratar los conflictos de manera justa, y persiguiendo un determinado orden social de acuerdo con un cierto proyecto político.

forma específica como se práctica el derecho<sup>3</sup>. En términos análogos, cómo ponderar la práctica judicial del derecho sin considerar, en tanto estructura o institución, a la administración de justicia<sup>4</sup>. Razones por las cuales las estructuras o instituciones sociales, solo las asociadas a la operación de las normas jurídicas, hacen parte importante de los intereses de la sociología jurídica.

Lo más apasionante de la sociología jurídica es que examina el derecho vivo, es decir, el derecho que realmente se práctica en la vida en sociedad. Aquél, si se puede hablar en forma metafórica, que anida en las calles y campos, entre las personas, presente en derredor de los conflictos que las envuelven. A diferencia de la ciencia jurídica o, si se quiere, de la dogmática jurídica, la disciplina no está dedicada al estudio de la vigencia y validez de las normas en los códigos, estatutos o leyes, esto es, el derecho que formalmente ha sido adoptado por quien tiene facultades para legislar, sino que va más allá; mira al derecho cuando sale de la letra de los códigos, para traducirse en las acciones o conductas sociales que lo materializan o que evaden sus mandatos. Ciertamente, esto no solo es posible, sino además necesario, porque con demasiada frecuencia el derecho que aparece formalmente registrado en las leyes es distinto al que es aplicado, o porque la ineficacia del derecho acarrea consecuencias singulares que deben ser observadas.

Siempre concurre la norma jurídica, es decir, el derecho, como un referente del campo de estudio de la sociología jurídica<sup>5</sup>. Por ejemplo,

- 
- 3 Así lo planteó y demostró una extensa investigación empírica. Cfr. GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia, tomo 1: La profesión jurídica*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 27 y ss. También: GERMÁN SILVA GARCÍA. “Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, 2009, pp. 71 a 84, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496>].
  - 4 En este terreno se encuentran muchos trabajos. Por ejemplo, sobre el impacto de la autonomía judicial en distintos países del continente, cfr. GERMÁN BURGOS SILVA (ed.). *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/independencia-judicial-en-america-latina-de-quien-para-que-como/>], pp. 7 y ss.
  - 5 Más adelante, a medida que se desarrolle el capítulo y maduren sus ideas, estas nociones preliminares se harán más complejas. De hablar de la norma jurídica como referente, se pasará a tratar del control social jurídico como punto de referencia. El control social jurídico engloba como uno de sus componentes, al derecho.

este puede aparecer en el sentido significativo que le atribuyen a las sentencias de los jueces en una época y lugar determinados, también en la resistencia que contra el mismo ejercen quienes lo perciben injusto en algún aspecto. El derecho es la especificidad que permite distinguir a la sociología jurídica de otras especialidades de la sociología, como la sociología política y la sociología de la familia, etc. Entonces, es un elemento exclusivo de esta disciplina especializada, que no es central en otras. El derecho también es la especificidad que hace viable establecer cuáles estructuras o instituciones sociales deben ser abordadas por razones de pertinencia.

Representa, por tanto, una disciplina con una fuerte impronta interdisciplinaria, que además posee la singularidad de combinar una ciencia social, como es la sociología, con una ciencia normativa, como es el derecho<sup>6</sup>. Puede decirse que tanto la sociología jurídica como el derecho, se ocupan de las normas jurídicas, solo que la sociología jurídica lo hace desde un ángulo externo, mientras que el derecho lo lleva a cabo desde otra perspectiva diferente, de naturaleza interna<sup>7</sup>.

Todo esto implica también, como ya resulta obvio a estas alturas, que la sociología jurídica es una especialidad de la sociología, o sea, no es una parte, ni una rama, ni una especialidad del derecho<sup>8</sup>. De

6 Esto la hace muy compleja, paradójicamente más accesible a los juristas que a los sociólogos, puesto que es mucho más difícil dominar los conocimientos jurídicos que los sociales a la par que le ha provisto de una enorme autonomía respecto de la sociología general. Por ello, tal vez ha tenido en Europa y América Latina, a diferencia de Estados Unidos, mucho más desarrollo en las facultades de derecho que en las de sociología.

7 Esta claridad conceptual se debe a RENATO TREVES. *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1985, p. 135 (publicado en italiano en 1977), secundado por ELÍAS DÍAZ. *Sociología y filosofía del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Taurus, 1980, p. 204.

8 En el pensamiento clásico y contemporáneo de la disciplina en Europa y Latinoamérica es una conclusión casi unánime. Al respecto, GEORGES GURVITCH. *Sociología del derecho*, Rosario, Edit. Rosario, 1945, p. 68; LUIS LEGAZ Y LACAMBRA. "Concepto y función de la sociología jurídica", *Revista Española de Sociología*, n.º 0, 1964, p. 31; JEAN CARBONNIER. *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 15; DÍAZ. *Sociología y filosofía del derecho*, cit., p. 172; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991, p. 149; FELIPE FUCITO. *Sociología del derecho: el orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1999; VINCENZO FERRARI. *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 2004, p. 3; JORGE ENRIQUE CARVAJAL

modo diferente, en Estados Unidos, comúnmente ha sido contemplada como un *campo* de estudio al que concurren varias ciencias. No suele ser vista mayoritariamente como una sociología del derecho (*sociology of law*), sería el *campo* del derecho y los estudios de la sociedad (*law and society studies*), en esa dirección, fue creada en 1964 la Law and Society Association (Asociación de Derecho y Sociedad). Ella, precisamente, plantea un *campo* amplio de confluencia de distintas disciplinas interesadas en examinar el derecho empírica y teóricamente, desde diferentes planos, que ha reunido a investigadores de las más importantes facultades de derecho estadounidenses, pero también de otras disciplinas además de la sociología. Visión última que no suele ser compartida en Europa ni en América Latina. Es tener el estudio de los fenómenos sociales que atañen al derecho, no como el objeto de conocimiento de una disciplina llamada sociología jurídica, sino como un campo de conocimiento al que arriban distintas disciplinas. De otra parte, ANDRÉ-JEAN ARNAUD y MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE, con razón, descartan que se trate de una disciplina independiente, pues no tiene un objeto, método y función propias<sup>9</sup>.

La sociología es la ciencia social que estudia la sociedad, organizada en estructuras o instituciones sociales derivadas de las interacciones sociales desarrolladas por los integrantes de los distintos grupos sociales. Desde luego, como la especialidad está englobada dentro de la ciencia matriz, comúnmente, las contribuciones teóricas de la sociología general son los fundamentos de la sociología jurídica. Por su parte, las otras especialidades de la sociología pueden, dependiendo de la materia de la que se trate, nutrir con sus estudios a la sociología jurídica. Esto ocurre, dado que es frecuente que mantengan intereses comunes sobre determinados objetos de conocimiento. Por ejemplo, la sociología de las profesiones es una especialidad de la sociología con un objeto central que, cuando se refiere en particular a la profesión jurídica, resulta de interés paralelo para la sociología jurídica. Para la última disciplina será legítimo incursionar en ese campo, cuando quiera que su especificidad, lo jurídico, esté presente.

---

MARTÍNEZ. "La sociología jurídica y el derecho", *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XIV, n.º 27, 2011, pp. 109 a 119, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2402>].

9 ANDRÉ-JEAN ARNAUD y MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2.ª ed., Madrid, Universidad Carlos III, 2006, p. 170.

Pero, sobre todo, en los últimos renglones se ha querido mostrar a la sociología jurídica como una disciplina flexible, de acuerdo con sus necesidades de conocimiento.

A su vez, puede hablarse de subespecialidades de la sociología jurídica y habrá tantas, como áreas del derecho existen, por ejemplo, la sociología jurídica constitucional o civil. Y aunque convoca numerosas discusiones, en el ámbito de la sociología jurídica predomina la idea de que la criminología es una subespecialidad de la sociología jurídica, con apellido penal<sup>10</sup>. Desde luego, en la historia ha habido muchas clases de criminología, hoy, todavía, pueden reconocerse disciplinas como la biología criminal, la psicología criminológica, etc., especialidades de esas ciencias. Pero, al tratar acerca de la sociología jurídica y la criminología, la correspondencia entre sus objetos de estudio, con una relación de lo general a lo especial, y el mismo hecho de que todos los grandes conceptos teóricos de la criminología contemporánea provengan de la sociología, son razones que zanzan la discusión. También podría hablarse, y de hecho ha sido así algunas veces, de subespecialidades relacionadas con instituciones asociadas al derecho, por ejemplo, de la sociología judicial. Las subespecialidades brotan de la división del trabajo, que traduce un desarrollo profundo de una vertiente temática, pero salvo la criminología o sociología jurídica penal y la sociología judicial, esto no ha sucedido.

Así mismo, debe distinguirse, de acuerdo con una vieja discusión que hace parte de la historia del pensamiento sociojurídico, entre sociología del derecho y sociología jurídica. Con la denominación de sociología del derecho se designaron diferentes teorías jurídicas relativas a la interpretación y aplicación del derecho que, en particular, trataron acerca de la tarea de establecer criterios para determinar el derecho vigente, por tanto, válido. Estas teorías de inspiración sociológica eran, no obstante, por el propósito que perseguían y los medios que empleaban, derecho. Entre ellas, podría mencionarse el método sociológico en la interpretación del derecho, la teoría del realismo jurídico, la jurisprudencia de intereses, la jurisprudencia sociológica, la Escuela Libre del Derecho, etc. En cambio, la sociología jurídica no aspira a resolver cuál es el derecho vigente, misión que por antonomasia corresponde a la dogmática jurídica. Su papel es otro, muy dis-

---

10      Otras teorías la definen como: 1. Un campo u objeto al que concurren numerosas ciencias; 2. Una disciplina autónoma.

tinto. Compete a la sociología jurídica debatir la eficacia del derecho, responder a los interrogantes sobre las funciones sociales que cumple, etc., lo que adelanta con el uso del método empírico, puesto que es una ciencia social<sup>11</sup>.

Aunque podrían ser citados algunos avances previos de ensayistas aún más remotos, ARISTÓTELES, por ejemplo, desde el siglo XVIII concurren varios antecedentes y autores pioneros como, *verbigracia*, MONTESQUIEU, que en su obra cumbre hace un análisis del ascendiente de la sociedad en la definición y aplicación del derecho<sup>12</sup>. Luego, desde la primera década del siglo XX, irrumpieron algunos adelantos que empiezan a delinear la disciplina como tal<sup>13</sup>. La influencia de la sociología, en particular de la concepción del realismo jurídico, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, con el concurso de jueces como OLIVER WENDEL HOLMES, fue un antecedente notable. Mientras que en los años 1950 adquiere autonomía, precisa las metodologías y comienzan las primeras investigaciones empíricas, indispensables para hablar de sociología<sup>14</sup>. Entonces emerge alentada por las necesidades impuestas por la posguerra, que, en sociedades en crisis, con ordenes en reconstrucción, demandaban de un derecho realista<sup>15</sup>. Con todo, de modo bastante temprano, como auténticos pioneros en Latinoamérica, aunque tal vez de una forma muy insular, el brasileño EUSEBIO DE QUEIROZ LIMA y el mexicano RENÉ BARRAGÁN habían irrumpido, con obras de sociología jurídica, publicadas por primera vez en 1931 y 1938, en la que apuntalaron las bases de la ciencia<sup>16</sup>.

---

11 Aclarada la cuestión, las expresiones sociología jurídica y sociología del derecho serán utilizadas como sinónimas.

12 MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985, pp. 11 y ss.

13 La expresión sociología jurídica la utiliza por primera vez EUGENE EHR- LICH en 1913, cfr. ÉVELYNE SERVERINE. *Sociologie du droit*, París, La Dé- couverte, 2000, p. XI.

14 ALFREDO E. VES LOSADA. “La sociología del derecho: su temática actual”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 29, n.º 3, 1967, pp. 497 a 512, dispo- nible en [<http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58422>].

15 DÍAZ. *Sociología y filosofía del derecho*, cit., p. 153.

16 EUSEBIO DE QUEIROZ LIMA. *Princípios de sociologia jurídica*, Río de Janei- ro, Freitas Bastos, 1931; RENÉ BARRAGÁN. *Bosquejo de una sociología del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México e Insti- tuto de Investigaciones Sociales, 1965, disponible en [<https://ru.iis.sociales.unam.mx/handle/IIS/5689>], pp. 32 y ss.

Solo hasta las décadas de los años 1960 y 1970, sobre todo en Europa y Estados Unidos, alcanza una posición teórica e investigativa significativa, con una fuerte identidad representada en varios autores que reconocen su trabajo como parte de la sociología jurídica. Entonces, en 1962, es creado en el v Congreso Internacional de Sociología de la International Sociological Association –ISA–, el Research Committee on Sociology of Law (Comité de Investigaciones en Sociología Jurídica), bajo la presidencia de RENATO TREVES, con un total de 16 investigadores, la mayoría de ellos europeos<sup>17</sup>. Desde aquella época, el Comité ha continuado funcionando y haciendo encuentros periódicos. Es también la etapa en la que emergen la mayoría de las revistas más importantes en el hemisferio Norte: *Law and Society Review* (1966), *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (1970), *British Journal of Law and Society* (1974), *Sociologia del Diritto* (1974), *Droit et Société* (1985)<sup>18</sup>. Con posterioridad, en 1988 fue fundado el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati –IISJ– en el País Vasco, que desarrolla un máster en sociología jurídica y dispone de la mayor biblioteca especializada en la disciplina del mundo, además de constituir un centro de encuentro de investigadores y profesores de todo el globo.

En América Latina, aun cuando también pueden ser referidos varios precedentes destacados y singulares, propiamente es a partir de las décadas de los años 1980 y, sobre todo 1990, que adquiere la sociología jurídica un impulso notable en el continente<sup>19</sup>. Para ese entonces, ya existía una producción importante, con aportes signifi-

17 INTERNATIONAL SOCIOLOGICAL ASSOCIATION. *ISA Bulletin*, n.º 44, 1987, disponible en [<https://www.isa-sociology.org/uploads/files/isa-bulletin44.pdf>], p. 9.

18 SALVADOR GINER, EMILIO LAMO DE ESPINOSA y CRISTÓBAL TORRES (eds.). *Diccionario de sociología*, Madrid, Alianza, 1998, p. 734.

19 Un desarrollo sólido es ubicado desde los años 1990 en: JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. “La sociología jurídica en América Latina. Diálogo con el derecho y perspectivas”, *Espacio Abierto*, vol. 25, n.º 3, 2016, pp. 143 a 153, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/22115>]. Una importante revisión de sus contribuciones teóricas y empíricas en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en ENRIQUE DE LA GARZA TOLEDO (coord.). *Tratado latinoamericano de sociología*, México, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana, 2006, pp. 264 y ss.

cativos, incluida en reseñas críticas sobre los avances de la sociología en Latinoamérica<sup>20</sup>.

Con una especial influencia europea, la sociología jurídica en la región pasa por varias etapas que incluyen un debate contra el formalismo jurídico promovido por el positivismo, luego la identificación y delimitación de sus fundamentos y bases teóricas y, finalmente, un desarrollo autónomo teórico y empírico relevante<sup>21</sup>. Todo esto coincide, desde el año 2000, con la fundación y avances de la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica –SASJU–, epicentro de congresos argentinos y latinoamericanos de sociología jurídica que han aglutinado a la comunidad académica del continente. Más adelante, otro impulso arranca con las dinámicas promovidas por la Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito –ABRASD– (Asociación Brasileña de Investigadores en Sociología del Derecho) creada en 2010, que realiza concurridos congresos internacionales cada año y publica la *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*. La Universidade La Salle, con importante presencia en la sociología jurídica, publica la *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*. También desde 2020, en la Universidad de San Isidro en Argentina, con el apoyo de la SASJU y del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, es editada la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*. En Colombia se publica *Novum Jus. Revista Especializada en Sociología Jurídica y Política*, una publica-

20 Respecto de Colombia, un análisis de éxitos y altibajos en ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA. “Saberes sociojurídicos y desarrollos de la sociología jurídica en Colombia”, *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 37, n.º 1, 2014, pp. 49 a 68, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/44596>]. También para Colombia, un estudio sobre las instituciones, académicos y procesos que forjaron la disciplina en: JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. *La sociología jurídica en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre, 2016, pp. 51 y ss.; Sobre Brasil, donde se había desarrollado en los años 1960 el movimiento de Recife liderado por CLAUDIO SOUTO, puede consultarse GERMANO SCHWARTZ y RENATA ALMEIDA DA COSTA. “The development of the sociology of law in Brazil”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 11, n.º 1, 2021, pp. 49 a 79; Para Uruguay, ver: LUIS EDUARDO MORÁS (comp.). *La sociología jurídica en Uruguay*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023.

21 GERMÁN SILVA GARCÍA, JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].



ción Q1 en el Scimago Journal Ranking, por ende, la más importante de la disciplina en América Latina.

La utilidad de la sociología jurídica puede ser mejor ilustrada con la revisión de su objeto de estudio y su contenido. Empero, de manera general, su propósito será ilustrar los problemas que atañen a la aplicación de las normas jurídicas y sus consecuencias, a fin de ajustar su ejercicio, postular reformas al derecho o a las instituciones que están asociadas a este, o la concepción de programas de intervención social o política<sup>22</sup>. Saber acerca de los efectos del derecho y de las instituciones jurídicas tiene trascendencia para entender el derecho<sup>23</sup>.

Así mismo, la sociología jurídica tiene un impacto en la interpretación y aplicación del derecho para la resolución de casos particulares, cuando comparece incorporada a teorías propias del derecho sobre la norma jurídica, como una parte entre varios componentes que la integran. Es el caso de la teoría neopositivista postulada por NORBERTO BOBBIO<sup>24</sup>. También en teorías críticas, que proponen una perspectiva interdisciplinaria, como la expuesta por FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE<sup>25</sup>. O en la teoría sociojurídica del derecho que delinearon MANUEL CALVO GARCÍA y TERESA PICONTO NOVALES, al convocar transformaciones en el derecho que han sido identificadas y analizadas por la sociología jurídica<sup>26</sup>. De igual manera, la sociología jurídica puede contribuir de modo decisivo a la práctica del derecho, en tanto provee información de base empírica sobre cómo se ejerce el derecho en la realidad, con lo que podría predecir los resultados que en el futuro se obtendrían con él. Por ejemplo, una investigación

22 Un autor acota que se trata de “preguntarse cómo se aplica este derecho en la realidad”, JORGE ALBERTO GONZÁLEZ GALVÁN. “La sociología del derecho y sus campos de estudio”, *Hechos y Derechos*, n.º 53, 2019, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14018>].

23 JAN R. SIECKMANN. “La sociología del derecho en la formación jurídica”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, n.º 12, 2008, pp. 117 a 133.

24 NORBERTO BOBBIO. *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1992, pp. 20 y ss.

25 FRANÇOIS OST y MICHEL VAN DE KERCHOVE. *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001, pp. 35 y ss.

26 MANUEL CALVO GARCÍA y TERESA PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017, pp. 179 y ss.

empírica demostró que en la práctica judicial imperaban unos micro órdenes sociales, los cuales habían surgido de la interacción social, aperados con normas que incorporaban sanciones en caso de transgresión. Si un operador jurídico intentaba usar las normas de los códigos oficiales, tenía malos resultados, mientras que la investigación sociojurídica había develado cuáles eran las normas informales que realmente eran aplicadas con éxito<sup>27</sup>.

## II. CONCEPTO Y OBJETO DE ESTUDIO

Existen muy distintas versiones sobre la noción de sociología jurídica. Esto no es un defecto ni un desarreglo, sino una virtud, que expone sus posibilidades de enriquecer la investigación sobre el derecho y las demás instituciones asociadas al mismo con varias opciones. Esos diversos entendimientos no expresan meras diferencias de estilo literario. Contienen distintas visiones sobre la naturaleza, atributos, enfoques y, en especial, acerca del objeto de estudio de la sociología jurídica. De allí la importancia de las categorías incorporadas en el concepto.

La definición tradicional señala que “el objeto de la sociología jurídica es el establecimiento de las conexiones constantes que median entre el Derecho y los demás fenómenos sociales”<sup>28</sup>. Se habla de modo similar del “estudio de las relaciones entre el orden jurídico y la realidad social”<sup>29</sup>. ADAM PODGORECKI seguía la misma línea, aun cuando concebía las relaciones como de interdependencia y señalaba que ellas apuntaban al cambio social del derecho y de los demás factores socia-

---

27 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia, tomo II: Las prácticas jurídicas*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 185 y ss.

28 RENÉ BARRAGÁN. “La sociología jurídica”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 2, n.º 1, 1940, pp. 103 a 111, disponible en [<http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/59256>]. En sentido análogo: “el análisis de las interrelaciones entre Derecho y Sociedad, entre el fenómeno jurídico y los demás factores sociales”, DÍAZ. *Sociología y filosofía del derecho*, cit., pp. 176 y 177.

29 RAFAEL MÁRQUEZ PIÑERO. *Sociología jurídica*, México, D. F., Trillas, 1992, p. 46; En la misma línea, “en el análisis de estas interacciones entre el derecho y el medio social, económico, político y cultural la sociología del derecho encuentra su función, su razón de ser”. GUY ROCHER. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montreal, Themis, 1996, p. XI.

les<sup>30</sup>. En esta línea discursiva, la fórmula más sintética y utilizada ha sido la expuesta por RENATO TREVES al aseverar que el problema fundamental del que se ocupa es “el de la relación entre derecho y sociedad”<sup>31</sup>. Varios otros autores la iteran de modo idéntico o muy similar<sup>32</sup>.

No hay interdependencia entre derecho y sociedad, el derecho puede ser anodino o irrelevante para la sociedad; la sociedad no depende del derecho, al menos no en todos los casos ni de un modo permanente. Tampoco la relación está obligadamente orientada al cambio social. VINCENZO FERRARI cuestiona la imprecisión de la noción tradicional, pues el derecho es parte de la sociedad, un producto de ella, luego no es adecuado presentarlo como algo distinto a la sociedad, con la que se relaciona<sup>33</sup>. Esto es cierto, pero tal incorrección no aparece en muchas de las nociones citadas. En las variantes de RENATO TREVES y otros muchos de los referidos, probablemente no se ignoraba tal circunstancia, y solo se quiso presentar una fórmula sencilla, expedita y

- 
- 30     PODGORECKI publicó su obra en polaco en 1962, lo que escapa a mis posibilidades, pero su concepto es reseñado en RENATO TREVES. “Sociologia del diritto e politica legislativa. A proposito di alcuni scritti di A. Podgorecki”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 11, n.º 6, 1963, pp. 743 a 748; En términos parecidos, aunque intensamente positivistas, se la percibe como ciencia de las causas y consecuencias de las relaciones entre las conductas sociales y el sistema sociojurídico, MARIO GERLERO. *Introducción a la sociología jurídica*, Buenos Aires, David Grinberg, 2006, p. 14.
- 31     TREVES. *Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 21.
- 32     A. JAVIER TREVIÑO. *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, Nueva York, Routledge, 1996, p. 7; RAMÓN SORIANO. *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997, p. 17; BRUNO VIGNERON CARIELLO, MAXIMILIANO VIEIRA FRANCO DE GODOY y LEONARDO DO AMARAL PEDRETE. “Sociologia do direito: velhos e novos caminhos”, *Revista Habitus*, vol. 2, n.º 1, 2004, pp. 1 a 11, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11257>]; APOLINAR DE JESÚS AMPARO. *Sociología jurídica. Guía de estudio*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, p. 8; ANA LÚCIA SABADELL. *Manual de sociología jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*, 6.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013, p. 54; HÉCTOR FIX-FIERRO, MAURICIO PADRÓN INNAMORATO, ANDREA POZAS LOYO, CARLOS SILVA FORNÉ y ALBERTO ABAD SUÁREZ ÁVILA. *Manual de sociología del derecho: dieciséis lecciones introductorias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 2018, p. 27.
- 33     VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 2000, p. 60.

clara. Con esa advertencia, el concepto de TREVES es correcto. El problema principal radica en que es una noción extremadamente general que, por ello mismo, no agrega casi ningún ingrediente que ilustre su trabajo. Piénsese en lo poco que esa definición puede ser útil para dilucidar el objeto de estudio de la sociología del derecho.

Después puede encontrarse un grupo de conceptos, similares al tradicional, que en términos generales aluden al estudio de la realidad del derecho o, lo que es lo mismo, como fenómeno jurídico<sup>34</sup>. ROGER COTTERRELL define la disciplina como el “estudio de la sociedad a través del derecho, y del derecho en la sociedad”<sup>35</sup>, aquí plantea una relación recíproca entre derecho y sociedad. La primera parte de la noción se refiere al impacto, consecuencias o funciones del derecho en la sociedad; la segunda parte a las posiciones y actitudes de la sociedad ante el derecho, lo que puede incluir el acatamiento o la infracción. En cuanto al estudio del fenómeno jurídico o del derecho como fenómeno social se pronunciaban, a su vez, RENÉ BARRAGÁN, JEAN CARBONNIER, JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL, DANIEL ERNESTO PEÑA LABRÍN, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, junto a MANUEL CALVO GARCÍA y TERESA PICONTO NOVALES<sup>36</sup>. Para MANFRED REHBINDER es la “ciencia de la realidad del derecho”<sup>37</sup>. Básicamente estas ideas son correctas, aunque son también, muy generales. Así mismo, ignoran por vía de omisión las estructu-

34 GEIGER invierte su obra, publicada originalmente en 1964, en conceptualizar el derecho como fenómeno social. THEODOR GEIGER. *Estudios de sociología del derecho*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1983, p. 37.

35 ROGER COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 25.

36 Busca “comprender las relaciones del fenómeno social jurídico con los demás fenómenos sociales”, cfr. BARRAGÁN. *Bosquejo de una sociología del derecho*, cit., p. 33; CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., p. 18; JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, 3.ª ed., México, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006, p. 53; DANIEL ERNESTO PEÑA LABRÍN. *Sociología jurídica*, Barcelona, Jurídica V-Lex, 2014, p. 47; SOUSA SANTOS. *Estado, derecho y luchas sociales*, cit., p. 149; EDUARDO GARCÍA MÁYNEZ. *Introducción al estudio del derecho*, 65.ª ed., México, D. F., Porrúa, 2013, p. 157; CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit., p. 11.

37 MANFRED REHBINDER. *Sociología del derecho*, Madrid, Pirámide, 1981, p. 21.

ras o instituciones sociales o, al menos, no las hacen explícitas. De igual manera, no existen los fenómenos jurídicos, hay fenómenos sociales que pueden ser valorados jurídicamente.

Por su parte, de modo distinto, OSCAR CORREAS plantea que la “sociología jurídica es una disciplina científica que intenta explicar las causas y efectos de las normas jurídicas”<sup>38</sup>, opinión que tiene un marcado acento positivista. Empero, al margen de esa inclinación, que será presentada y debatida en el próximo acápite, lo cierto es que el concepto acumula varios yerros. En primer término, su propósito no debería apuntar a las normas jurídicas, sino a lo que suele llamarse, los fenómenos, los hechos o las acciones sociales jurídicas o con connotaciones jurídicas. Es decir, el objetivo no es responder el por qué del derecho, sino cuales son las razones por las cuales este se materializa en la realidad de una determinada forma. Su concepto debería decir, como lo planteaba JEAN CARBONNIER, también positivista que busca explicar las causas y efectos de los fenómenos jurídicos<sup>39</sup>. Así mismo, como esas causas y efectos CORREA no los relaciona con la sociedad o los demás aspectos sociales, también a diferencia de CARBONNIER, correspondería al derecho o a la ciencia política intentar esa explicación. De manera complementaria, la sociología jurídica no restringe su objeto de estudio al origen social y político del derecho, ni al examen de las consecuencias, valga decir, las funciones sociales, del ordenamiento jurídico. Nada dice el concepto de CORREAS, tampoco, de las estructuras o instituciones asociadas a la operación del derecho.

VINCENZO FERRARI parte del concepto de sociología de MAX WEBER, cuando él afirmaba que es la ciencia que estudia la acción social<sup>40</sup>. Después, con sentido lógico, le agrega la especificidad propia de la especialidad para definirla, aseverando que “estudia el derecho como modalidad de la acción social”<sup>41</sup>. GERMANO SCHWARTZ acota al respecto que: “tal definición trae consigo una doble observación. De un

38 OSCAR CORREAS. “La sociología jurídica. Un ensayo de definición”, *Crítica Jurídica*, n.º 12, 1993, pp. 23 a 53, disponible en [[https://criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/256](https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/256)].

39 CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., p. 15.

40 La acción social es, así mismo, la conducta humana que tiene un sentido significativo para los demás. De los conceptos de sociología y acción social ver, MAX WEBER. *Economía y sociedad*, 2.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, p. 5.

41 FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 61.

lado, se comparte el método, los conceptos y las temáticas fundamentales de la sociología; por otro, se vuelve necesario que la sociología del derecho consiga comprender las particularidades de su objeto (el derecho)<sup>42</sup>. FERRARI en otro lugar, agrega que la acción jurídica es un tipo de acción normativa, que a su vez es una clase de acción social<sup>43</sup>. Por su parte, FELIPE FUCITO toma también como núcleo la idea de acción social, pero de un modo inverso, no califica las acciones como jurídicas: “trata de describir, explicar y predecir los modos como las personas interactúan tomando como referencia positiva o negativa un conjunto de normas jurídicas”<sup>44</sup>.

La idea de acción social es más precisa. Los textos de sociología, en ocasiones, aluden a la manera de EMIL DURKHEIM, a los hechos sociales<sup>45</sup>, también los sociólogos jurídicos hablan de los fenómenos sociales<sup>46</sup>. Lo cierto es que los hechos sociales o los fenómenos sociales, solo tienen expresión como acciones sociales. Un hecho o fenómeno físico acaece con independencia de las personas, pero los que llevan el apelativo de sociales apenas ocurren como resultado de actuaciones de las personas. Por ello, las acepciones: hechos y fenómenos sociales, previa la aclaración anterior, pueden usarse como sinónimos de acción social, bajo la definición de acción social. Con ellos puede hacerse referencia a multiplicidad de acciones sociales que se suceden en un tiempo y época determinados.

Ahora bien, pese a su lógica aparente, el concepto de FERRARI falla, puesto que, como evento social, en tanto fenómeno físico que tiene una expresión en la realidad social, el derecho no se manifiesta como un tipo de acción social. La acción social jurídica no existe, no hay tal.

---

42 GERMANO SCHWARTZ. “Uma sociologia do direito é (ainda) necessária no Brasil?”, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 7, n.º 3, 2019, pp. 51 a 77, disponible en [<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6091>].

43 FERRARI. *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, cit., p. 67.

44 FUCITO. *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, cit., p. 23.

45 Los hechos sociales son “modos de actuar, de pensar y de sentir que presentan la propiedad notable de que existen fuera de las conciencias individuales. Estos tipos de conducta o de pensamiento no son solo exteriores al individuo, sino que están dotados de un poder imperativo y coercitivo en virtud del cual se imponen”. EMIL DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 27 y 39.

46 CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., p. 15.

Las acciones sociales son fenómenos materiales, pero no las supuestamente jurídicas. El mote de jurídico endilgado a la acción social no es real. El derecho comparece en la acción social como un juicio de valor subjetivo, una etiqueta que se agrega. Lo que hay son calificaciones o definiciones respecto de ciertas acciones sociales, que las perciben como jurídicas. Si una persona, llegado el plazo para el cumplimiento de la obligación contractual de pagar una suma específica de dinero apenas consigna la mitad del valor estipulado, en esa acción no hay ningún atributo o rasgo ontológico, contenido en ella y empíricamente perceptible, que la haga jurídica, concurre una acción social consistente en realizar un depósito bancario por una cifra determinada. Luego, habrá un juicio de valor sobre esa acción del que emergerá una definición jurídica subjetiva acusando un incumplimiento de contrato. La noción de FERRARI, por otra parte, al hacer énfasis en la acción social, tampoco considera las estructuras o instituciones sociales asociadas al derecho. Ciertamente es que las estructuras sociales son resultado de acciones sociales múltiples a lo largo del tiempo, y que ni WEBER ni FERRARI las olvidan, pero habría sido más completo incluirlas en la definición. FUCITO tampoco las menciona en su concepto, aunque este por lo dicho es bastante más acertado.

Desde una perspectiva completamente diferente, NIKLAS LUHMANN sostiene que la sociología jurídica debe ocuparse del derecho como una estructura del sistema social, donde la estructura tiene la función de regular la complejidad del sistema, siendo que el derecho como estructura y la sociedad como sistema deben ser investigados en razón a su mutua interdependencia<sup>47</sup>. En esta mirada, señala con acierto VINCENZO FERRARI, las personas desaparecen para dar lugar a sistemas de acción o comunicación, donde el derecho es un sistema de acción<sup>48</sup>. Por esto, el estudio de las ideologías profesionales o de la misma profesión jurídica, no caben dentro de la sociología del derecho de LUHMANN, pues ambas suponen reconocer la importancia crucial de los actores en la práctica del derecho<sup>49</sup>. Así mismo, se insiste, existe una relación entre la sociedad y ese aspecto de ella que

47 NIKLAS LUHMANN. *Sociología del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2012, p. 19.

48 FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 60.

49 NIKLAS LUHMANN. *A sociological theory of law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985, p. 2.

se conoce como el derecho, pero no en términos de interdependencia. Concebir a la sociedad como un sistema solo es posible en un plano del deber ser, ya que no hay evidencia empírica que permita aceptarlo y, aún entonces, sin que nunca llegue a constituir un auténtico ser, puesto que la conflictividad continua de la sociedad lo impide<sup>50</sup>.

También se ha definido por el autor de este capítulo, como la disciplina “que conoce acerca de las instituciones (estructuras) relativas al control jurídico en su relación con las prácticas sociales (interacciones) que acaecen en la sociedad”<sup>51</sup>.

El eje central o vértice del concepto es el control social jurídico. Este será la especificidad de la sociología jurídica, es decir, aquello que lo distingue de la sociología general y de otras especialidades de la sociología. En otros pasajes de este capítulo se había hecho referencia al derecho o a lo jurídico como el elemento que encarnaba esa especificidad. Ello no está mal, y así es para la gran mayoría de corrientes de pensamiento sociojurídico. Empero, la categoría de control social jurídico engloba en su seno al derecho, que es uno de los componentes del control social formal. Abarca también a las agencias o entes que hacen parte de ese control, como la policía o la administración de justicia. Incluye de igual manera a las instituciones que, propia o directamente, integran el control social jurídico, como la profesión jurídica o la pena de prisión. Significa esto que la categoría de control social jurídico es mucho más comprensiva y precisa sobre lo que debe incorporarse al objeto de conocimiento de la disciplina.

El control social es un tema capital de la sociología jurídica que será tratado en un capítulo posterior. Por ahora, para los propósitos de este capítulo, puede decirse que corresponde al “conjunto de instituciones, dispositivos, y prácticas destinadas a preservar e imponer un determinado orden para regular las relaciones sociales”<sup>52</sup>. En el caso

---

50 También, sin compartir una visión sistémica, la idea de sistema se utiliza como sinónimo de estructura. Un ejemplo de su empleo aplicado al sistema jurídico en: EDMUNDO FUENZALIDA FAIVOVICH, “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”, en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (coords.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 197 y ss.

51 GERMÁN SILVA GARCÍA. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, *Diálogo de Saberes*, n.º 15, 2002, pp. 9 a 32; También, SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 31 y 32.

52 Ibid., pp. 178 y 179.



del control social jurídico o formal esto mismo ocurre, pero con el concurso del derecho.

El componente del control social jurídico permite también delimitar con bastante exactitud y flexibilidad cuáles estructuras o instituciones sociales deben ser estudiadas, y qué acciones sociales deben ser comprendidas bajo los análisis de la sociología jurídica. Ciertamente, no son todas las estructuras ni todas las acciones, pues a ellas se aplica la sociología general, son las estructuras y acciones sociales vinculadas al control jurídico. Por ejemplo, la cultura es una estructura social relevante para la sociología del derecho cuando establece pautas culturales que hacen parte de la identidad de un grupo en las cuales son fijadas reglas sobre la sucesión de los bienes de una persona fallecida. *Verbigracia*, el parlamento es una estructura social que hace parte del Estado y la forma como organiza el ejercicio de la atribución de crear leyes es de evidente interés para la sociología jurídica. Por tal caso, la apropiación de la propiedad ajena para satisfacer un interés es una acción social trascendente para la sociología del derecho. Por ejemplo, la modalidad de cobro de honorarios profesionales que hace un abogado por etapas del proceso, y que lleva a que los procesos alcancen las etapas más avanzadas para así poder cobrar más, importa a la sociología del derecho. En los cuatro ejemplos señalados el control social jurídico está presente como un común denominador.

La noción comentada, como es evidente, sí considera la dualidad estructura/acción sociales. Esto es fundamental para, cosa que se hará más adelante, exponer un tipo de sociología jurídica con un contenido que integre esos dos componentes, lo que dicho en otras palabras significa integrar los niveles macrosociológico y microsociológico de análisis social. También encaja dentro de la concepción de una sociología jurídica amplia de JEAN CARBONNIER, que está abierta tanto a la operación del derecho y las instituciones asociadas al mismo, como a las prácticas de los justiciables ante el derecho o pese al mismo.

De la acción social o interacción social ya se había dicho que es la conducta que tiene un sentido significativo para los demás. Más adelante, un capítulo estará dedicado a ahondar en qué clase específica de acciones sociales pueden interesar a la sociología del derecho. Las instituciones o estructuras sociales, un concepto bastante más debatido y confuso, representan a la sociedad organizada o institucionalizada, por ejemplo, el Estado, el derecho, la familia, el matrimonio, la cultura, la economía, etc., son estructuras sociales. Las estructuras son resultados de extensas prácticas de interacción social, pero una vez se

configuran, adquieren autonomía propia y existen con independencia de ellas.

El objeto de estudio de una ciencia es todo aquello que debe ser materia de conocimiento respecto de la misma. Entre los conceptos anteriores de sociología jurídica, el lector podrá buscar las huellas de lo que sería el objetivo del saber sociojurídico. No obstante, varios de los conceptos presentados son bastante sucintos o lacónicos y no brindan mayores orientaciones.

Se piensa que el objeto está referido a cuatro grandes componentes, siempre conectados o relacionados con el control social jurídico, en su concepción o ejecución: 1. Las reacciones sociales, los roles sociales y los valores desempeñados por los operadores del derecho, junto a la divergencia o convergencia sociales, los roles sociales y los valores de los justiciables; 2. Las instituciones sociales relativas; 3. Las funciones sociales desarrolladas; 4. Los conflictos sociales trabados que efectiva o potencialmente pueden ser de interés.

### III. PARADIGMAS, MÉTODOS Y TÉCNICAS DE INVESTIGACIÓN

Este acápite intentará presentar una síntesis muy apretada de los aspectos metodológicos básicos de utilidad para la sociología jurídica en el ámbito de la investigación empírica. No incluirlos habría dejado un vacío inexcusable, pese a que la materia no tendrá un desarrollo sistemático<sup>53</sup>. Para profundizar en algún aspecto puede recurrirse a la

---

53     Introducir la investigación empírica sobre el derecho en su enseñanza es una propuesta para la que se han postulado algunos lineamientos, en tiempos en los que la investigación formativa es una exigencia de calidad para los programas de derecho, al respecto GABRIEL PEREIRA. “La incorporación de la investigación empírica a la agenda de enseñanza del derecho”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 22, 2020, pp. 114 a 143, disponible en [<https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/9817>]. No obstante, en algunos países latinoamericanos, como muchas veces en Argentina, los estudiantes del grado de derecho no reciben ninguna clase de preparación en metodología de la investigación, lo que obligaría a desarrollar una formación transversal, cfr. OLGA LUISA SALANUEVA y MANUELA GRACIELA GONZÁLEZ. “Enseñar metodología de la investigación socio-jurídica”, *Anales de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales*, vol. 8, n.º 41, 2011, pp. 305 a 316, disponible en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/20718>].

literatura especializada en metodología de la investigación, a partir de los fundamentos contenidos en estas páginas.

Dos grandes paradigmas científicos que gozan de consenso, esto es, macro enfoques universales sobre la forma de acceder al conocimiento, han sido dominantes en el saber de la ciencia. Ellos son: el positivista y el comprensivo, según cual, la pregunta de investigación es diferente.

El paradigma positivista que es introducido por AUGUSTO COMTE, penetra en todas las ciencias, aun cuando ahora interesa su ascendencia sobre las ciencias sociales<sup>54</sup>. Se trata de una reacción contra la metafísica, que pretende fundar el conocimiento en la observación de lo “positivo”, es decir, de los datos reales. Reivindica la objetividad absoluta de la ciencia, por ende, su neutralidad. Es un paradigma etiológico, pues busca la causa de los fenómenos, mediante el estudio de las condiciones y las relaciones observadas. Así mismo, se ocupa de los efectos o consecuencias producidas por las causas, usará las clasificaciones como un medio predilecto para conocer sus objetos de estudio y buscará establecer cuáles son las leyes que rigen la ocurrencia de los fenómenos<sup>55</sup>. Esto conduce a un determinismo, que inicialmente supone de manera radical la inexorabilidad de los resultados predecibles a través de las leyes, lo que desemboca en la negación del libre albedrío. Con posterioridad, el determinismo es atenuado, mutando en un cálculo de tendencias probables. Cree que la ciencia es verdad absoluta.

En su contra se ha argumentado que determinar las causas efectivas de los fenómenos, más allá de algunos eventos simples, es una labor imposible. Esto, en especial, dada la riqueza y complejidad del ser humano y sus posibilidades de acción, que, entre las distintas variables que pueden explicar causalmente un fenómeno, es improbable establecer cuál fue la causa determinante. De hecho, son tantas las variables que hipotéticamente pueden incidir en la acción social, que es una quimera intentar controlarlas. Que es un ejercicio inútil, pues salvo que se acepte el determinismo y la consecuente ausencia de libre

54 En la sociología jurídica latinoamericana, una exposición positivista del enfoque causal explicativo en: ANTONIO PEÑA JUMPA. “La antropología y la sociología del derecho como formación interdisciplinaria”, *Derecho PUCP*, n.º 65, 2010, pp. 273 a 283, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3153>].

55 AUGUSTE COMTE. *Curso de filosofía positivista*, Buenos Aires, Aguilar, 1973, pp. 36 y ss.

albedrío, sobre una base probabilística no se pueden, por regla general, adoptar medidas de política jurídica, ni hacer predicciones ciertas. En el campo del derecho eso significaría reconocer la peligrosidad de determinados individuos y grupos, recayendo de modo discriminatorio en un cuadro de responsabilidad objetiva. La peligrosidad no existe y, como es obvio, el determinismo tampoco. Lo último negaría la naturaleza del ser humano. Así mismo, si las leyes sociales son posibilidades inciertas pierden todo valor. No se ha acreditado de modo empírico que exista una relación secuencial lógica entre pretendidas causas y supuestos efectos. Es muy difícil eliminar posibles concausas de un fenómeno de las que el actor muchas veces no es del todo consciente. La causa se presenta como un evento determinado, lineal, aislado, más o menos instantáneo, cuando las acciones suelen responder a procesos sociales complejos, muchas veces de larga duración.

El modelo positivista posee un gran calado en el derecho, tanto por razones históricas, como por la notable conveniencia de sus enunciados primordiales para las tareas que lo jurídico debe cumplir. Así, por ejemplo, sus ideas de verdad y objetividad, son necesarias para el derecho y la cultura jurídica de Occidente que demandan una convicción más allá de toda duda, como supuesto para aplicar ciertas normas. Por esto, es decir, dada la primacía de abogados en la sociología del derecho, el paradigma positivista conserva un predominio importante.

El segundo paradigma es el comprensivo, desarrollado por MAX WEBER precisamente en el campo de la sociología, aun cuando se originó en la historia y es útil a todas las ciencias sociales. Su objetivo no es aclarar las causas de los fenómenos, sino comprenderlos. Debe realizarse una indagación empírica para dilucidar cuáles son las variables que inciden en la ocurrencia de un fenómeno, para enseguida profundizar en su inspección, cabe decir, en la manera como se expresan, su historia, características, atributos y consecuencias, lo que permite conocer para entender ese evento. Comprender permite interpretar los fenómenos, la interpretación es una reconstrucción objetiva del sentido significativo atribuido al fenómeno estudiado por los actores<sup>56</sup>. La información derivada del examen del sentido de las acciones puede constituir un modelo ideal para interpretar esa clase de acciones, el cual luego se usaría como un modelo teórico para adelantar

nuevas pesquisas. Ese modelo ideal se usa de manera comparativa con la nueva realidad social estudiada.

La investigación empírica no es “ciega”, parte de determinadas posiciones o marcos teóricos. Respecto de la teoría, el investigador realiza elecciones teóricas que adopta, de manera previa a la investigación, las cuales le sirven para orientarla. Las teorías críticas en las ciencias sociales, incluida la sociología jurídica, suponen una postura teórica comprometida con la transformación de la sociedad<sup>57</sup>. Otras perspectivas pueden, en cambio, estar cómodas con el *statu quo*, o sea, con preservar el estado de cosas existentes. En los textos de sociología jurídica, a este respecto, es bastante frecuente que se expongan las dos grandes vertientes en las que puede ser dividido el pensamiento sociológico, cada una de ellas integrada por distintas teorías, con postulados diferentes, pero que, al tener cada una un elemento común de alta relevancia, pueden ser clasificadas de esa forma. Se trata de las teorías del consenso y las teorías del conflicto<sup>58</sup>, que en un capítulo posterior de este libro serán explicadas. Importa ahora subrayar que el faro que va a iluminar las pesquisas de la sociología jurídica será muy distinto según qué clase de teorías sean las adoptadas. La teoría se encuentra en el punto de partida de la investigación empírica, guiándola, luego reaparece al final para renovar sus contenidos con las inducciones derivadas de los datos empíricos.

Son numerosos los métodos de investigación a disposición, los cuales son clasificados u organizados de acuerdo con su naturaleza o características. Un método de investigación es una estrategia singular para conocer un objeto. Todos los métodos empleados por las ciencias sociales (empíricas) son comunes a la sociología general y a la sociología jurídica. No sobra señalar que dada su naturaleza epistemológica el derecho (ciencia normativa) y la sociología (ciencia social) utilizan métodos distintos. El método deductivo el primero, inductivo la se-

57 También crítica en el sentido anotado por FERRARI retomando a su maestro TREVES, al cumplir el papel de “revelar una realidad”, cfr. VINCENZO FERRARI. “Cincuenta años de sociología del derecho. Un balance”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 129, 2010, pp. 1.459 a 1.471, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4657>].

58 DÍAZ. *Sociología y filosofía del derecho*, cit., pp. 180 y ss.; CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit., pp. 70 y ss.

gunda. En el caso de la sociología jurídica, cuando quiera que examine las problemáticas conectadas a la aplicación del derecho o las posturas respecto del mismo, también en cuanto a las instituciones asociadas a este, utilizará el método inductivo, basado en la observación, de la que se derivan las premisas. Aunque también hay que reconocer que, en ocasiones, las ciencias sociales también echan mano del método deductivo, de modo accesorio y según la cuestión a indagar. En este último caso procede a derivar premisas de otras premisas con el concurso, por ejemplo, del silogismo.

Los métodos cuantitativo y cualitativo son empleados por la sociología jurídica, según el problema de investigación; a veces, también, de acuerdo con los recursos de financiación disponibles. Este punto ha sido objeto en ocasiones de discusiones sin sentido que descalifican al método cuantitativo. Los métodos son herramientas y las herramientas se escogen de acuerdo con las necesidades. En términos generales, si fuera factible combinar todos los métodos y técnicas de investigación posibles, con toda probabilidad los resultados de la investigación serían más elocuentes y precisos. La ventaja de las investigaciones cuantitativas es que permiten hacer generalizaciones, el defecto principal de es que son demasiado secas, es decir, describen posiciones o situaciones, pero no ilustran mucho sobre las razones que llevan a ellas. La ventaja y limitación de las investigaciones cualitativas son las inversas a las cuantitativas.

Desde otro ángulo, puede hablarse de los métodos de investigación analítico, histórico, comparado, funcional y dialéctico. En el método analítico el objeto es descompuesto en sus partes para ser estudiado, de lo general a lo particular, observando sus relaciones. Con el método histórico, un suceso anterior es contextualizado para entender su génesis y dinámicas, con el fin de analizar fenómenos contemporáneos. La comparación de las diferencias y las similitudes persigue advertir, para así conocer, usando al efecto realidades distintas o un modelo ideal como referente comparativo. El funcional contrasta los fines postulados con las funciones verificadas. El método dialéctico busca conocer a partir de contradicciones, pues la contraposición permite develar atributos y obtener evidencias sobre el curso de los fenómenos.

Las técnicas de investigación son múltiples, aquí se comentarán las principales. Su uso está determinado por las características del problema de investigación y el método seleccionado. La primera técnica es la observación, por excelencia la forma fundamental de hacer una indagación empírica, pues el investigador contempla en forma directa

la ocurrencia de los hechos, los cuales debe registrar en un cuaderno de campo. La observación participante es idéntica a la anterior, pero el investigador no es un testigo ajeno a la verificación de los fenómenos, pues se involucra en su realización, lo que puede comportar el problema de incidir en su curso en una forma determinante, lo que pondría en cuestión la validez de los datos obtenidos. La encuesta es una técnica que sirve para recaudar información u obtener opiniones, es anónima, se realiza con un cuestionario cerrado con opciones múltiples y permite hacer generalizaciones o inferencias estadísticas, siempre que se haya encuestado a la totalidad del universo o a una muestra representativa, tomada al azar, determinada de conformidad con una fórmula matemática, cuyo margen de error no puede ser superior al 5%. Para calcular la muestra, es indispensable conocer el tamaño del universo. Entre más grande sea el universo, más pequeña es la muestra y viceversa. Si la muestra no es representativa, no es posible hacer inferencias estadísticas, pero se tendrá una consulta que registra tendencias, aunque sin conocer la dimensión de la representatividad de esas tendencias.

La entrevista en profundidad utiliza un cuestionario abierto, que sirve de guía informal, el cual puede ser abandonado o ajustado a medida que avanza la entrevista. Suele ser anónima por regla general, y persigue conseguir información de fondo acerca de las características o razones del fenómeno investigado. El tamaño de la población entrevistada considerado válido, está dado por el punto de saturación, que se alcanza cuando las tendencias registradas se iteran con bastante frecuencia, lo que hace innecesario proseguir con más entrevistas. El taller de discusión, que posee numerosas variantes de implementación, es un ejercicio de discusión alentado por el investigador en el rol de moderador y en el cual se plantea un problema en una sesión con varios participantes, y luego, se recaudan la información resultado del debate conducido. El experimento, real o en condiciones de laboratorio, supone la prueba de las condiciones o situación que plantea el fenómeno. La historia de vida es otra técnica, con medios múltiples para una reconstrucción biográfica, como cartas, entrevistas, fotos, etc.

## IV. CONTENIDO

Con lucidez, VINCENZO FERRARI describe como manifestación de una concepción antropomórfica de la sociedad, la visión sobre el contenido de la sociología jurídica promovida desde las definiciones admitidas antes. Allí, la sociedad es una “agregación de seres humanos unidos por vínculos e instrumentos de integración de diferentes clases. Uno de ellos es, precisamente, el derecho que, por un lado, influencia a las conductas sociales y, por otro, queda influenciado por ellas”<sup>59</sup>.

La sociología del derecho observa los fenómenos sociales, es decir, los hechos sociales que, en realidad, son acciones sociales. Esto es, comportamientos de las personas que tienen un sentido significativo respecto de otras personas, los cuales muchas veces a lo largo del tiempo, como resultado de una práctica continua y significativa, se transforman en instituciones o estructuras sociales. Esos dos aspectos, por una parte, las acciones sociales, en un plano microsociológico y, por otra parte, las instituciones o estructuras sociales en una dimensión macrosociológica, siempre que estén referidas de un modo u otro al derecho, son campos del mayor interés para la sociología jurídica.

Las grandes teorías sociológicas tuvieron siempre pretensiones omnicomprendivas, aunque hacían primar una de las dos dimensiones antes acotadas. En la sociología general se planteó la opción de construir teorías que integrarían esas dimensiones macro y micro, por la vía de crear teorías nuevas o, de modo alternativo, por la ruta de seleccionar entre las teorías existentes macro y micro las más apropiadas. El asunto es que la realidad es una sola, una continuidad de lo macro/micro, luego esbozar teorías que las integren es más adecuado para inspeccionar la realidad social. De conformidad con sus tradiciones, en Estados Unidos se habló de la integración macro/micro, mientras en Europa de la integración entre estructura/acción sociales<sup>60</sup>. En la sociología jurídica fue postulada la necesidad de una teoría integral<sup>61</sup>. Con todo, este es un campo abierto a la investigación.

59 FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 60.

60 De toda la introducción anterior, GEORGE RITZER. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw-Hill, 1993, pp. 605 y ss.

61 GERMÁN SILVA GARCÍA. “La concepción sobre el crimen. Un punto de partida para la exploración teórica”, en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996, pp. 858 y ss.



La observación de la que se habla en este apartado, por igual sobre las interacciones sociales, como en lo que concierne a las instituciones sociales, acaecerá en tanto expresiones empíricas de la realidad social, de la que podrán inferirse datos y conclusiones teóricas. No comprende la elaboración de juicios de valor. No es que los juicios de valor sean reprobables. El *quid* es que no corresponden a la sociología, su producción obedece a la filosofía y, acaso, al derecho.

En su devenir, la sociología del derecho ha librado una guerra sin descanso con el formalismo jurídico representado en la Escuela Positivista del Derecho, cuyo máximo postor fuera HANS Kelsen. En su teoría pura del derecho, Kelsen arguyó que la realidad social (sociología jurídica) y los valores (filosofía del derecho), debían ser aislados del estudio de las normas jurídicas para que su interpretación y aplicación se decidiera únicamente a partir de los supuestos técnicos del derecho<sup>62</sup>. En esa lucha, los estudios sociojurídicos han sostenido y demostrado que la aplicación del derecho no es un simple ejercicio de lógica jurídica, puesto que se atraviesan numerosas variables sociales, ya que el derecho no está ni puede ser aislado de la sociedad<sup>63</sup>. Los debates contra el formalismo jurídico no solo protestan contra el aislamiento del derecho de la realidad social, reivindican el profundo sentido práctico del derecho. ROGELIO PÉREZ PERDOMO explica las distintas variables del formalismo jurídico, entre las que se destacan: 1. El ritualismo; 2. Distancia respecto de la realidad social o falta de eficacia del derecho<sup>64</sup>.

Teorías y corrientes del derecho propugnadas en el siglo XIX y en las primeras décadas del XX originadas en Estados Unidos y el norte de Europa, que en América Latina no tuvieron mayor incidencia, como la jurisprudencia sociológica, la Escuela Libre del Derecho y otras antes citadas, aparecían enlazadas a la sociología. Sin embargo, las suyas eran concepciones y teorías jurídicas y filosóficas, antinormativas en el sentido de ser contrarias al derecho positivo, cuyo objeto consistía en esclarecer cuál era el derecho vigente que debía ser aplicado. No correspondían, por tanto, a teorías de la sociología jurídica, incurrían en un

62 HANS Kelsen. *Teoría pura del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 15.

63 GEORGES GURVITCH. *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares, 2001, p. 3.

64 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, Monte Ávila, 1978, pp. 11 y 12.

sociologismo, que fue duramente criticado desde la misma sociología. En el campo del derecho desaparecieron con rapidez, pues su vida fue muy efímera. Con todo, dada su cercanía a la sociología, su papel para sensibilizar sobre la importancia de la realidad social, o debido a sus críticas al formalismo jurídico, solían ser incluidas en libros de sociología jurídica. Coadyuva a esto que, además, para los años 1960 y 1970, la sociología jurídica era todavía una disciplina con escasos desarrollos teóricos e investigaciones empíricas, por lo que se recurría a la exposición de las doctrinas mencionadas, a modo de un recuento de antecedentes, aunque ellas pertenecían a la teoría del derecho. Probablemente, también obedecía a que, en especial en Europa, la sociología jurídica en muchos países empezó a aparecer en el mundo universitario en las cátedras de filosofía del derecho o introducción al derecho.

Una cuestión muy importante, es que la sociología jurídica no trata solo de la aplicación de las normas por parte de los operadores jurídicos y de las instituciones relativas a dicha ejecución. También está interesada en las actitudes y actuaciones de la población frente a o respecto de las normas. En el primer grupo, están condensadas acciones como proferir una sentencia judicial, preparar un concepto jurídico sobre una causa consultada, elaborar una demanda, expedir un acto administrativo, presentar un alegato o tramitar una licencia, etc. En el segundo grupo, aparecen acciones como apropiarse de un bien ajeno, evadir el pago de un impuesto, abstenerse de votar en unas elecciones, desobedecer las ordenes de una autoridad, no pagar una deuda o acatar el mandato de una disposición legal, etc.

Con todo, algunos autores solían pensar en el control social jurídico, sus instituciones y las prácticas de sus actores, como las materias propias de la sociología jurídica; mientras que las acciones o actitudes de la gente ante el derecho y las demás instituciones del control jurídico hacían parte de la órbita de otras sociologías<sup>65</sup>, o simplemente eran ajenas a la sociología del derecho<sup>66</sup>. No obstante, JEAN CARBONNIER planteaba de modo diáfano que unas y otras estaban comprendidas en la sociología jurídica. A ese respecto, el autor clásico francés defendía lo que llamó una “concepción amplia” de la sociología jurídica que incorpora: “todos los fenómenos sociales en los cuales se comprenda

65 Al respecto, ALESSANDRO BARATTA. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México D. F., Siglo XXI, 1986, pp. 9, 14 y 15.

66 PEDRO ARELLÁN ZURITA. *Manual de sociología jurídica*, Caracas, Allcolors, 2009.

algún elemento del derecho”, lo que incluía las acciones de transgresión o violación del derecho<sup>67</sup>. De ese mismo problema teórico surge la famosa división que introduce RENATO TREVES respecto de las dos grandes áreas conexas y complementarias de la sociología del derecho, cuando se refiere a las investigaciones sobre la “sociedad en el derecho” (comportamientos sociales acordes o no al derecho) y las investigaciones acerca del “derecho en la sociedad” (las posiciones y reacciones del control jurídico)<sup>68</sup>. En esa dirección se ha sostenido que existe una estrecha relación dialéctica entre el derecho y las instituciones del control social jurídico, por una parte, y las prácticas sociales que las transgreden, ignoran o acatan, por otra parte, que resultan inescindibles, pues las primeras inciden sobre las segundas y viceversa, como las dos caras de una misma moneda<sup>69</sup>.

La investigación acerca de las posturas, reacciones y actitudes de la población ante el derecho se han concentrado, casi que absolutamente, en las actuaciones que conducen a una transgresión de las normas jurídicas. No obstante, indagar acerca de las condiciones y razones que llevan al cumplimiento de las normas integra un campo de alta relevancia y poco atendido por la investigación sociojurídica.

La norma, dispositivo del control social jurídico, en esos términos puede ser tomada como referente de la sociología jurídica. Más sin embargo, el derecho, entendido como un mandato de conducta provisto de una sanción en caso de transgresión, no necesariamente es estatal. La sociología jurídica adopta la visión antropológica más

67 CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., p. 16. Visión acogida por: COTTE-RELL. *Introducción a la sociología del derecho*, cit., 1991, p. 25; FUCITO. *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, cit., pp. 23 y 24.

68 RENATO TREVES. “A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 1988, pp. 13 a 22, disponible en [<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1380>]. La interpretación de ARNAUD y FARIÑAS DULCE sobre la explicación citada de TREVES es muy distinta. Estos autores sugieren que TREVES se refería a una indagación sociológica externa sobre el derecho acometida por sociólogos y a otra pesquisa interna realizada por juristas dentro del derecho, con elementos sociológicos. Cfr. ARNAUD y FARIÑAS DULCE. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, cit., p. 162; En cambio, FERRARI coincide con la interpretación plasmada en este texto, FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 61.

69 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 47 a 51.

amplia. Esto supone la existencia de distintos sistemas normativos, que encajan en la anterior definición de derecho, y permite albergar los estudios sobre pluralismo jurídico como parte de la sociología del derecho. Esto ocurrió de manera temprana con GEORGES GURVITCH y JEAN CARBONNIER<sup>70</sup>, aunque fue anticipado por EUGEN EHRlich al cuestionar el predominio del derecho positivo estatal como única fuente del derecho<sup>71</sup>, y ha tenido un extenso desarrollo en América Latina que ha logrado enriquecer la temática, como se advierte en un capítulo posterior de este libro<sup>72</sup>. Lo relevante es que el derecho, estatal o no, constituye un mecanismo de regulación de las relaciones sociales, con el propósito de preservar o imponer un determinado orden social. Es, por tanto, un medio por excelencia del control social formal. Por estos elementos resulta atractivo para la investigación sociojurídica.

El derecho estudia las disposiciones desde un punto de vista normativo, la sociología jurídica analiza esas mismas normas como un fenómeno social<sup>73</sup>. Los estudios sociojurídicos examinan el *ser* del derecho, a diferencia de la ciencia jurídica que lo plantea como un *deber ser*. Así, entre “el derecho dogmático y la sociología del derecho, la diferencia no se refiere al objeto. Es una diferencia de punto de vista o de ángulo de visión”<sup>74</sup>. El derecho es una disciplina prescriptiva, subjetiva, constituida por juicios de valor, definiciones y decisiones; la sociología jurídica es una disciplina descriptiva, objetiva, informada por datos empíricos.

70 CARBONNIER. “Le grandi ipotesi della sociologia teorica del diritto”, cit., pp. 267 a 283.

71 CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit., p. 211.

72 Se señala con razón, que esas normas no estatales a veces son más importantes que las oficiales, FELIPE AUGUSTO DE MIRANDA ROSA. “Posição e autonomia da sociologia da sociologia do direito”, en CLAUDIO SOUTO e JOAQUIM FALCÃO (orgs.). *Sociologia & direito*, 2.ª ed., São Paulo, Pioneira Thomson, 2002, p. 5; También, se indica que muchas veces esos derechos compensan la ausencia del Estado que no incluye a la población en los espacios públicos, ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA y WANDA CAPELLER. “Alternativo (direito; justiça): algumas experiência na América Latina”, en CLAUDIO SOUTO y JOAQUIM FALCÃO (orgs.). *Sociologia e direito: texto básico para disciplina de sociologia jurídica*, São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002, p. 161.

73 LEGAZ Y LACAMBRA. “Concepto y función de la sociología jurídica”, cit., p. 31.

74 CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., p. 19.

Páginas atrás, fue mencionada la profunda y singular interdisciplinariedad que embargaba a la sociología jurídica al combinar el derecho y la sociología. Empero, la interdisciplinariedad, esto es, el trabajo mancomunado entre disciplinas, no solo es una obligación imperativa para las dos ciencias referidas, ella es indispensable también respecto de la historia, cuya capacidad para contextualizar y ayudar a comprender los fenómenos sociales asociados al derecho es elevada. Con la historia conforma una triada, pero de igual manera, la sociología jurídica aparece abierta a las contribuciones teóricas y metodológicas de las más diversas disciplinas, en especial, de la antropología, la psicología, la filosofía, la ciencia política y la comunicación social, varias de las cuales tienen especialidades sociales, políticas, culturales y jurídicas, de gran utilidad. Los viejos discursos del positivismo, con su aspiración de separar y aislar las ciencias en compartimientos estanco no tienen sentido, cuando la realidad social constituye una unidad. Las fronteras entre las disciplinas pueden ser entendidas al representarlas como espectros, donde todas poseen una especificidad o núcleo que las distingue e identifica, pero cuyos contornos o límites son difíciles de determinar e imperceptibles. CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES proponían que la sociología jurídica podía oficiar como un punto de encuentro “que facilita el diálogo entre áreas científicas diversas”<sup>75</sup>.

La sociología, por excelencia, se ocupa de estudiar la eficacia de las normas jurídicas, de los valores insertos en ellas, al igual que de las instituciones sociales asociadas a estas. Se trata de la problemática más emblemática, aunque no la única, en la que se empeña. En pocas palabras es “la discrepancia entre el derecho formalmente vigente y el derecho socialmente eficaz; la célebre dicotomía *law in books/law in action* de la sociología jurídica americana”<sup>76</sup>. Esta fue planteada por ROSCOE POUND, poniendo en cuestión un fenómeno altamente crítico: la verificación material de la vigencia del derecho<sup>77</sup>, pivote para

75 CALVO GARCÍA y PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, cit., p. 49.

76 SOUSA SANTOS. *Estado, derecho y luchas sociales*, cit., pp. 151 y 152. También sobre la eficacia de las normas, como condición de su verdadera existencia, ver: GREGORIO ROBLES. *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 86 y 87.

77 ROSCOE POUND. “Law in books and law in action”, *American Law Review*, vol. 44, n.º 1, 1910, pp. 12 a 36.

considerar, a su vez, el problema del cambio en el derecho<sup>78</sup>. En segundo lugar, comprendería una constatación empírica de la legitimidad del derecho y las instituciones, en especial, de la justicia. Ella es el valor central de la profesión jurídica y el propósito fundamental del derecho y sus instituciones al intervenir sobre el conflicto social, lo que puede conducir a la discusión entre justicia formal y justicia material de gran valor sociojurídico.

El estudio de las funciones sociales de las estructuras y acciones sociales relacionadas con el control social jurídico, representa otra vertiente fructífera. Las normas, instituciones, políticas, medidas y acciones sociales tienen fines, los cuales representan objetivos o finalidades, con las que se puede estar de acuerdo o no, pero no son empíricamente verificables pues son subjetivas y pertenecen al derecho y/o a la filosofía. Las funciones sociales son las consecuencias materiales de las normas, instituciones, políticas, medidas y acciones sociales, que son objetivas y empíricamente constatables y pertenecen a la sociología y otras ciencias sociales. Las funciones sociales se dividen en manifiestas, cuando coinciden con los fines; latentes, cuando no concuerdan con los fines perseguidos<sup>79</sup>. Pueden agregarse las funciones simbólicas, donde en realidad no ha ocurrido un hecho, sino la sensación, apariencia o imaginario de que ha sucedido<sup>80</sup>. También cabe precisar que una función no es un simple hecho, sino suele ser uno o varios eventos de los que puede abstraerse teóricamente una consecuencia social<sup>81</sup>.

---

78 JEAN-LOUIS HALPÉRIN. "Law in books and law in action: the problem of legal change", *Main Law Review*, vol. 64, n.º 1, 2011, pp. 45 a 76, disponible en [\[https://digitalcommons.maine.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr\]](https://digitalcommons.maine.maine.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr).

79 La exposición anterior está fundada en: ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 92 y ss.

80 JOSEPH R. GUSFIELD. *Symbolic crusade*, 2.ª ed., Illinois, University of Illinois, 1986, pp. 87 y ss.; y del mismo autor: *Contested meanings: the construction of alcohol problems*, Madison, University of Wisconsin, 1996, pp. 171 a 174; MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993, p. 3, habla de lo simbólico como una representación con la capacidad para movilizar a la población en torno a una imagen.

81 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 117.

Muchos autores identifican a las funciones sociales con los fines<sup>82</sup>. La relevancia de la distinción entre fin y función equivale a diferenciar entre lo que propone el derecho y lo que realmente acaece o, si se quiere, entre lo dicho y lo hecho. De allí, la crítica de LUIGI FERRAJOLI a la confusión conceptual en este punto<sup>83</sup>. Las tres categorías expuestas de función, facilitan la crítica sobre el control social jurídico en general y el derecho en particular. Los fines pueden ser divididos en declarados y no declarados, pues muchas veces los fines son omitidos o encubiertos.

Desde un punto de vista epistemológico, se plantea la búsqueda de una sociología jurídica del Sur Global que introduzca ingredientes y propuestas teóricas acordes a las condiciones sociales, políticas, económicas y culturales singulares de América Latina, no limitada a la reproducción mecánica y acrítica de las doctrinas del Norte Global<sup>84</sup>. Al respecto, ANTONIO CARLOS WOLKMER indicaba “la necesidad de construir un conocimiento social-político-jurídico-cultural que, situado en la emergencia de los países del Sur periférico, parta de su

82 EMIRO SANDOVAL HUERTAS. *Penología. Parte especial*, Bogotá, Externado, 1984, pp. 245 y ss.; VINCENZO FERRARI. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989, p. 53; NORBERTO BOBBIO. *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990, pp. 379 y ss.; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, EDIAR, 1994, pp. 31 y ss.

83 “Un vicio metodológico [...] consiste en la confusión en la que caen aquellas entre función y fin, o bien entre el ser y el deber ser [...] Las doctrinas normativas del fin y las teorías explicativas de la función resultan además asimétricas entre ellas no solo en el terreno semántico, a causa del distinto significado de ‘fin’ y de ‘función’, sino también en el plano pragmático, a consecuencia de las finalidades directivas de las primeras y descriptivas de las segundas”, cfr. LUIGI FERRAJOLI. “El derecho penal mínimo”, en JUAN BUSTOS RAMÍREZ (dir.). *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Jurídica Cono Sur, 1995, pp. 26 y 27.

84 GERMÁN SILVA GARCÍA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “El papel de la investigación en la educación jurídica: un problema de poder y colonialidad”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 8, n.º 2, 2021, pp. 61 a 80, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/61453>]. En México, paradójicamente, se hace un trabajo comparado sobre el objeto de estudio de la sociología jurídica en distintos países, lo que supone que este variaba según la región, pero América Latina fue excluida, ver: LEANDRO AZUARA PÉREZ. “El objeto de la sociología jurídica en la sociología jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 9, 1970, pp. 559 a 580, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/788>].

temporalidad histórica y de su propia identidad”<sup>85</sup>. En forma similar, fue planteado el reto de pensar el derecho desde América Latina<sup>86</sup>. Se propone la revisión crítica de las categorías teóricas impuestas desde el Norte Global, el rompimiento de las clasificaciones que conducen a la exclusión social y no reportan lecturas útiles de la realidad social; la introducción de nuevas cosmovisiones, entendidas como enfoques generales de la realidad que recurren a herramientas cognitivas (percepciones, intuiciones, creencias, experiencias, conceptualizaciones y valoraciones), las cuales constituyen modelos de conocimiento y pensamiento<sup>87</sup>. Este libro es una apuesta en esa dirección.

En un capítulo posterior se tratará acerca del derecho y el cambio social. La sociología del derecho, en medio de un debate apreciable, siempre se ha interesado en esta cuestión. Este terreno, antes dividido como dominado por el conservatismo, ahora muestra una faceta paradójica que conviene seguir rastreando a través de la investigación sociojurídica:

A partir de la teoría sociológica contemporánea, se percibe hasta qué punto la función del derecho en la actualidad puede estar vinculada a dos grandes visiones, por momentos dicotómicas, por momentos complementarias: una visión crítica, que le atribuye un papel de dominación y mantenimiento del poder *versus* una visión del derecho como instrumento de conquistas democráticas, de protección de derechos y garantías<sup>88</sup>.

85 ANTONIO CARLOS WOLKMER. “Para uma sociologia jurídica no Brasil. Desde uma perspectiva crítica e descolonial”, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 4, n.º 3, 2017, pp. 17 a 38, disponible en [<https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/146>].

86 CESAR RODRÍGUEZ GARAVITO (COORD.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

87 GERMÁN SILVA GARCÍA, FABIANA IRLA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia: una nueva cosmovisión en la criminología del sur”, en *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 8 a 32, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACION-Y-DIVERGENCIA.pdf>].

88 LÍGIA MORI MADEIRA y FABIANO ENGELMANN. “Estudos sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica



## V. REFLEXIONES FINALES

Hace varias décadas la sociología jurídica se consolidó en América Latina, el resultado ha sido un creciente número de trabajos teóricos e investigaciones empíricas. Todavía hay una deuda con la investigación empírica que, si bien avanzó de modo notable, aún presenta niveles insatisfactorios, áreas no exploradas y muchas preguntas de investigación sin resolver. A su vez, es posible hablar de una teoría sociojurídica propia, tanto en asuntos de gran envergadura, como en materias de alcance medio, pese a que se quiere y espera mucho más.

El capítulo puso de presente que el debate sobre el concepto de sociología jurídica está aún activo, lo que ofrece un catálogo de opciones teóricas que sirven para iluminar su desarrollo. Hay, con todo, una considerable cantidad de consensos que facilitan la construcción de comunidad académica, el diálogo continental y la realización de trabajos mancomunados, al tiempo, concurren áreas de disenso, desacuerdo y debate. La homogeneidad era vista como un imperativo por el positivismo, dado que la ciencia era sinónimo de objetividad y verdad, por lo que resultaba imposible la discrepancia y la contradicción. Sin embargo, ¿quién necesita de la uniformidad? cuando la diversidad de enfoques, concepciones y contenidos deviene en la prosperidad de la ciencia. Ese obtuso afán de eliminar la diferencia y homogenizarlo todo para asegurar el orden, finalmente, no es más que totalitarismo. Y, ¿si la posición dominante está equivocada? será la catástrofe.

Los párrafos precedentes han dejado un conjunto de principios sobre los cuales edificar los análisis de los núcleos teóricos y las problemáticas consideradas en este libro. Esos principios a disposición de la sociología jurídica se resumen en: 1. Una epistemología basada en un paradigma científico; 2. La dualidad teoría/investigación empírica; 3. La contextualización social e histórica; 4. La perspectiva interdisciplinaria; 5. La integración de la estructura/acción sociales.

## REFERENCIAS

- AMPARO, APOLINAR DE JESÚS. *Sociología jurídica. Guía de estudio*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- ARELLÁN ZURITA, PEDRO. *Manual de sociología jurídica*, Caracas, Allcolors, 2009.
- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. “Saberes sociojurídicos y desarrollos de la sociología jurídica en Colombia”, *Revista Colombiana de Sociología*, vol. 37, n.º 1, 2014, pp. 49 a 68, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/recs/article/view/44596>].
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN y MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. *Sistemas jurídicos: elementos para un análisis sociológico*, 2.ª ed., Madrid, Universidad Carlos III, 2006.
- AZUARA PÉREZ, LEANDRO. “El objeto de la sociología jurídica en la sociología jurídica comparada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 9, 1970, pp. 559 a 580, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/788>].
- BARATTA, ALESSANDRO. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, México D. F., Siglo XXI, 1986.
- BARRAGÁN, RENÉ. “La sociología jurídica”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 2, n.º 1, 1940, pp. 103 a 111, disponible en [<http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/59256>].
- BARRAGÁN, RENÉ. *Bosquejo de una sociología del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México e Instituto de Investigaciones Sociales, 1965, disponible en [<https://ru.iis.sociales.unam.mx/handle/IIS/5689>].
- BOBBIO, NORBERTO. *Contribución a la teoría del derecho*, Madrid, Debate, 1990.
- BOBBIO, NORBERTO. *Teoría general del derecho*, Bogotá, Temis, 1992.

BOTELHO JUNQUEIRA, ELIANE y WANDA CAPELLER. “Alternativo (direito; justiça): algumas experiência na América Latina”, en CLÁUDIO SOUTO y JOAQUIM FALCÃO (orgs.). *Sociologia e direito: texto básico para disciplina de sociologia jurídica*, São Paulo, Pioneira Thomson Learning, 2002.

BURGOS SILVA, GERMÁN (ed.). *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/independencia-judicial-en-america-latina-de-quien-para-que-como/>].

CALVO GARCÍA, MANUEL y TERESA PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017.

CARBONNIER, JEAN. “Le grandi ipotesi della sociologia teorica del diritto”, *Quaderni di Sociologia*, vol. XIV, n.º 3, 1965, pp. 267 a 283.

CARBONNIER, JEAN. *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977.

CARIELLO, BRUNO VIGNERON; MAXIMILIANO VIEIRA FRANCO DE GODOY y LEONARDO DO AMARAL PEDRETE. “Sociologia do direito: velhos e novos caminhos”, *Revista Habitus*, vol. 2, n.º 1, 2004, pp. 1 a 11, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/habitus/article/view/11257>].

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “La sociología jurídica y el derecho”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XIV, n.º 27, 2011, pp. 109 a 119, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2402>].

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “La sociología jurídica en América Latina. Diálogo con el derecho y perspectivas”, *Espacio Abierto*, vol. 25, n.º 3, 2016, pp. 143 a 153, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/22115>].

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. *La sociología jurídica en Colombia*, Bogotá, Universidad Libre, 2016.

- COMTE, AUGUSTE. *Curso de filosofía positivista*, Buenos Aires, Aguilar, 1973.
- CORREAS, ÓSCAR. “La sociología jurídica. Un ensayo de definición”, *Crítica Jurídica*, n.º 12, 1993, pp. 23 a 53, disponible en [[https://criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/256](https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/256)].
- COTTERRELL, ROGER. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. “Estado del arte de la sociología jurídica en América Latina”, en ENRIQUE DE LA GARZA TOLEDO (coord.). *Tratado latinoamericano de sociología*, México, Anthropos y Universidad Autónoma Metropolitana, 2006.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO. *El derecho como arma de liberación en América Latina. Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*, 3.ª ed., México, Universidad Autónoma de San Luis de Potosí, Comisión Estatal de Derechos Humanos y Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, 2006.
- DÍAZ, ELÍAS. *Sociología y filosofía del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1980.
- DURKHEIM, EMIL. *Las reglas del método sociológico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.
- FERRAJOLI, LUIGI. “El derecho penal mínimo”, en JUAN BUSTOS RAMÍREZ (dir.). *Prevención y teoría de la pena*, Santiago de Chile, Jurídica Cono Sur, 1995.
- FERRARI, VINCENZO. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989.
- FERRARI, VINCENZO. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid y Dykinson, 2000.
- FERRARI, VINCENZO. *Diritto e società. Elementi di sociologia del diritto*, Bari, Laterza, 2004.

- FERRARI, VINCENZO. “Cincuenta años de sociología del derecho. Un balance”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 129, 2010, pp. 1.459 a 1.471, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4657>].
- FIX-FIERRO, HÉCTOR; MAURICIO PADRÓN INNAMORATO, ANDREA POZAS LOYO, CARLOS SILVA FORNÉ y ALBERTO ABAD SUÁREZ ÁVILA. *Manual de sociología del derecho: dieciséis lecciones introductorias*, México, Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 2018.
- FUCITO, FELIPE. *Sociología del derecho: el orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Buenos Aires, Edit. Universidad, 1999.
- FUENZALIDA FAIVOVICH, EDMUNDO. “Derecho y cultura jurídica en Chile (1974-1999)”, en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (coords.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GARCÍA MÁYNEZ, EDUARDO. *Introducción al estudio del derecho*, 65.ª ed., México, D. F., Porrúa, 2013.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. *La eficacia simbólica del derecho*, Bogotá, Universidad de Los Andes, 1993.
- GEIGER, THEODOR. *Estudios de sociología del derecho*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1983.
- GERLERO, MARIO. *Introducción a la sociología jurídica*, Buenos Aires, David Grinberg, 2006.
- GINER, SALVADOR; EMILIO LAMO DE ESPINOSA y CRISTÓBAL TORRES (eds.). *Diccionario de sociología*, Madrid, Alianza, 1998.
- GONZÁLEZ GALVÁN, JORGE ALBERTO. “La sociología del derecho y sus campos de estudio”, *Hechos y Derechos*, n.º 53, 2019, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/14018>].

- GURVITCH, GEORGES. *Sociología del derecho*, Rosario, Edit. Rosario, 1945.
- GURVITCH, GEORGES. *Elementos de sociología jurídica*, Granada, Comares, 2001.
- GUSFIELD, JOSEPH R. *Symbolic crusade*, 2.ª ed., Illinois, University of Illinois, 1986.
- GUSFIELD, JOSEPH R. *Contested meanings: the construction of alcohol problems*, Madison, University of Wisconsin, 1996.
- HALPÉRIN, JEAN-LOUIS. "Law in books and law in action: the problem of legal change", *Main Law Review*, vol. 64, n.º 1, 2011, pp. 45 a 76, disponible en [<https://digitalcommons.maine.gov/cgi/viewcontent.cgi?article=1179&context=mlr>].
- INTERNATIONAL SOCIOLOGICAL ASSOCIATION. *ISA Bulletin*, n.º 44, 1987, disponible en [<https://www.isa-sociology.org/uploads/files/isa-bulletin44.pdf>].
- JUNQUEIRA, ELIANE BOTELHO y WANDA CAPELLER. "Alternativo (direito; justiça): algumas experiencias na América Latina", en CLAUDIO SOUTO y JOAQUIM FALCÃO (org.). *Sociologia & direito*, 2.ª ed., São Paulo, Pioneira Thomson, 2002.
- KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 1982.
- LEGAZ Y LACAMBRA, LUIS. "Concepto y función de la sociología jurídica", *Revista Española de Sociología*, n.º 0, 1964, pp. 13 a 34.
- LIMA, EUSEBIO DE QUEIROZ. *Princípios de sociologia jurídica*, Río de Janeiro, Freitas Bastos, 1931.
- LUHMANN, NIKLAS. *A sociological theory of law*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1985.
- LUHMANN, NIKLAS. *Sociología del derecho*, Bogotá, Universidad Libre, 2012.

- MADEIRA, LÍGIA MORI y FABIANO ENGELMANN. “Estudios sociojurídicos: apontamentos sobre teorias e temáticas de pesquisa em sociologia jurídica no Brasil”, *Sociologias*, vol. 15, n.º 32, 2013, pp. 182 a 209, disponible en [<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/97083>].
- MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL. *Sociología jurídica*, México, D. F., Trillas, 1992.
- MERTON, ROBERT K. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992.
- MONTESQUIEU. *El espíritu de las leyes*, Madrid, Tecnos, 1985.
- MORÁS, LUIS EDUARDO (comp.). *La sociología jurídica en Uruguay*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2023.
- OST, FRANÇOIS y MICHEL VAN DE KERCHOVE. *Elementos para una teoría crítica del derecho*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. “La antropología y la sociología del derecho como formación interdisciplinaria”, *Derecho PUCP*, n.º 65, 2010, pp. 273 a 283, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3153>].
- PEÑA LABRÍN, DANIEL ERNESTO. *Sociología jurídica*, Barcelona, Jurídica V-Lex, 2014.
- PEREIRA, GABRIEL. “La incorporación de la investigación empírica a la agenda de enseñanza del derecho”, *Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 22, 2020, pp. 114 a 143, disponible en [<https://revistas.unlp.edu.ar/dcs/article/view/9817>].
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *El formalismo jurídico y sus funciones sociales en el siglo XIX venezolano*, Caracas, Monte Ávila, 1978.
- POUND, ROSCOE. “Law in books and law in action”, *American Law Review*, vol. 44, n.º 1, 1910, pp. 12 a 36.

REHBINDER, MANFRED. *Sociología del derecho*, Madrid, Pirámide, 1981.

RITZER, GEORGE. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw-Hill, 1993.

ROBLES, GREGORIO. *Sociología del derecho*, Madrid, Civitas, 1997.

ROCHER, GUY. *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montreal, Themis, 1996.

RODRÍGUEZ GARAVITO, CESAR (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

ROSA, FELIPE AUGUSTO DE MIRANDA. “Posição e autonomia da sociologia da sociologia do direito”, en CLAUDIO SOUTO e JOAQUIM FALCÃO (org.). *Sociologia & direito*, 2.ª ed., São Paulo, Pioneira Thomson, 2002.

SABADELL, ANA LÚCIA. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*, 6.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

SALANUEVA, OLGA LUISA y MANUELA GRACIELA GONZÁLEZ. “Enseñar metodología de la investigación socio-jurídica”, *Anales de la Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales*, vol. 8, n.º 41, 2011, pp. 305 a 316, disponible en [<http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/20718>].

SANDOVAL HUERTAS, EMIRO. *Penología. Parte especial*, Bogotá, Externado, 1984.

SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *Estado, derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991.

SCHWARTZ, GERMANO. “Uma sociologia do direito é (ainda) necessária no Brasil?”, *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, vol. 7, n.º 3, 2019, pp. 51 a 77, disponible en [<https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/6091>].



- SCHWARTZ, GERMANO y RENATA ALMEIDA DA COSTA. “The development of the sociology of law in Brazil”, en *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 11, n.º 1, 2021, pp. 49 a 79.
- SERVERINE, ÉVELYNE. *Sociologie du droit*, París, La Découverte, 2000.
- SIECKMANN, JAN R. “La sociología del derecho en la formación jurídica”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 6, n.º 12, 2008, pp. 117 a 133.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La concepción sobre el crimen. Un punto de partida para la exploración teórica”, en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia, tomo I: La profesión jurídica*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia, tomo II: Las prácticas jurídicas*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, *Diálogo de Saberes*, n.º 15, 2002, pp. 9 a 32.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. XII, n.º 23, 2009, pp. 71 a 84, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN; JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN; FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia: una nueva cosmovisión en la criminología del sur”, en *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 8 a 32, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACION-Y-DIVERGENCIA.pdf>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “El papel de la investigación en la educación jurídica: un problema de poder y colonialidad”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 8, n.º 2, 2021, pp. 61 a 80, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/61453>].
- SORIANO, RAMÓN. *Sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1997.
- TREVES, RENATO. “Sociologia del diritto e politica legislativa. A proposito di alcuni scritti di A. Podgorecki”, *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, vol. 11, n.º 6, 1963, pp. 743 a 748.
- TREVES, RENATO. *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1985.
- TREVES, RENATO. “A la búsqueda de una definición de la sociología del derecho”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 5, 1988, pp. 13 a 22, disponible en [<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1380>].
- TREVIÑO, A. JAVIER. *The sociology of law: classical and contemporary perspectives*, Nueva York, Routledge, 1996.
- VES LOSADA, ALFREDO E. “La sociología del derecho: su temática actual”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 29, n.º 3, 1967, pp. 497 a 512, disponible en [<http://revistamexicanadesociologia.unam.mx/index.php/rms/article/view/58422>].
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, 2.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. “Para uma sociologia jurídica no Brasil. Desde uma perspectiva crítica e descolonial”, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 4, n.º 3, 2017, pp. 17 a 38, disponible en [<https://revista.abrasd.com.br/index.php/rbsd/article/view/146>].

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Estructuras judiciales*, Buenos Aires, EDIAR, 1994.

## CAPÍTULO SEGUNDO

# Conflicto y cambio sociales

PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ<sup>89</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El conflicto y el cambio sociales han sido de interés para los sociólogos del derecho, debido al impacto que tienen en la vida y en la dinámica de las sociedades. Su análisis debe estar unido al estudio del poder, su ejercicio y las relaciones que entreteje, como fundamento para la interpretación de estos fenómenos sociales.

A través de toda la historia de la humanidad se han presentado conflictos interpersonales y familiares, entre grupos y entre clases

---

89 Abogado de la Universidad Libre, con especializaciones en Derecho Penal y Criminología de la Universidad Externado de Colombia y en Derecho Público de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia, docente investigador de la Universidad Católica de Colombia en el Grupo de Investigación Conflicto y Criminalidad. Contacto: [pegonzalez@ucatolica.edu.co] ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-4096-5187>].

sociales, contra el poder de otros individuos o de las organizaciones estatales, y también entre Estados. La palabra “conflicto” produce en el imaginario la idea de violencia, revolución, confrontación, pelea o combate; alguna pugna material que altera la paz e intranquiliza, pero también hay conflictos que no son violentos, caso en el cual se llaman “competencia”<sup>90</sup>. Las sociedades han vivido los conflictos y han tenido que resolverlos, unas veces de manera pacífica mediante la conciliación o la negociación, y otras recurriendo a la violencia. Sin embargo, el conflicto o su amenaza ha sido el agente generador de las grandes transformaciones sociales, el aguijón del progreso y de las innovaciones tecnológicas.

Para el entendimiento del conflicto y de los cambios sociales, se realizará en este capítulo una aproximación a sus conceptos, tanto desde las miradas clásicas, como con apoyo en las contribuciones contemporáneas. Varios de los mayores aportes sobre el conflicto que se han vertido en el ámbito de la sociología jurídica, que se verán más adelante, provienen de su subespecialidad penal, valga decir, de la criminología, pero ellas en gran medida pueden ser extrapoladas a los distintos ámbitos del derecho.

En todo caso, de manera mayoritaria y extendida, se considera el conflicto como un fenómeno común, normal e intrínseco a la vida en sociedad, tal como lo señaló GEORG SIMMEL<sup>91</sup>. Es, de acuerdo con JOHAN GALTUNG, según la interpretación de PERCY CALDERÓN, “un hecho natural, estructural y permanente en el ser humano”<sup>92</sup>, que se ha presentado desde las sociedades primitivas y hace parte de la vida actual producto de la interacción social entre los seres humanos. Ya decía MAX WEBER que el conflicto puede ser una lucha externa de antagonistas sobre cosas externas, o una lucha interna de personas sobre bienes, o un conflicto íntimo que se desarrolla en el alma del individuo, el cual “no puede ser excluido de la vida cultural. Es posi-

90 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>], p. 193.

91 GEORG SIMMEL. *Sociología, estudios sobre las formas de socialización*, 2.ª ed., vol. I, Madrid, Biblioteca Revista de Occidente, 1977.

92 PERCY CALDERÓN CONCHA. “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de Paz y Conflictos*, n.º 2, 2009, disponible en [<https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/432>], p. 68.

ble alterar sus medios, su objeto, hasta su orientación fundamental y sus protagonistas, pero no eliminarlo”<sup>93</sup>. Además, WEBER consideró que la política era por esencia el conflicto entre las naciones, los partidos y los individuos<sup>94</sup>. Así, no es posible concebir una sociedad sin conflictos, sin luchas, antagonismos o confrontaciones por diferentes intereses, valores o creencias que inciden, para bien o para mal, en las transformaciones sociales. Pero sea cual fuere el tipo de conflicto, este es sobre la vida, en relación directa con las “contradicciones como creadoras y destructoras de vida”<sup>95</sup>.

Este estudio se refiere a los conflictos y su relación con los cambios sociales, motivo por el cual se detendrá en los conflictos entre grupos o sujetos sociales. Como lo afirma GERMÁN SILVA GARCÍA, el conflicto social se presenta en todas las sociedades y es universal, pues “ha sido el motor principal de los cambios en la historia de la humanidad, animados por el afán de emular o dominar a los otros”<sup>96</sup>, por lo que “es un hecho social consustancial a la vida en sociedad”<sup>97</sup>, a efectos prácticos de realizar los intereses propios o imponer ideologías. Sin conflicto no hay cambios, no hay transformaciones sociales, y por tanto no puede mirarse siempre como algo negativo<sup>98</sup>; los conflictos pueden ser justos o no y siempre estarán motivados por intereses o ideologías; los conflictos no han representado en todos los eventos avances o cambios, dado que también han llevado a la destrucción, a la comisión de atrocidades y actos de crueldad, y de modo contemporáneo a la deshumanización por la violación de lo que hoy reconocemos como los derechos humanos y el derecho internacional humanitario; Y, por cierto, no son agradables, “son pocos los que disfrutaban con los conflic-

---

93 MAX WEBER. “El sentido de la ‘neutralidad valorativa’ de las ciencias sociológicas y económicas”, en *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989, p. 247.

94 RAYNOND ARAN. “Introducción”, en MAX WEBER. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979, p. 61.

95 JOHAN GALTUNG. *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Oslo, Fundación Gernika Gogoratuz y Working Papers Munduan, 1996, p. 109.

96 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 193.

97 GERMÁN SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 11, n.º 22, 2008, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2506>], p. 29.

98 Ídem.

tos y todo el mundo trata de evitarlos, pese a lo cual muchas veces no lo logramos y tenemos que pasar por ellos y tratar de resolverlos”<sup>99</sup>.

Son varias las teorías que se refieren al conflicto social, ya sea para rechazarlo como punto de partida de su fundamentación sociológica, como acaece con la teoría estructural funcionalista, que hace énfasis en la cooperación, o para acoger el conflicto como matriz del cambio social como lo predicen las teorías del conflicto. Para la primera, el cambio social es evolutivo, derivado de la integración y de la estabilidad en razón a ajustes en el sistema social; para las segundas, es resultado directo del conflicto social o de los esfuerzos desplegados para evitarlo.

En la génesis de las teorías del conflicto en el siglo XIX, se encuentran las doctrinas sociobiológicas de inspiración darwiniana, por su fundamentación en interpretaciones del pensamiento de CHARLES DARWIN<sup>100</sup>. Como en la obra de HERBERT SPENCER, donde la lucha por la supervivencia conducía al triunfo del más apto, del más fuerte<sup>101</sup>. Para SPENCER las sociedades humanas se transforman como cualquier organismo biológico, por tanto, sus costumbres, creencias, leyes o instituciones, son parte de esos organismos sociales<sup>102</sup>. No obstante, dicha vertiente no será considerada en este trabajo dada la falacia de sus razones biológicas, que carecen de evidencia empírica. También, sus rastros desaparecieron en el decurso de las teorías del conflicto. A propósito de los conceptos y elementos teóricos que se debatirán, serán examinadas posturas del conflictualismo marxista y del conflictualismo liberal, las dos principales corrientes de la sociología sobre la materia, para las cuales las hipótesis sociobiológicas citadas no representan ni siquiera un antecedente, pues siguen rutas del todo diferentes.

99 JULIO CARABAÑA MORALES. “El conflicto social”, en JOSÉ LUIS ÁLVARO ESTRAMIANA, *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, Barcelona, UOC, 2003, p. 245.

100 DON MARTINDALE. *La teoría sociológica*, Madrid, Aguilar, 1979, pp. 205 y ss.

101 HERBERT SPENCER. *La justicia*, Buenos Aires, Atalaya, 1947, p. 18.

102 HERBERT SPENCER. *The principles of sociology*, vols. I, II, III. 3.<sup>a</sup> ed., Nueva York - Londres, D. Appleton and Company, 1912.

## II. CONCEPTOS DE CONFLICTO Y CAMBIO SOCIALES

Los conceptos de *conflicto social* y de *cambio social* dependen de la perspectiva o de la óptica teórica con que se les define y de la proyección que tengan, cultural, política o económica, según el contexto social en que se desarrollen.

Al definir el conflicto social, LEWIS COSER precisó que es “una lucha con respecto a valores y derechos sobre estados, poderes y recursos escasos, lucha en la cual el propósito es neutralizar, dañar o eliminar a sus rivales”<sup>103</sup>. Pero no siempre será ese el propósito o resultado del conflicto, puesto que puede ser también el de colocarse en una posición de ventaja para conseguir negociar, como medio de su resolución pacífica.

El profesor argentino REMO ENTELMAN considera que el “conflicto en general” se define como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles”<sup>104</sup>. Lo define en general, a efectos de tratar cualquier especie o subespecie, como el conflicto político, internacional, interno, de individuos, de grupos o de clases, porque sus características genéricas son comunes a todos, lo que permite a su vez establecer las diferencias entre ellos<sup>105</sup>.

El conflicto social se puede definir como las contradicciones (divergencias)<sup>106</sup> que surgen en una sociedad determinada entre o dentro de grupos opuestos, por creencias políticas o ideológicas distintas (pueden ser de carácter partidista), por valores sociales no compartidos, por intereses económicos o sociales dispares, por la existencia de diferentes desventajas sociales, desigualdades e inequidades que generan inconformidades, o por el desconocimiento de la diversidad.

Entre lo más destacado de la perspectiva marxista acerca del conflicto, cabe resaltar las conclusiones que pueden extraerse de las apli-

---

103 LEWIS A. COSER. *Las funciones del conflicto social*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1961, p. 8.

104 REMO F. ENTELMAN. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 49.

105 *Ibid.*, p. 43.

106 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., p. 36. Este autor plantea que la divergencia, gestada por la diversidad de intereses, creencias, concepciones y valores entre grupos sociales o individuos, representada en líneas de acción social, genera los conflictos.



caciones del materialismo histórico y del materialismo dialéctico: por el primero, la historia se comprende como una derivación de contradicciones entre clases sociales, concurrentes en las relaciones de producción<sup>107</sup>; por el segundo, la realidad social se encuentra en un movimiento y cambio permanentes, en una lucha entre contrarios, que revierte en la formación de la consciencia<sup>108</sup>. Como se verá luego, la idea de grupos sociales podía ser más apropiada para describir el conflicto, tampoco habría lugar para determinismos económicos. Pero la influencia del contexto histórico y social sobre el conflicto es decisiva, la consciencia es influida por el contexto en tanto este establece el marco de condiciones en el que ella va a emerger como un producto, afectada además por las luchas entre grupos contrarios, donde las acciones y motivaciones de cada grupo son una unidad con el otro y, a su vez, su negación, de las que surgirán nuevas situaciones en ese movimiento perenne de la sociedad.

En punto de las funciones del conflicto social<sup>109</sup>, fue LEWIS A. COSER quien formuló en 1956<sup>110</sup> una serie de proposiciones sobre este, que no fueron orientadas de modo único al cambio social, puesto que también estaban vinculadas a su papel para “contribuir al mantenimiento, ajuste o adaptación de las relaciones sociales y de las estructuras sociales”<sup>111</sup>. Es decir, entre varias opciones, las funciones del conflicto podían ir dirigidas a la conservación del *statu quo* o al cambio.

Por su parte, el cambio social se ha definido como “la alteración de patrones de conducta, de relaciones sociales, instituciones y estructura social, en diferentes momentos”<sup>112</sup>. El cambio social se define como la variación en la vida de las personas, tal como ellas mismas definen dicho cambio. Estas innovaciones buscan en particular mejorar la vida de las personas. El cambio social es la transformación estructural de la sociedad de naturaleza socioeconómica o en otros ámbitos, radical o mediante el mantenimiento de su estructura a través de reformas

107 KARL MARX. *Contribución a la crítica de la economía política*, Moscú, Progreso, 1989, pp. 6 y ss.

108 KARL MARX. “Tesis sobre Feuerbach”, en KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS. *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, 1976.

109 El concepto teórico de función social fue expuesto en el capítulo primero.

110 Trató de conciliar el estructural funcionalismo y la teoría del conflicto. Ver: COSER. *Las funciones del conflicto social*, cit., p. 13.

111 Ibid., p. 173.

112 JOHN E. FARLEY. *Sociology*, Englewood, Cliffs, Prentice Hall, 1990, p. 68.

sociales, políticas, económicas, culturales o tecnológicas, para el progreso y desarrollo mediante la solución de diferentes problemas que enfrenta una sociedad, hacia la mejora de las condiciones de vida de toda la comunidad o para el retroceso o involución de ella cuando se utiliza para lograr el bienestar de unos pocos. En todo caso, “encontrar el lugar de las fuerzas que impulsan el proceso y el cambio social es la misión de una teoría del conflicto”<sup>113</sup>.

La transformación estructural radical implica un cambio, el paso hacia otro sistema socioeconómico o involutivamente hacia la dictadura, o solo representa el ejercicio de reformas para evitar la ampliación de las brechas sociales y evitar que el capitalismo sea “salvaje” y se atiendan las necesidades de la gran masa desposeída de bienes y servicios. En ese entendido, el cambio social puede ser un reajuste dentro de la estructura social o también un cambio del tipo de sociedad. De todas formas, el conflicto y el cambio sociales son procesos permanentes.

Aunque pueden existir conflictos entre dos personas, los actores del conflicto y el cambio sociales son los grupos, lo que significa, en términos metodológicos, definir quiénes son; cuáles son sus intereses opuestos, valores o creencias; cuánto poder tienen; cuáles serían sus características, tipos de organización y qué tanto pueden influir en el desarrollo y solución del conflicto<sup>114</sup>. En una relación social estarán presentes las expectativas de cambio social de unos actores y la resistencia de otros, lo que servirá al propósito de deducir la existencia del conflicto social en una “relación diádica”, esto es, al menos de dos agentes que participan del algún tipo de proceso<sup>115</sup>. Puede haber más actores, así aparezcan del mismo lado, pero que en teoría no tienen la titularidad legal del conflicto, por ejemplo, en Colombia de un lado la guerrilla, del otro el Estado y, por fuera de la ley, los paramilitares en favor de la institucionalidad con métodos atroces y consentidos por numerosos agentes privados u oficiales. También pueden concurrir los terceros al conflicto, con roles dispares: aquellos que buscan sacar beneficios de la agravación del conflicto, quienes pueden resultar afectados por este y pretenden officiar como mediadores o imponer la paz

113 RALF DAHRENDORF. “Toward a theory of social conflict”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 2, n.º 2, 1958, pp. 170 a 183.

114 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., p. 35.

115 JOHN REX. *El conflicto social*, Madrid, Siglo XXI, 1985, p. 3.

para terminar el conflicto, y los que son dañados por el conflicto sin disponer de poder para influir sobre su curso.

Después de la Segunda Guerra Mundial se han producido importantes transformaciones sociales y culturales que cambiaron en forma importante a las sociedades. En el eje de Occidente aparecieron nuevos actores como la mujer, más vinculada a la producción y con un empoderamiento social destacado con pretensiones de gobierno y de hacer valer sus derechos sobre la base de la igualdad social, protagonizando a su vez una corriente feminista con diferentes matices; las acciones de derechos humanos y, a la par, la lucha contra las dictaduras y por la democracia; los activistas estudiantiles, la Revolución cubana y las guerrillas en Latinoamérica; los movimientos de los trabajadores y las protestas contra los modelos neoliberales, entre otros. Las acciones sociales de esos actores han conducido a importantes cambios en las sociedades y abierto espacios para una mayor democracia. Los actores serán aquellos que tienen interés en el cambio social, de acuerdo con los objetivos que se plantean.

El conflicto y el cambio son agenciados socialmente por las acciones humanas en la interacción social. Son los individuos, los actores, quienes colectivamente y unidos por intereses comunes realizan el cambio mediante acciones sociales. Tienen que enfrentar al mismo tiempo a otros actores que se oponen al cambio o buscan uno contrario a sus intereses. Para lograr el cambio social, los actores tienen que ser comunicadores para establecer “mecanismos de participación y acción que les permite la toma de decisiones, es decir, el ejercicio del poder”<sup>116</sup>.

El cambio social que plantea el marxismo tiene un agente, el proletariado, que desarrollaría una revolución violenta desde las contradicciones de clases sociales en el capitalismo que implica también un cambio en lo político y económico hacia el establecimiento del socialismo. El cambio social que plantea el liberalismo político es con el concurso de reformas sociales dentro de la estructura socioeconómica capitalista. Los actores y sus pretensiones han cambiado y la lucha por los derechos fundamentales y los derechos humanos son los que hoy están en el orden del día.

---

116 CARMEN MENDIVIL CALDERÓN, YIMY RACEDO DURÁN, KATHERYN MELÉNDEZ SOLANO y JAVIER ROSERO MOLINA. “El papel de la comunicación para el cambio social: empoderamiento y participación en contextos de violencia”, *Encuentros*, vol. 13, n.º 1, 2015, pp. 11 a 23, disponible en [<http://ojs.uac.edu.co/index.php/encuentros/article/view/345>].

### III. RELACIONES DE COOPERACIÓN Y CONFLICTIVIDAD

La teoría estructural-funcionalista, que también es denominada la *teoría del consenso o de la integración social*, tuvo su auge y dominio de la sociología en el siglo pasado por los años 1940 hasta comienzos de los 1960, como contrapeso al marxismo y a las ideas conflictualistas liberales. Concibe la sociedad sin conflictos y luchas de clases o grupos por el poder, como un todo armónico, en que las relaciones sociales son de cooperación, de integración y consenso entre los integrantes de la sociedad, sobre la base de normas y valores compartidos y los cambios sociales serían producto de la evolución pacífica, en forma lenta y no brusca, con mantenimiento y estabilidad de la estructura social<sup>117</sup>. Aunque hoy en día dentro de la sociología no tiene un respaldo mayoritario, sigue suministrando fundamentos teóricos para combatir el marxismo como principal ideología enemiga del capitalismo.

Desde la época de AUGUSTE COMTE, considerado uno de los fundadores de la sociología, y del sociólogo francés ÉMILE DURKHEIM, se ha concebido una visión consensual de la sociedad como un “acuerdo fundamental entre los hombres acerca de las metas de la vida social y acerca de las reglas o normas que deben regir la consecución de las primeras”<sup>118</sup>, perspectiva desarrollada luego por TALCOTT PARSONS, conocida como la teoría estructural funcionalista.

Se considera como antecedentes del estructural funcionalismo los aportes de AUGUSTO COMTE al afirmar que la sociedad es un inmenso organismo, un sistema biológico más amplio y complejo, lo cual dedujo de la analogía de la sociedad humana con los organismos biológicos<sup>119</sup>, y que además existe una ley de la “evolución espontánea”, una teoría dinámica, al contrario de una visión estática o inmutable, que

117 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., p. 34. También, GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>], pp. 314 y 319.

118 IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1997, p. 253.

119 AUGUSTE COMTE. *The positive philosophy*, vol. III, Londres, Georg Bell & Sons, 1896.

considera de manera destacada el desarrollo gradual de la evolución intelectual de la humanidad<sup>120</sup>.

Por su parte, ÉMILE DURKHEIM con la propuesta acerca de las funciones sociales que hace depender de las condiciones objetivas de la evolución colectiva, la interpretación de la vida social no es más que una aplicación de este fundamento a los hechos sociales. Consideró que en ese momento histórico, la situación de las principales instituciones sociales, como el Estado o la familia, el derecho a la propiedad o el contrato, el esfuerzo y la responsabilidad, dependían de las leyes de la evolución y de las formas de solidaridad, siendo ellas tipos de organización de las relaciones de cooperación<sup>121</sup>. En lo que se refiere al delito lo considera *normal* “porque una sociedad exenta de él sería absolutamente imposible”<sup>122</sup>, y también *necesario*, pues “está ligado a las condiciones fundamentales de toda vida social, pero, por eso mismo, resulta útil; porque estas condiciones de las que es solidario son indispensables para la evolución normal de la moral y del derecho”<sup>123</sup>. Bajo esos postulados, las infracciones a la ley, de cualquier índole, cumplen la función social de alentar la cohesión de la sociedad, reafirmar sus valores y perfeccionar las respuestas que ella dispensa a los conflictos.

Las teorías de COMTE y DURKHEIM fueron integradas por TALCOTT PARSONS, quien introdujo y consolidó el estructural-funcionalismo. El conflicto fue visto como algo disfuncional, negativo, que no hace parte de su teoría de la evolución social, pero sí del “problema del orden” en la sociedad. PARSONS consideró que podían desarrollarse mecanismos que permitieran la “internalización de valores institucionalizados” propios de cada sociedad, que darían lugar a “una auténtica integración motivacional de la conducta en el sistema social”<sup>124</sup>, para contrarrestar los conflictos y garantizar el mantenimiento del orden social. Propuso la búsqueda de la identidad de intereses para que la dificultad del conflicto desaparezca, y de esa forma se logre que “los intereses de los hombres” sean “de hecho idénticos, porque tienen un conjunto común de condiciones a las que racionalmente se adap-

120 Ibid., p. 386.

121 ÉMILE DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 19 y ss.

122 Ibid., p. 114.

123 Ibid., p. 118.

124 TALCOTT PARSONS. *El sistema social*, Madrid, Alianza, 1984, p. 30.

tan”<sup>125</sup>. Lo anterior se interpreta como una intervención de grupos de la sociedad en la interioridad psicológica de los individuos, que conlleva a una imposición de las normas de conducta y a la violación de la libertad de conciencia.

La doctrina de PARSONS tuvo influencia en la criminología, a través de su más destacado discípulo ROBERT K. MERTON. Este último examinó las contradicciones que se pueden presentar entre la *estructura cultural* (que señala las metas de la sociedad, en Estados Unidos, la riqueza y la prosperidad) y la *estructura social* (que fija los procedimientos lícitos por los que puede accederse a las metas). Estas contradicciones u oposiciones emergen cuando el uso de los procedimientos lícitos establecidos no permite alcanzar los objetivos deseados, en plazos razonables, pese a los arduos esfuerzos empeñados. Esto genera una quiebra de los medios sociales establecidos para alcanzar las metas culturales, la cual puede conducir a que se elija el camino del delito, aunque también podría ser, de un modo más general, la infracción a cualquier estatuto legal. Dicha tensión conduce a diferentes respuestas individuales, unas conformistas y otras desviadas, resultantes de la combinación de esos valores culturales (metas) y de las normas sociales (medios institucionalizados)<sup>126</sup>. Es decir, la transgresión a la ley surge cuando los individuos que desean realizar o lograr las metas culturales de la sociedad, que han interiorizado, pero no pueden materializarlas con los medios sociales a su disposición dada su posición de desventaja, optan por la desviación como una vía alterna para obtener de modo rápido y eficaz las metas anheladas.

La teoría estructural funcionalista refleja la imagen de una sociedad estable, armónica e idílica, producto del desarrollo natural de la cooperación entre los miembros de la sociedad<sup>127</sup>. Este era el reflejo de lo que quería proyectar la potencia económica y militar de los Estados Unidos en los años 1950, en medio de la Guerra Fría. En síntesis, para esta teoría el conflicto no aparecerá si existe homogeneidad social y consenso y todos los asociados piensan de igual forma y no son diferentes. Algo imposible y en contravía con la naturaleza humana.

125 TALCOTT PARSONS. *The structure of social action*, Glencoe, Free Press, 1949, p. 103.

126 ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 4.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2010.

127 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto. Un marco teórico necesario”, cit., p. 34.

Con una fundamentación distinta y opuesta al estructural-funcionalismo, se han desarrollado teorías que consideran los conflictos en las sociedades como algo común y normal, que no solo fragmenta la sociedad, sino que, a la vez, aunque parezca paradójico, la mantiene unida por el conflicto entre los valores e intereses en contradicción. En el último caso, en efecto, cuando un grupo social se une o se forma para enfrentar una amenaza o una agresión.

En esa dirección, las principales teorías sociológicas del conflicto han sido, como se había anticipado, la de orientación marxista y la teoría sociológica de corte liberal, cada una con sus diferentes matices.

La primera teoría en términos cronológicos, incluso frente al estructural-funcionalismo, fue la teoría marxista sobre el conflicto y el cambio social planteada por KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS, quienes veían la sociedad capitalista determinada por una estructura económica con las correspondientes superestructuras ideológica y política, cuyo cambio social esperado y obligatorio sería hacia el socialismo. MARX y ENGELS argumentaron que en todas las sociedades anteriores y en el capitalismo, el conflicto se ha desenvuelto en medio de contradicciones de clases sociales. La historia ha sido la narrativa de las luchas de clases, las cuales han tenido formas diversas en las diferentes épocas, con una característica común, la explotación de una parte de la sociedad por otra<sup>128</sup>. La desigualdad económica genera el conflicto social irreconciliable entre burguesía y proletariado, al tenor del marxismo, que las define como clases enemigas<sup>129</sup> que solo tiene como vía de solución la revolución violenta y la instauración del socialismo. Esta teoría entró en crisis a partir del derrumbe del socialismo real en Europa.

Por otra parte, la teoría sociológica del conflicto liberal, que en algunos autores no estuvo exenta de la influencia marxista, aunque mantuvo su distancia teórica<sup>130</sup>, propugna por el progreso y el avance de la sociedad y considera importante al conflicto en la gestación de los cambios sociales. El conflicto social puede producirse entre grupos heterogéneos en defensa de sus intereses, debido al nivel o jerarquía que ocupan en la estructura social de un país, o dentro de un mismo grupo, en el marco de las relaciones interpersonales o, en una dimen-

128 KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS. *El manifiesto del partido comunista*, Santiago de Chile, Babel, 1948, pp. 3 y 4.

129 *Ibid.*, p. 4.

130 SILVA GARCÍA. *Criminología. Construcciones sociales y novedades teóricas*, cit., p. 318.

sión mayor, a nivel internacional. Los conflictos pueden ser de diferente naturaleza, de tipo personal, familiar o afectivo, pero interesa observar el que trasciende de lo individual, que hace parte de la propia estructura de la sociedad, el conflicto de tipo social que se manifiesta entre grupos o de manera interna dentro de los mismos.

El marxismo fue contundente al afirmar que el conflicto es necesario para que se produzcan los cambios sociales, como sucedió con el reconocimiento de los derechos laborales primero en Europa y luego en América. ENGELS refiere que en la Inglaterra anterior a 1845 los fabricantes más grandes aprendieron a evitar los conflictos innecesarios, a reconocer y aceptar la existencia y fuerza de los sindicatos, e incluso descubrieron que las huelgas efectuadas en momentos propicios constituían un excelente instrumento para la obtención de sus propios fines, entre ellos la paz y la armonía<sup>131</sup>. No obstante, en los conflictos laborales en que los trabajadores tuvieron como bandera reivindicaciones importantes, la burguesía se opuso con ahínco a sus pretensiones. En cuanto al derecho de los Estados liberales, estaría alineado con la clase hegemónica para evitar el cambio social en beneficio de los sectores populares<sup>132</sup>.

A principios del siglo xx, WILLEM A. BONGER, criminólogo de orientación marxista, afirmó que el sistema de producción capitalista generaba miseria y egoísmo en todas las relaciones y su solución estaba en el cambio de esas condiciones, al lograr que los medios de producción fueran de propiedad común<sup>133</sup>. Los burgueses, los dueños del capital, son la minoría, los que gobiernan sobre la mayoría que constituyen las clases con mayores desventajas sociales<sup>134</sup>. Sin tener en cuenta esto, el objetivo del capitalismo es incrementar la plusvalía y la

---

131 FRIEDRICH ENGELS. *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Buenos Aires, Esencias, 1974, p. 9.

132 En ese sentido, la teoría marxista latinoamericana acerca del derecho puede ser consultada en parte de los trabajos publicados en: MAURO BENETE y MARCO NAVAS ALVEAR (comps.). *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO y Pasto, Universidad de Nariño, 2019, disponible en [[http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20190816035550/Derecho\\_conflicto\\_social\\_y\\_emancipacion.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20190816035550/Derecho_conflicto_social_y_emancipacion.pdf)].

133 WILLEN ADRIAAN BONGER. *Criminality and economic conditions*, Boston, Little, Brown and Company, 1916, pp. 670 y 669.

134 Ibid., p. 133.



concentración de capital<sup>135</sup>. Los planteamientos de BONGER, que pueden ser aplicados a todos los conflictos que conducen a infracciones objeto de intervención por las distintas áreas del derecho, no solo a los casos penales, suponen que en el socialismo desaparecerá el delito y primará el altruismo sobre el egoísmo<sup>136</sup>.

El planteamiento central de la teoría del conflicto, desde una perspectiva liberal, se funda en que en la sociedad existen diferentes grupos sociales poseedores cada uno de ellos de intereses propios que son los objetivos que guían sus actuaciones, los cuales realizan con uso del poder para imponerse sobre los demás. La teoría no niega la existencia de clases sociales, pero considera más apropiado y comprensivo referirse a grupos sociales como protagonistas del conflicto.

RALF DAHRENDORF, crítico del estructural-funcionalismo, cuestionó a MARX en relación con su postura acerca de que el poder no se deriva de la propiedad, sino que esta se deriva del poder. Mientras MARX centra el origen del conflicto en lo económico, que genera la confrontación de clases sociales definidas por el nivel económico de las relaciones de producción que se proyecta a lo social, político e ideológico; DAHRENDORF consideró que su razón está en la distribución diferencial del poder, entre quienes lo ejercen y quienes están sometidos a este<sup>137</sup>.

La teoría del conflicto de orientación liberal acogió varias fundamentaciones de la teoría marxista del conflicto, como “motor del cambio y del progreso sociales [...] la naturaleza conflictiva de la sociedad [...] la influencia del contexto social sobre la consciencia de las personas [...] la continuidad del conflicto en sociedades en permanente transformación” y “la índole social e histórica del conflicto”<sup>138</sup>, como reacción contra las posiciones de la teoría estructural funcionalista.

Pero la sociología conflictualista liberal también cuestionó otros aspectos del marxismo y formuló alternativas. Además de optar por la idea de grupo, no de clase social, como categoría básica de análisis,

135 Ibid., p. 253.

136 Ibid., p. 133. También, sobre la extinción del delito en el socialismo: RICHARD QUINNEY. “Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal”, en IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG (eds.). *Criminología crítica*, México, D. F., Siglo XXI, 1977, p. 252.

137 RALF DAHRENDORF. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid, Rialp, 1962, p. 180.

138 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., p. 33.

criticó el monismo de tipo económico, para asumir una postura bastante plural, donde además de lo económico prestó atención especial a lo político y a lo cultural; consideró que no era el dominio sobre los medios de producción, sino el poder político, desigualmente distribuido en la sociedad, el dispositivo teórico más importante para interpretar el conflicto; negó que concurrieran contradicciones antagónicas o irreconciliables entre los actores del conflicto, puesto que esto dependía de la dinámica de cada conflicto en particular; rechazó la doctrina de un salto al socialismo y, luego, al comunismo, como consecuencia ineludible del conflicto en el capitalismo.

Por su parte, el concepto de *consenso* que no es ajeno necesariamente al de conflicto, pues puede ser producto de este, es el acuerdo entre distintos individuos o grupos sociales que posibilita el equilibrio de todo el sistema social o de componentes de las relaciones sociales<sup>139</sup> para garantizar la estabilidad y su funcionamiento. Es una salida propia del conflicto, que no niega la posibilidad de los acuerdos. Para SILVA GARCÍA, sin embargo, el conflicto es una manifestación de la *divergencia social*, que tiene su otra cara en la *convergencia social*, que puede verificarse aún sin consenso<sup>140</sup>.

En el campo específico de la sociología jurídica, dentro de la tradición de la sociología conflictualista liberal, los dos autores contemporáneos más importantes, VINCENZO FERRARI y GERMÁN SILVA GARCÍA, han evitado considerar el conflicto y la cooperación como una dicotomía en la que uno u otro prevalecen. SILVA GARCÍA propone considerarlos en términos dialécticos, donde el conflicto y la cooperación concurren en “igualdad de condiciones”, pese a que el conflicto ha sido más importante para dinamizar los cambios sociales, por lo que no pueden ser vistos como “oposiciones”, a la manera de una “dicotomía” en la que se opta por uno de los extremos, puesto que el conflicto es la negación de la cooperación y viceversa, donde cada uno contiene al otro y se define por este, son inseparables y mutuamente interdependientes, cada uno existe para el otro<sup>141</sup>. FERRARI agrega que la cooperación y el conflicto se “superponen de continuo en modalidades extremadamente variables”, pues los actores sociales pueden

139 SAGRARIO RAMÍREZ DORADO. “El enfoque sociológico”, en JOSÉ LUIS ÁLVARO ESTRAMIANA. *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, Barcelona, UOC, 2003, pp. 158 y 159.

140 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 147 y ss.

141 Ibid., pp. 253 y 254.

cooperar para lograr vencer en el conflicto social, como también el conflicto puede activarse para buscar como objetivo la cooperación; formas de cooperación pueden conservar expresiones de conflictividad que obligan a buscar mecanismos de conciliación y, de igual manera, situaciones conflictivas pueden dar lugar a expresiones de cooperación, como por ejemplo, en acuerdos sobre el trato dispensado a los prisioneros<sup>142</sup>.

#### IV. TIPOS Y CARACTERÍSTICAS DEL CONFLICTO

En el transcurso de la historia se han planteado conflictos de diferentes tipos. Unos basados en la lucha de clases o de grupos sociales. Han sido también interpretados como resultado de las luchas por la escasez de bienes, cuando no fueron producto de las diferencias políticas, culturales o de género.

Para las teorías conflictualistas liberales, la sociedad es concebida en “términos pluralistas, como encuentro-choque entre intereses de múltiples grupos que nacen y desaparecen, se descomponen y se recomponen, en una serie continua de relaciones en donde los conflictos pueden explotar o bien encontrar soluciones temporales de tipo institucional, sin llegar nunca, por lo demás a extinguirse”<sup>143</sup>. Hay en consecuencia, una visión muy dinámica de las relaciones sociales, centrada en una transformación social perpetua e inquebrantable.

RALF DAHRENDORF criticó el paradigma del consenso (teoría estructural-funcionalista), que para ese momento estaba en boga. Su teoría sociológica, al igual que el planteamiento de MICHEL FOUCAULT, la sitúa en la dimensión del poder (la autoridad) y partiendo de este presupuesto, propone sustituir las posiciones marxistas en torno a la teoría del conflicto para ampliar su marco teórico. Sin desconocer la lucha de clases sociales, considera que esta no es la única forma del conflicto social, como tampoco dichas clases sociales son las únicas que pueden transformar la sociedad, también el conflicto se presenta

142 VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III y Dykinson, 2000, pp. 137 y 138.

143 VINCENZO FERRARI. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, Bogotá, Externado, 2006, p. 30.

entre grupos sociales<sup>144</sup> a una escala más pequeña, más comprensiva, tanto así que se pueden suceder dentro de una misma clase social. El conflicto social puede tener el origen en otros factores diferentes a la confrontación de clases sociales<sup>145</sup>, como en la familia, en la escuela, entre religiones, entre partidos, entre países, y no siempre tiene la forma violenta de guerra entre ellos.

El poder juega un papel clave en el curso del conflicto. Este es la capacidad para hacer que otros actúen de acuerdo con las propias pretensiones, a pesar de su resistencia; cuando el poder materializa sus objetivos se vuelve dominación; se encuentra desigualmente distribuido en la sociedad, por lo que todos tienen algo de poder y no puede hablarse *a priori* de dominantes y dominados; cuando no hay capacidad de resistirse u oponerse tampoco hay poder; aparece como competencias o atribuciones, lo que significa que hay actores con mucho poder en unos campos y muy débiles en otros; la selección de medios a ejecutar, como la negociación o la lucha, no depende de la buena o mala voluntad, sino del predominio o del equilibrio de poder; solo se negocia cuando hay un equilibrio relativo en términos de poder, por lo que vencer abrumando al rival puede ser muy costoso; la coacción y la persuasión, de modo general, son los medios para su ejercicio; aún derrotada, la parte vencida podría llegar a negociar la rendición con algunas concesiones a favor, a cambio de reducir los costos del conflicto<sup>146</sup>. El poder es invertido por los actores sociales que se traban en conflictos con la finalidad de ganarlos e imponerse sobre otros sujetos sociales o para enfrentarse al Estado; pero el poder es, así mismo, utilizado por el Estado para intervenir en la sociedad, sobre los conflictos sociales y sus actores, por conducto del control social jurídico.

THOMAS N. CARVER<sup>147</sup> planteó la existencia de tres tipos de conflicto: el primero y fundamental conflicto entre el hombre y la natu-

144 DAHRENDORF. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, cit.

145 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., pp. 31 y 32; GERMÁN SILVA GARCÍA. “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].

146 A esos respectos, SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del conflicto*, cit., pp. 183 y ss.

147 THOMAS N. CARVER. “The basis of social conflict”, *The American Journal of Sociology*, vol. 13, 1908, pp. 628 a 648.

raleza (que no sería social); el segundo entre personas, y el tercero el conflicto en el individuo (que tampoco sería social)<sup>148</sup>. Para este autor, los conflictos tienen como punto de partida la confrontación de la persona con la naturaleza cuando se produce la “escasez de bienes” para satisfacer las necesidades materiales de los humanos, del que surgen todos los demás problemas sociales y morales<sup>149</sup>. Aunque este es un planteamiento materialista, dista mucho de la concepción marxista al recurrir a una circunstancia económica, pero no orientada al sistema socioeconómico como causante del conflicto.

GEORG SIMMEL examinó el conflicto desde un punto de vista positivo y con diferentes niveles asociativos, y aunque su aporte es muy importante debido a que abrió el camino para la discusión, como lo dice JÜRGEN HABERMAS, sus piezas “oscilan entre el ensayo y el artículo científico; vagan, por así decir, en torno a una idea en fase de cristalización”<sup>150</sup>, es decir, todavía en proceso de elaboración. En un momento en que el conflicto bélico en Europa se había prolongado (1918), realizó una elaboración sobre el conflicto como un fenómeno dinámico, continuo y permanente, en que un problema solo es suplantado por uno nuevo, un conflicto por otro, “que abarca la relativa oposición de lucha y paz, mientras la paz absoluta, que quizá también encierra esta oposición, continúa siendo el secreto divino”<sup>151</sup>. De allí que el conflicto se transforma, pero en realidad, no desaparece.

En su libro de *Sociología I*, SIMMEL estudió los conflictos tanto en las relaciones individuales y en forma más elaborada con respecto a las familiares, pero también de los individuos frente al Estado, en los grupos sociales, o sobre el conflicto que se presenta en colectivos o comunidades como la industriales, las religiosas, las obrero-patronales o entre clases sociales<sup>152</sup>.

Para THORSTEN SELLIN los conflictos emergen de las diferencias culturales entre grupos, con sus propias normas, por lo que el conflic-

148 Ibid., pp. 628 a 632.

149 Ibid., pp. 634 a 635.

150 JÜRGEN HABERMAS. *Textos y contextos*, Barcelona, Ariel, 1996, p. 180.

151 GEORG SIMMEL. *El conflicto de la cultura moderna*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y Encuentro Grupo Editor, 2011, p. 69; También, GEORG SIMMEL. *La ley individual y otros escritos*, Barcelona, Paidós, 2003, pp. 15 y 16.

152 GEORG SIMMEL. *Sociología 1. Estudio sobre las formas de socialización*, Madrid, Alianza, 1986.

to social es ante todo de orden cultural<sup>153</sup>. Así mismo, SELLIN planteó que las normas de cultura pueden promulgarse como leyes sobre las cuales puede haber consenso en sociedades homogéneas, pero en sociedades complejas –se agrega por nuestra parte– como las latinoamericanas, habría conflictos debido a que las leyes no representan un consenso de los diferentes miembros de la sociedad y puede tratarse de la imposición de la cultura dominante<sup>154</sup>.

A juicio de SELLIN, los conflictos culturales son la consecuencia natural de los procesos de diferenciación social que producen las agrupaciones sociales, con sus propias definiciones de las situaciones de la vida, sus propias interpretaciones de las relaciones sociales o, incluso, su propia ignorancia o incomprensión de los valores sociales de otros grupos. La transformación de una cultura homogénea a una heterogénea y desintegrada, aumenta las situaciones de conflicto<sup>155</sup>. Empero, ello depende de los niveles de pluralismo que alcance la sociedad, que puede reconocer la diversidad y convertirla en un factor de enriquecimiento. También, para SELLIN los procesos de integración reducen el número de situaciones de conflicto, aun cuando en contrario, se apuntaría que no es así, cuando el individuo o el grupo social son obligados y tales procesos no obedecen a la aceptación voluntaria.

LEWIS A. COSER planteó que el surgimiento de motivos de conflicto dentro de un grupo social entre los individuos y los subgrupos por demandas sobre bienes escasos, posiciones de prestigio o de poder, pueden facilitar el establecimiento o el restablecimiento de la unidad y la cohesión, pero no todo tipo de conflicto beneficia a la estructura del grupo o a todos los grupos. Solo los conflictos referentes a objetivos, valores o intereses que no contradicen los supuestos básicos en que se funda la relación, son positivamente funcionales para la estructura social. Al contrario, si las partes contendientes ya no participan de los valores básicos en que descansa la fundamentación del grupo, ello puede generar disensiones, rupturas, el extrañamiento forzado de sus disidentes y hasta destruir su estructura, según sea menor o mayor la intimidad del grupo, la tolerancia al conflicto y la intensidad de los

---

153 THORSTEN SELLIN. "Culture, conflict and crime", *American Journal of Sociology*, vol. 44, n.º 1, 1938, pp. 63 y 64.

154 *Ibid.*, pp. 63 y 104.

155 *Ibid.*, p. 66.

sentimientos de hostilidad acumulados. Al respecto dijo que: “entre más íntima sea la cohesión del grupo, más intenso será el conflicto”<sup>156</sup>.

En el conflicto interno o nacional se confirma la fuerza relativa de los intereses contradictorios como un mecanismo reajustador del equilibrio de poder. El pluralismo y la institucionalización del conflicto social son importantes mecanismos estabilizadores, que ayudan a revitalizar las normas existentes o la aparición de nuevas normas; son un mecanismo de ajuste de normas adecuadas a las nuevas situaciones, que en una sociedad flexible asegura su continuidad bajo las nuevas condiciones<sup>157</sup>.

Las teorías del conflicto se han ocupado del análisis del delito, para ubicarlo como consecuencia del conflicto social. GEORGE B. VOLD, considerado el más importante teórico de la criminología conflictualista con influencia general sobre toda la teoría sociológica del conflicto, en la obra *Theoretical Criminology* (1958), explicó que el delito es en buena medida producto del conflicto social y que este es uno de los principales y esenciales procesos sociales en el funcionamiento continuo y permanente de la sociedad. Aunque sus planteamientos pueden ser extrapolados a cualquier conflicto que deriva en una infracción a la ley, no solo penal. Los actos delictivos surgen por conflictos entre grupos, en un contexto de desigualdad política y social o de guerra, o en disputas laborales, o en actos de protesta, por ejemplo, por segregación racial<sup>158</sup>, o se adiciona por la identidad sexual diversa o por las formas de determinados estilos de vida, lo que indica que el rótulo de criminal es subjetivo, es una construcción social que está unida al poder.

VOLD, aprovechando el planteamiento de SIMMEL sobre la “teoría del conflicto grupal”, considera que cada grupo puede tener disputas con otros grupos dentro de la sociedad, por valores o intereses diferentes, incluso con aquellos que tienen suficiente poder para controlar el funcionamiento el Estado, debido a que este ente no representa los intereses de toda la sociedad. En la actividad legislativa penal, el grupo que pierde y no logra dejar su impronta ideológica para que su proyecto se vuelva ley, no está dispuesto al cumplimiento de la norma con la que no estuvo de acuerdo y no realiza los esfuerzos por su apli-

156 COSER. *Las funciones del conflicto social*, cit., p. 175.

157 Ibid., pp. 176 y 177.

158 TAYLOR, WALTON y YOUNG. *La nueva criminología*, cit., p. 254.

cación; es más propenso a violar la ley debido a que defiende intereses y propósitos que están en conflicto con los suyos<sup>159</sup>.

También, en el proceso de la aplicación de la ley surgen conflictos que reflejan los intereses de grupos sociales y las luchas más generales entre estos por el control del poder de policía del Estado<sup>160</sup>.

El argumento básico de la teoría del conflicto liberal en la sociología del derecho, de modo particular en los procesos de definición jurídica, tienen que ver con el poder y las tasas de criminalidad: “las personas con menos poder tienen más probabilidad (y las personas con más poder tienen menos probabilidades) para ser definidas oficialmente y procesadas como delincuentes”<sup>161</sup>. El sistema penal es utilizado según el poder político de que disponen ciertos grupos para definir a los opositores como criminales<sup>162</sup>. Los grupos con menor poder son criminalizados con facilidad por quienes tienen el poder de definirlos como delincuentes, mientras que los grupos sociales con mayor poder logran sustraerse a los procesos de criminalización en cualquiera de sus fases.

Lo anterior no es diferente respecto de las calificaciones como ilícitos de actos de interés del derecho civil, administrativo o laboral. En los mismos términos, el poder es usado por quienes lo poseen en mayor medida para definir como infractores a sus adversarios.

Por su parte, AUSTIN T. TURK planteó que el poder de los grupos logra autoridad y legitimidad dentro de la sociedad y que el orden social es producto del equilibrio del consenso-coerción logrado por las autoridades. Este equilibrio se rompe cuando se presenta un conflicto legal entre los encargados de hacer cumplir la ley y quienes cometen un acto que puede ser definido como un delito, por la diferencia de los valores entre los actores y las autoridades<sup>163</sup>. Desde la sociología jurídica del conflicto, TURK considera que el proceso de criminalización, que expresa un conflicto de poder, se presenta en la interacción entre los legisladores al crear las normas, quienes las interpretan y son

159 GEORGE B. VOLD, THOMAS J. BERNARD y JEFFREY B. SNIPES. *Theoretical criminology*, 4.ª ed., Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 236 y 237.

160 *Ibid.*, pp. 236 y 237.

161 *Ibid.*, p. 235.

162 PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ. *Los procesos de selección penal negativa*, Bogotá, Universidad Libre, 2013, pp. 207 y 232.

163 AUSTIN T. TURK. *Criminality and legal order*, Chicago, Rand McNally Company, 1969, p. 53



los encargados de aplicarlas, y quienes deben ejecutarlas, en relación con los infractores y hasta los cómplices, a quienes el poder de definición les atribuye un estatus social de criminales, debido al conflicto de grupos que surge, unos como autoridad con legitimidad y otros como violadores de normas<sup>164</sup>. La mayor probabilidad del conflicto dependerá del grado de organización de los definidos como criminales y la menor probabilidad dependerá de su grado de sofisticación (refinamiento), debido a que valorarán e intentarán contrarrestar o usar las fortalezas o las debilidades del Estado en su beneficio<sup>165</sup>.

En obra más reciente *El recomienzo de la historia* (2006), RALF DAHRENDORF planteó que ha surgido una nueva *clase social global*, que modifica el panorama social, que tiene una ventaja por el éxito de las nuevas tecnologías que cada día avanzan más, aunque esa nueva clase puede ser rechazada por su “estilo frenético y por los excesos de una riqueza obtenida rápidamente”<sup>166</sup>. Frente a esa nueva problemática, sostuvo que el conflicto es el gran estímulo positivo para el cambio, la única esperanza que obliga a “intentar dominar el conflicto por medio de reglas, es decir mediante la constitución de la libertad”<sup>167</sup>. No obstante, el conflicto tendrá otra línea principal, la *nueva desigualdad*, que es un “rasgo agudo, crónico y endémico de las sociedades modernas”, para lo cual debe recurrir a una forma de control social asociada a la “educación”, que suena a adoctrinamiento y, al mismo tiempo, a una política para contrarrestar la nueva desigualdad del “trabajo”, que equivaldría a una forma servil de mayor explotación que atenta contra “el valor supremo” de “la libertad”<sup>168</sup>.

En esa perspectiva, la *clase global* defiende su libertad, pero no la de los gobernados, y como en Latinoamérica, hace pleno uso de su poderío económico base de su existencia, a la par que la democracia o el Estado-nacional en su concepción clásica carece de importancia, debido a que su ámbito de actividad rebasa las fronteras de cualquier país. El término “democracia” ha sido remplazado por nuevas formas

164 AUSTIN T. TURK. “Toward construction of a theory of delinquency”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, vol. 55, n.º 2, 1964, pp. 216 y 217.

165 TURK. *Criminality and legal order*, cit., p. 59

166 RALF DAHRENDORF. *El recomienzo de la historia. De la caída del muro a la guerra de Irak*, Buenos Aires, Katz, 2006, p. 45.

167 Ibid., p. 45.

168 Ibid., pp. 252 y 253.

de autoritarismo: se obliga a la gente a trabajar, aún por medios indirectos, al mismo tiempo que este es un medio de control social, y si no se logra, el control será de otro modo, con una política “dura con el delito”<sup>169</sup> de acuerdo con las acciones que de manera previa puede implementar el legislador. En contra de las pretensiones de poder total y de poder monopolístico, DAHRENDORF plantea que la diversidad, la heterogeneidad y las diferencias “son las materias de que está hecho el progreso de la humanidad”<sup>170</sup>. El conocimiento de la diversidad es teóricamente el objeto central de los estudios acerca de los conflictos sociales<sup>171</sup>, en sus diferentes manifestaciones (ideológica, política, religiosa, etc.), inclusive relacionada con la tendencia sexual.

En la sociología general actual, una de las principales contribuciones a la teoría del conflicto fue introducida por RANDALL COLLINS, quien lo percibe como una lucha de grupos opuestos para adquirir mayor estatus, esto es, poder y/o prestigio, para que puedan realizar sus intereses<sup>172</sup>. COLLINS desarrolló una integración de teorías macro y microsociales de la que desprendió varias proposiciones para comprender el conflicto social moderno. En la sociología jurídica, VINCENZO FERRARI, basado en especial en RANDALL COLLINS, y GERMÁN SILVA GARCÍA, apoyado sobre todo en GEORGE RITZER, procuraron desarrollar teorías de integración micro/macro, tomando a la teoría conflictualista liberal como teoría macrosocial y a las teorías fenomenológica y del interaccionismo simbólico como teorías microsociales<sup>173</sup>.

169 Ibid., p. 253.

170 Ibid., p. 45.

171 SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, cit., p. 36.

172 RANDALL COLLINS. *Conflict sociology. Toward an explanatory science*, Nueva York, Academic, 1975, pp. 60 y ss.

173 VINCENZO FERRARI. “Lo status quaestionis della sociologia del diritto”, en *Congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1996; GERMÁN SILVA GARCÍA. “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, en *Congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.

## V. LOS NUEVOS CONFLICTOS SOCIALES

RALF DAHRENDORF indicaba que el conflicto social por intereses se presenta por disputas debido a la búsqueda de “titularidades”, esto es, la lucha por lograr derechos de ciudadanía, o también por las confrontaciones para conseguir “provisiones”, es decir, recursos escasos que son valiosos. Para DAHRENDORF, el primer tipo de conflictos fue común hasta avanzado el siglo XX, mientras que la segunda clase terminó por volverse predominante desde las últimas décadas de ese siglo hasta los tiempos actuales<sup>174</sup>.

No obstante en Latinoamérica, aun cuando se ha avanzado de modo sustancial hacia el desarrollo del Estado social de derecho, con el consiguiente reconocimiento de derechos fundamentales y la adopción de mecanismos eficaces para su protección, a diferencia de América del Norte y Europa, todavía los conflictos por “titularidades” son bastante importantes. Aunque las dictaduras militares que acompañaron como una constante a la mayor parte de Latinoamérica durante los siglos XIX y XX desaparecieron y, así mismo, muchos países del continente adoptaron nuevas constituciones políticas avanzadas y progresistas, en algunos países de América Latina como El Salvador, Nicaragua y Venezuela, hay dictaduras civiles, autoritarias, respaldadas por las fuerzas militares, mientras que en muchos otros países la democracia es limitada, reducida o pervertida. También varios grupos sociales, pese al reconocimiento de algunos derechos formales, están en pie de lucha contra las élites tradicionales que pretenden preservar privilegios y obviar el reconocimiento eficaz de sus derechos.

El conflicto de estos grupos sociales, de vieja data, sigue subsistiendo en América Latina por las violaciones de los derechos humanos y la resistencia de algunos gobiernos al cambio político. Además de estas violaciones de derechos, han surgido otros tipos de conflictos como los de género, xenofóbicos y étnicos que cuestionan el principio de la igualdad en el plano formal de la ley debido a que ella no tiene una realización material cierta, por el sistema de dominación patriarcal y la discriminación por la nacionalidad, por el color de la piel a través de la estigmatización, el menosprecio o el agravio. Los conflictos que surgen de estas desigualdades tienen raíces culturales que solo podrán

ser solucionados en la medida en que haya un cambio sobre la forma de vernos a nosotros mismos y a los demás, promovido por actores como los movimientos sociales (feministas y anti-racistas).

También han surgido otros movimientos contra los conflictos bélicos por medio de la movilización y la lucha pacifista, o los movimientos ecologistas contra las multinacionales u otros actores que depredan el medio ambiente y los actos reputados ilegales que destruyen la naturaleza en la búsqueda de recursos no renovables y que amenazan la supervivencia futura de la humanidad por la destrucción de las fuentes de agua, como también por los derechos de los animales y de la naturaleza. Todos esos movimientos abogan por un cambio social a través del ejercicio del control social y la toma de decisiones por parte de los gobernantes. Sin embargo, por el contrario, los agentes estatales pueden afectar a la población por la vía de la represión, o utilizando el poder para otorgar concesiones de explotación de los recursos naturales que impactan de forma negativa el medio ambiente o mediante la omisión de su obligación de combatir a quienes destruyen la naturaleza, por motivos de corrupción y en alianza con los depredadores.

IMMANUEL KANT consideró que la paz es posible siempre que se plantee como un fin y un deber. Y para obtener esa paz, uno de los elementos fundamentales es el derecho a la ciudadanía universal, para que al extranjero, al inmigrante, no se le trate con hostilidad y se le criminalice por el hecho de haber llegado al territorio de otros, lo que contradice la hospitalidad que debiera existir entre naciones por aquello del derecho natural en la común posesión de la superficie de la Tierra, ya que originariamente nadie tiene mejor derecho que otro a estar en determinado lugar del planeta<sup>175</sup>.

Hoy en día se considera que el paradigma clásico ha cambiado y la ejecución de la acción colectiva y la organización de los actores sociales, que son relativamente fluctuantes, se configuran principalmente a través de cuatro ejes en que se basa el cambio social en las sociedades capitalistas sin modificación de la estructura económica-social: “la democratización política, la democratización social o lucha contra la exclusión y por la ciudadanía; la reconstrucción y reinserción de las economías nacionales o la reformulación del modelo de desarrollo económico, y la redefinición de un modelo de modernidad”<sup>176</sup>.

175 IMMANUEL KANT. *La paz perpetua*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.

176 MANUEL ANTONIO GARRETÓN. *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2001, dispo-

La democratización política se refiere a la construcción de democracia política en regímenes que no son democráticos o donde la democracia es reducida, como en aquellos países que requieren una transición desde la dictadura o una ampliación de las instituciones democráticas para un cambio social más profundo y extendido a otras dimensiones de la sociedad. La visión del cambio social es diferente en cuanto no apunta al cambio radical y global, sino hacia el cambio del régimen político y la ampliación de la democracia<sup>177</sup>. Por supuesto, este proceso de mejoramiento de la democracia política está marcado por muchos conflictos generados en razón de las violaciones de derechos humanos, los pendientes de verdad, justicia, reparación y no repetición; los obstáculos de violencia, como los asesinatos de líderes sociales para atemorizar y evitar la participación ciudadana y democrática<sup>178</sup>; la oposición a los pactos sociales y a la reincorporación de los excluidos a la sociedad, entre muchos otros. Para ampliar y consolidar la democracia política, se requiere el cambio estructural en las instituciones del Estado con el fin de garantizar los derechos fundamentales, la mejora de los procedimientos para el ejercicio de esos derechos y la aceptación de la oposición política.

La *democratización social* se refiere a la redefinición de lo que se debe entender por ciudadanía y a la superación de la pobreza y la exclusión<sup>179</sup>. La participación política de la ciudadanía mediante el voto popular, significa la exclusión de la violencia como método de solución de conflictos por medio de la adopción de una forma institucional y democrática, aunque según VINCENZO FERRARI<sup>180</sup>, también puede ser traumático o razón de frustraciones para la minoría. Pero hoy en día el concepto de ciudadanía no está unido solo a la noción de representatividad electoral, sino también de *participación ciudadana*,

---

nible en [[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6012/1/S0110833\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6012/1/S0110833_es.pdf)], p. 5.

177 Ibid., pp. 26 y 27.

178 PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ, GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Estigmatización y criminalidad contra defensores de derechos humanos y líderes sociales en Colombia”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 37, 2022, pp. 143 a 161, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/810>].

179 GARRETÓN. *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina*, cit., p. 28.

180 VINCENZO FERRARI. *Funciones del derecho*, Bogotá, Externado, 2014, p. 247.

multiculturalidad y pluralismo, que implican crear una “democracia de ciudadanos”, unido a la difusión y creación de una cultura dirigida a que todos los estamentos inculquen el respeto de los derechos de las personas, sin discriminación y con la pretensión de lograr la igualdad material de las personas sin distinción alguna.

Con todo, la lucha por “provisiones”, es bastante más aguda. Las desventajas sociales en América Latina producidas por la desigualdad social y la pobreza más alta del mundo<sup>181</sup>, el desempleo, la falta de oportunidades y la falta de inclusión social, no permiten el crecimiento económico y la democratización social; por el contrario, obstaculizan los cambios sociales y generan conflictos que ponen en riesgo a la democracia en construcción. Estas desventajas deben ser superadas para lograr la democracia, la participación de los ciudadanos con plenos derechos en igualdad de condiciones, sin exclusión y con aceptación de la diversidad social.

La *reformulación del modelo económico* implica el desmonte de las políticas económicas neoliberales que han beneficiado al capital transnacional, mediante la apertura comercial y financiera, la reducción ostensible de la economía informal y la creación de empleo, el mejoramiento de los salarios reales, la redistribución del ingreso para disminuir la concentración del capital en manos de unos pocos y la disminución de la pobreza. Como lo plantea GALTUNG:

Todo modelo de desarrollo tiene que estar orientado a la erradicación del sufrimiento humano (satisfacción de las necesidades humanas de base) y de la naturaleza (equilibrio entre el hombre y la naturaleza). Si bien se quiere concebir el desarrollo como crecimiento económico, este no se tiene que dar a costa de alguien, básicamente tiene que ser autodesarrollo (autonomía)<sup>182</sup>.

181 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus y Alfaguara, 2004, disponible en [\[https://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/pnud-seminario.pdf\]](https://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/pnud-seminario.pdf), p. 26.

182 JOHAN GALTUNG. *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernika Gogoratuz, 2003, pp. 177 a 180.

En relación con la *redefinición del modelo de modernidad*, cada sociedad debe definir la suya. Involucra cambios culturales con base en valores y principios de respeto a la persona humana y a la diversidad (multiculturalidad); las luchas por la ciudadanía y la adopción del desarrollo tecnológico y los avances científicos sobre la base de la investigación autónoma que indique las soluciones a las necesidades más sentidas.

La oposición fuerte a una sociedad más pluralista, se encuentra en el conservadurismo que señala el miedo a los cambios por la supuesta alteración del orden social; por los valores esenciales de propiedad, familia y tradición; y por la concepción elitista que los lleva a creer que las desigualdades humanas son naturales<sup>183</sup>.

## VI. TRATAMIENTO Y RESPUESTA A LOS CONFLICTOS

El conflicto puede terminar de manera corriente, por victoria y derrota, por reconciliación o por avenencia, o debido a que el objeto de la lucha desaparece<sup>184</sup>; o a modo de adición a esta reflexión, se prolonga en la medida que en el curso del movimiento se introducen otros objetivos a lograr, aunque hayan sido satisfechas las reivindicaciones iniciales.

Para SIMMEL, un conflicto perdura o no se soluciona por torpeza espiritual o por sentimiento individual muy acentuado que exige la unanimidad para todas las decisiones, caso este en que “se evita sin duda el avasallamiento de la minoría, pero en cambio se provoca el de la mayoría”, aunque no siempre el mejor conocimiento esté de parte de la mayoría<sup>185</sup>. El conflicto también puede ser resuelto cuando es dirimido por un agente con un grado de superioridad sobre las partes involucradas, con la capacidad de imponer su decisión sobre ellas, incluso contra su oposición, como es el caso del juez. El uso de cualquiera de las alternativas existentes para tratar y resolver el conflicto depende, en general, de las condiciones sociales e históricas que rodean

183 ASael MERCADO MALDONADO y GUILLERMO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ. “La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea”, *Espacios Públicos*, vol. 11, n.º 21, 2008, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/676/67602111.pdf>], pp. 216 y 217.

184 SIMMEL. *Sociología 1. Estudio sobre las formas de socialización*, cit., p. 346.

185 *Ibíd.*, pp. 202 y 209.

la confrontación, pero, sobre todo, del grado de poder a disposición de cada uno de los partidos trabados en el conflicto.

Hoy en día el derecho en las constituciones políticas de los Estados sociales de derecho y los instrumentos internacionales de derechos proveen principios y normas que permiten el tratamiento pacífico de conflictos sociales. Los conflictos no siempre se solucionan a través de procesos jurídicos formales, particularmente los sociales se resuelven mediante el ajuste social, con el concurso de cambios, que demandan además de la existencia de esos principios y normas, la educación para la paz que deben fomentar las instituciones educativas para dotar a las personas de valores e instrumentos para la resolución no violenta de los conflictos<sup>186</sup>; la comunicación para el cambio social entendida como “un proceso de diálogo público y privado a través del cual las personas definen quiénes son, qué quieren y cómo pueden conseguirlo [...] y se basa en los principios de tolerancia, autodeterminación, equidad, justicia social y participación activa para todos”<sup>187</sup>; también se requiere la mediación, pero, sobre todo, la voluntad política de gestionar los conflictos y realizar los cambios que se requieran.

Las organizaciones estatales suelen promover mecanismos paralelos (llamados con frecuencia alternativos) de tratamiento de los conflictos, con el fin de reducir la congestión de los canales ordinarios de la administración de justicia y, en veces, de abaratar los costos de intervención sobre el conflicto. A ese efecto, crean instancias extra-judiciales de gestión del conflicto, que desvían su manejo lejos de la administración de justicia, o introduce mecanismos obligatorios de procedibilidad de las acciones judiciales, a fin de acortar de modo sustancial el paso de conflictos por la justicia. A la par, estos mecanismos paralelos interesan a colectivos sociales con propósitos muy distintos, en particular, conservar el dominio sobre sus propias pretensiones en el conflicto y administrarlo con autonomía, puesto que el Estado muchas veces expropia el conflicto y margina a los actores sociales que lo

---

186 GIOVANY AREIZA MADRID. “La educación para la paz en Colombia: estrategias de transformación y resolución negociada de los conflictos”, *Ra Ximhai*, vol. 10, n.º 2, 2014, pp. 313 a 336, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/461/46131266013.pdf>].

187 DENISE GREY-FELDER y JAMES DEANE. *Communication for social change: a position paper and conference report*, Rockefeller Foundation, 1999, disponible en [<http://archive.cfsc.org/pdf/positionpaper.pdf>].



protagonizan sin prestar mucha atención a sus intereses y expectativas, ya que su mayor prioridad es mantener el orden.

El derecho interviene y gestiona los conflictos sociales, puesto que su principal finalidad es evitarlos o resolverlos. Es una forma de estructurar los conflictos sociales<sup>188</sup>, es decir, bajo sus propios términos y condiciones se apropia de los conflictos para regularlos bajo un cierto orden. El derecho, de modo selectivo, como resultado de las decisiones de los legisladores o de los operadores jurídicos, elige determinados conflictos para intervenirlos de modo reglado. Su propósito fundamental es ponerle punto final al conflicto, al menos en forma relativa. Así, cuando un conflicto alcanza determinado estado, a fin de que no se eternice, lo cual sería muy costoso al prolongar los daños que este ocasiona, el derecho le pondrá fin relativo al conflicto, al menos en el estado al que arribó, mediante la institución de la cosa juzgada.

Esto puede generar integración social, negociada o impuesta, aunque el derecho también, según el caso, posee la capacidad para generar nuevos conflictos y, de este modo, coadyuvar a la desintegración social<sup>189</sup>. Esto, dado que los distintos grupos sociales buscan instrumentalizar el derecho, en su definición o en su operación, para utilizarlo como un arma para realizar sus intereses o imponer sus ideologías<sup>190</sup>; sin embargo, el derecho puede también tratar en forma pacífica y justa los conflictos sociales, puesto que el Estado social de derecho, pluralista y participativo, cuando es fiel a sus principios y visto que puede ser muy complejo usarlo de modo hegemónico, consigue jugar a favor del equilibrio social.

Puede suceder que el grupo social en el poder se resista a los cambios, no obstante que constitucionalmente están permitidos, caso en el cual los conflictos sociales permanecerán en el tiempo y pueden profundizarse de forma significativa originando la confrontación violenta. Muchas veces el derecho más que resolver el conflicto, lo que busca es

188 VINCENZO TOMELO. *Il diritto come struttura del conflitto: una analisi sociologica*, Milán, Angeli, 1981, pp. 98 y ss.

189 FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, cit., p. 146.

190 En este sentido, se señaló para el caso de Colombia que aún faltaba bastante para fortalecer las titularidades a fin de arribar a una sociedad justa, cfr. JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”, *El Otro Derecho*, n.º 28, 2002, pp. 171 a 191, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-28/>].

disminuir los daños o costos que pueden ocasionarse con el mismo, al controlar dos de sus variables: la intensidad y la duración. En razón al control de la intensidad, las partes envueltas no podrían emplear toda su fuerza disponible, por ejemplo, matando a su adversario o quemando sus propiedades; debido al control de la duración, se busca evitar que el conflicto se prolongue en el tiempo volviéndose crónico.

Cuando el Estado y el derecho son instrumentalizados a fin de usarlos para realizar los intereses o imponer las ideologías de un grupo, se buscará que en la definición o en la aplicación del derecho, con empleo del mayor poder a disposición, las acciones del grupo o agregado social adversario sean definidas como ilícitas. Si no se puede incidir en las definiciones de la ley, es posible que el grupo intente coaccionar o sobornar a los operadores jurídicos. Si todos los grupos relevantes poseen poder para influir en las definiciones legales, será necesario buscar un acuerdo, en cuyo caso la ley será como un tratado de paz.

El derecho no intenta eliminar el conflicto, sino reconducirlo por el escenario de la administración pública del poder ejecutivo o por el escenario judicial, para tratarlo de modo pacífico y, acaso, en forma justa, lo que dependerá de los niveles de independencia de la administración de justicia, como también de la racionalidad burocrática de la administración pública, es decir, que sus funcionarios hayan sido seleccionados conforme a méritos y según los procedimientos establecidos, como también que actúen de acuerdo con la ley<sup>191</sup>.

SILVA GARCÍA agrega que el conflicto originado en la divergencia social es objeto de intervención por parte del control social jurídico que decidirá, frente a las acciones sociales divergentes, con el concurso del derecho, cuál será definida como ilícita y cuál como lícita, lo que significará determinar frente a la diversidad contenida como elemento esencial de la divergencia social, cuál de las acciones sociales puede ser admitida de un modo pluralista o si alguna será reprobada o censurada.

En tanto que el derecho procura regular y tratar el conflicto social en búsqueda de su resolución, el derecho contribuye también al cambio social. En ocasiones puede ser una variable dependiente respecto de la sociedad, en cuyo caso el derecho sigue o marcha paralelo a las transformaciones que se presentan en la sociedad; no obstante, el de-

recho puede ser también una variable independiente respecto de la sociedad, es decir, provocar de modo más o menos autónomo cambios sociales, de lo que el vanguardismo de los tribunales constitucionales en Latinoamérica puede ser un buen ejemplo, al crear derecho por vía de su interpretación y volver eficaces los enunciados constitucionales antes puramente discursivos. En definitiva, en lo que concierne al cambio social, hay una relación de reciprocidad entre la sociedad y ese aspecto específico de ella que es el derecho.

Desde la obra pesimista de EDUARDO NOVOA MONREAL sobre el papel del derecho frente al cambio social en América Latina<sup>192</sup>, rendido a los intereses de la élites, entendido en contextos como el que llevó a la dictadura en Chile o sus nulas implicaciones para evitar las violaciones a los derechos humanos en Argentina, se ha trasegado a campos de mayor complejidad y ambivalencia, en particular por el desarrollo del nuevo constitucionalismo crítico latinoamericano<sup>193</sup>.

## VII. REFLEXIONES FINALES

El conflicto social debe percibirse como el motor del cambio social, de la mejora de situaciones sociales, en otras palabras, pese a que sería deseable que ocurriera de otros modos, la mayoría de las veces sucede que no hay posibilidad de cambios sociales sin que intervengan los conflictos sociales. El conflicto puede ser pacífico, con mecanismos que permitan su resolución; no siempre es violento ni con la pretensión de cambio estructural de tipo socio-económico. Dentro del capitalismo se plantean conflictos que pueden generar cambios sociales importantes que conduzcan al mejoramiento del nivel de vida de la población, con una mayor participación ciudadana e igualdad en derechos. Aunque parezca contradictorio, el conflicto social puede conducir a la convivencia en paz.

---

192 EDUARDO NOVOA MONREAL. *El derecho como obstáculo para el cambio social*, México, D. F., Siglo XXI, 1975, p. 13.

193 JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO y GERMÁN SILVA GARCÍA. “Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 2 extra, 2018, pp. 59 a 73, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/33110>].

El conflicto social moviliza a grupos, orientados por sus propósitos de materializar sus intereses (titularidades o provisiones) o imponer sus ideologías, los cuales se están redefiniendo en forma continua. Estos grupos pueden ser formales o informales, coyunturales o permanentes, dotados de cohesión e identidad social o disponer de ellas de modo precario, estar organizados en forma horizontal o jerárquica, con adeptos voluntarios o forzados. Ellos intentarán usar el derecho al servicio de sus intereses y creencias.

El derecho puede constituirse en un mecanismo, y la administración de justicia en un escenario, para el tratamiento pacífico y justo del conflicto social. Esto depende del desarrollo de una sociedad participativa, con una distribución del poder equitativa en mayor grado, con un Estado social y democrático de derecho que traduzca de modo eficaz sus principios y mandatos, en especial, en lo que atañe a los derechos fundamentales.

## REFERENCIAS

- ARAN, RAYROND. "Introducción", en MAX WEBER. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979.
- AREIZA MADRID, GIOVANY. "La educación para la paz en Colombia: estrategias de transformación y resolución negociada de los conflictos", *Ra Ximhai*, vol. 10, n.º 2, 2014, pp. 313 a 336, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/461/46131266013.pdf>].
- BENETE, MAURO y MARCO NAVAS ALVEAR (comps.). *Derecho, conflicto social y emancipación. Entre la depresión y la esperanza*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO y Pasto, Universidad de Nariño, 2019, disponible en [[http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20190816035550/Derecho\\_conflicto\\_social\\_y\\_emancipacion.pdf](http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20190816035550/Derecho_conflicto_social_y_emancipacion.pdf)].
- BERNARD, JESSIE. "Where is the modern sociology of conflict?", *American Journal of Sociology*, vol. 56, n.º 1, 1950, pp. 11 a 16.
- BONGER, WILLEN ADRIAAN. *Criminality and economic conditions*, Boston, Little, Brown and Company, 1916.

- CALDERÓN CONCHA, PERCY. “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, *Revista de Paz y Conflictos*, n.º 2, 2009, pp. 60 a 81, disponible en [<https://revistaseug.ugr.es/index.php/revpaz/article/view/432>].
- CARABAÑA MORALES, JULIO. “El conflicto social”, en JOSÉ LUIS ÁLVARO ESTRAMIANA, *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, Barcelona, UOC, 2003.
- CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “La justicia, el derecho y el conflicto social en Colombia”, *El Otro Derecho*, n.º 28, 2002, pp. 171 a 191, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-28/>].
- CARVER, THOMAS N. “The basis of social conflict”, *The American Journal of Sociology*, vol. 13, 1908, pp. 628 a 648.
- COLLINS, RANDALL. *Conflict sociology. Toward an explanatory science*, Nueva York, Academic, 1975.
- COMTE, AUGUSTE. *The positive philosophy*, vol. III, Londres, Georg Bell & Sons, 1896.
- COSER, LEWIS A. *Las funciones del conflicto social*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1961.
- DAHRENDORF, RALF. “Toward a theory of social conflict”, *The Journal of Conflict Resolution*, vol. 2, n.º 2, 1958, pp. 170 a 183.
- DAHRENDORF, RALF. *Las clases sociales y su conflicto en la sociedad industrial*, Madrid, Rialp, 1962.
- DAHRENDORF, RALF. *El conflicto social moderno*, Madrid, Mondadori, 1990.
- DAHRENDORF, RALF. *El recomienzo de la historia. De la caída del muro a la guerra de Irak*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- DURKHEIM, ÉMILE. *Las reglas del método sociológico*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2001.

ENGELS, FRIEDRICH. *La situación de la clase obrera en Inglaterra*, Buenos Aires, Esencias, 1974.

ENTELMAN, REMO F. *Teoría de conflictos: hacia un nuevo paradigma*, Barcelona, Gedisa, 2002.

FARLEY, JOHN E. *Sociology*, Englewood, Cliffs, Prentice Hall, 1990.

FERRARI, VINCENZO. “Lo status quaestionis della sociologia del diritto”, en *Congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.

FERRARI, VINCENZO. *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III y Dykinson, 2000.

FERRARI, VINCENZO. *Derecho y sociedad: elementos de sociología del derecho*, Bogotá, Externado, 2006.

FERRARI, VINCENZO. *Funciones del derecho*, Bogotá, Externado, 2014.

GALTUNG, JOHAN. *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Oslo, Fundación Gernika Gogoratuz y Working Papers Munduan, 1996.

GALTUNG, JOHAN. *Paz por medios pacíficos: paz y conflicto, desarrollo y civilización*, Bilbao, Gernika Gogoratuz, 2003.

GARRETÓN, MANUEL ANTONIO. *Cambios sociales, actores y acción colectiva en América Latina*, Santiago de Chile, Naciones Unidas, 2001, disponible en [[https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6012/1/S0110833\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6012/1/S0110833_es.pdf)].

GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. *Los procesos de selección penal negativa*, Bogotá, Universidad Libre, 2013.

- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS; GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Estigmatización y criminalidad contra defensores de derechos humanos y líderes sociales en Colombia”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 37, 2022, pp. 143 a 161, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/810>].
- GREY-FELDER, DENISE y JAMES DEANE. *Communication for social change: a position PAPER and conference report*, Rockefeller Foundation, 1999, disponible en [<http://archive.cfsc.org/pdf/positionpaper.pdf>].
- HABERMAS, JÜRGEN. *Textos y contextos*, Barcelona, Ariel, 1996.
- KANT, IMMANUEL. *La paz perpetua*, 6.ª ed., Madrid, Tecnos, 1998.
- LLANO FRANCO, JAIRO VLADIMIR y GERMÁN SILVA GARCÍA. “Globalización del derecho constitucional y constitucionalismo crítico en América Latina”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 2 extra, 2018, pp. 59 a 73, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/33110>].
- MARTINDALE, DON. *La teoría sociológica*, Madrid, Aguilar, 1979.
- MARX, KARL. “Tesis sobre Feuerbach”, en KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS. *Obras escogidas*, Moscú, Progreso, 1976.
- MARX, KARL. *Contribución a la crítica de la economía política*, Moscú, Progreso, 1989.
- MARX, KARL y FRIEDRICH ENGELS. *El manifiesto del partido comunista*, Santiago de Chile, Babel, 1948.

- MENDIVIL CALDERÓN, CARMEN; YIMY RACEDO DURÁN, KATHERYN MELÉNDEZ SOLANO y JAVIER ROSERO MOLINA. “El papel de la comunicación para el cambio social: empoderamiento y participación en contextos de violencia”, *Encuentros*, vol. 13, n.º 1, 2015, pp. 11 a 23, disponible en [<http://ojs.uac.edu.co/index.php/encuentros/article/view/345>].
- MERCADO MALDONADO, ASael y GUILLERMO GONZÁLEZ VELÁSQUEZ. “La teoría del conflicto en la sociedad contemporánea”, *Espacios Públicos*, vol. 11, n.º 21, 2008, pp. 196 a 221, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/676/67602111.pdf>].
- MERTON, ROBERT K. *Teoría y estructura sociales*, 4.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2010.
- NOVOA MONREAL, EDUARDO. *El derecho como obstáculo para el cambio social*, México, D. F., Siglo XXI, 1975.
- PARSONS, TALCOTT. *The structure of social action*, Glencoe, Free Press, 1949.
- PARSONS, TALCOTT. *El sistema social*, Madrid, Alianza, 1984.
- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *La democracia en América Latina: hacia una democracia de ciudadanas y ciudadanos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus y Alfaguara, 2004, disponible en [<https://www2.ohchr.org/spanish/issues/democracy/costarica/docs/pnud-seminario.pdf>].
- QUINNEY, RICHARD. “Control del crimen en la sociedad capitalista: una filosofía crítica del orden legal”, en IAN TAYLOR, PAUL WALTON y JOCK YOUNG (eds.). *Criminología crítica*, México, D. F., Siglo XXI, 1977.
- RAMÍREZ DORADO, SAGRARIO. “El enfoque sociológico”, en JOSÉ LUIS ÁLVARO ESTRAMIANA. *Fundamentos sociales del comportamiento humano*, Barcelona, UOC, 2003.
- REX, JOHN. *El conflicto social*, Madrid, Siglo XXI, 1985.



- SELLIN, THORSTEN. "Culture, conflict and crime", *American Journal of Sociology*, vol. 44, n.º 1, 1938, pp. 97 a 103.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica", en *Congreso internacional. Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "La teoría del conflicto, un marco teórico necesario", *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 11, n.º 22, 2008, pp. 29 a 43, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2506>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. "Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho", *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].
- SIMMEL, GEORG. *Sociología, estudios sobre las formas de socialización*, 2.ª ed., vol. I, Madrid, Biblioteca Revista de Occidente, 1977.
- SIMMEL, GEORG. *Sociología 1. Estudio sobre las formas de socialización*, Madrid, Alianza, 1986.
- SIMMEL, GEORG. *La ley individual y otros escritos*, Barcelona, Paidós, 2003.

- SIMMEL, GEORG. *El conflicto de la cultura moderna*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba y Encuentro Grupo Editor, 2011.
- SPENCER, HERBERT. *The principles of sociology*, vols. I, II, III. 3.<sup>a</sup> ed., Nueva York - Londres, D. Appleton and Company, 1912.
- SPENCER, HERBERT. *La justicia*, Buenos Aires, Atalaya, 1947.
- TAYLOR, IAN; PAUL WALTON y JOCK YOUNG. *La nueva criminología: contribución a una teoría social de la conducta desviada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1997.
- TOMEIO, VINCENZO. *Il diritto come struttura del conflitto: una analisi sociologica*, Milán, Angeli, 1981.
- TURK, AUSTIN T. "Toward construction of a theory of delinquency", *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, vol. 55, n.º 2, 1964, pp. 215 a 229.
- TURK, AUSTIN T. *Criminality and legal order*, Chicago, Rand McNally Company, 1969.
- VOLD, GEORGE B.; THOMAS J. BERNARD y JEFFREY B. SNIPES. *Theoretical criminology*, 4.<sup>a</sup> ed., Oxford, Oxford University Press, 1998.
- WEBER, MAX. "El sentido de la 'neutralidad valorativa' de las ciencias sociológicas y económicas", en *Ensayos sobre metodología sociológica*, Buenos Aires, Amorrortu, 1989.
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, 2.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992.



## CAPÍTULO TERCERO

## Control social

WANDA CAPELLER<sup>194</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Este capítulo está dedicado al análisis del control social, que ha constituido un tema central de las teorías sociológicas desde el siglo XIX<sup>195</sup>.

194 Profesora catedrática emérita de Sciences Po-Toulouse, investigadora asociada del Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra –CES–. Es integrante del *Research Committee on Sociology of Law* –RCSL–, de la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad –RELADES–, del *Board de la Association Droit et Société* (París), del Consejo Editorial de la *Revue Droit et Société* (París), del Comité Científico de la Editorial Ibáñez (Colombia), de la Ordem dos Advogados do Brasil –OAB-RJ–. Revisión del texto por LAÍS GORSKI, Profesora en la Faculdade de Educação Superior do Paraná –FESP– y Consultora en la Oficina de Naciones Unidas sobre Drogas y Crímenes. Traducción del portugués al español por GERMÁN SILVA GARCÍA.

195 Véase la etimología del término “control social”, del latín *contra-rotulus*, es decir, contra-rol: JEAN GUY BELLEY. “Contrôle social”, en ANDRÉ-JACQUES ARNAUD (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, París, LGDJ, 1993, p. 160.

El término “control social” posee múltiples significados que corresponden a discrepancias teóricas y disonancias lingüísticas, estas últimas producen diferentes significados según el idioma utilizado: por ejemplo, en inglés el término *social control* significa “poder”, “autoridad”, “influencia”; en francés, la palabra *contrôle* expresa la idea de “verificación”, de “vigilancia”<sup>196</sup>. Con un carácter proteico, esto es, capaz de cambiar de aspecto, el concepto de control social puede generar malentendidos a nivel de su comprensión, ya que sus redefiniciones corresponden a las transformaciones de la historia político-social. Por tanto, no existe una definición unívoca de esta noción, aunque sus diversas elaboraciones parten de una misma matriz significativa, que se refiere al conjunto de mecanismos y dispositivos que establece el orden social para disciplinar, estandarizar y conformar a los individuos a la moral y a las conductas sociales dominantes en una sociedad determinada<sup>197</sup>.

A partir de la construcción del pensamiento político y social moderno, el control social se ha percibido desde un doble ángulo: el control social que ejerce el Estado sobre la sociedad y el control social que ejercen los individuos en relación con el Estado<sup>198</sup>. La primera dimensión, que concierne al control de la sociedad por el poder del Estado y sus instituciones, encuentra sus raíces en el modelo contractualista del siglo XVII que trazó los contornos del Estado moderno, en el que destacaron las obras de THOMAS HOBBS y JOHN LOCKE. En su libro *Leviathan* (1651), HOBBS presenta su doctrina política de la seguridad y el poder coercitivo que, a partir de un análisis de la naturaleza humana, aboga por la obediencia a la autoridad. Para él, la seguridad, objeto del contrato entre los particulares y el Estado, solo puede garantizarse con el paso del consentimiento a la unión. Si el consentimiento es el efecto de la convergencia de varias voluntades privadas hacia un objetivo común, la unión constituye la condición

196 RÉMI LENOIR. “Contrôle (du) social: la construction d’une notion et ses enjeux”, *Informations Sociales*, vol. 6, n.º 126, 2005, pp 6 a 15, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-6-page-6.htm>].

197 MIRELE HASHIMOTO SIQUEIRA. “O controle social em duas perspectivas: de Hobbes a Locke, de Marx a Gramsci”, *Revista Ciências Sociais em Perspectiva*, vol. 17, n.º 33, 2018, pp. 81 a 101, disponible en [<https://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/view/17849>].

198 *Ibíd.*, p. 86.

*sine qua non* del orden social y la seguridad pública, dado que es, simultáneamente, objeto y resultado del contrato<sup>199</sup>.

En la concepción de HOBBS, para garantizar el orden público y la seguridad individual y colectiva, los actos institucionales deben ser racionales y teleológicos, solo así pueden ejercer un control directo sobre la sociedad y los individuos. Estos, sin embargo, deben renunciar a la libertad personal para salir del “estado de naturaleza” y entrar en el estado político, el único capaz de promover la seguridad de todos y la paz social<sup>200</sup>. En otras palabras, el pacto entre individuos no es suficiente para garantizar el orden público, por lo que el Estado debe ejercer un control absoluto e imperativo sobre la sociedad y las personas<sup>201</sup>.

En una perspectiva distinta, JOHN LOCKE critica el absolutismo y defiende el liberalismo individual. Según él, los individuos no deben renunciar a sus derechos naturales, ni transferir su libertad a un soberano (o asamblea de hombres), detentador de un poder ilimitado. Al contrario, el control social debe ser una manifestación de los miembros de la sociedad que lo ejercen sobre el Estado para “limitar su acción a garantizar los derechos naturales del individuo a la propiedad, la vida y la libertad mediante la vigilancia del cumplimiento de las leyes y, cuando estas son irrespetadas, por medio de la resistencia al uso de la fuerza para la disolución de este poder y la institución de uno nuevo que respete los referidos derechos”<sup>202</sup>. Podemos identificar en el pensamiento de LOCKE las raíces de la noción liberal de control social que busca evitar que el Estado intervenga en la economía, es decir, a fin de garantizar la libertad económica<sup>203</sup>.

También en la teoría contractualista de JEAN-JACQUES ROUSSEAU, encontramos la idea de que el control social en la República, debe legitimar la acción gubernamental, ya que los gobiernos a menudo carecen de lealtad a la voluntad popular. En su libro *El contrato social*,

199 FRANÇOIS RANGEON. *Hobbes, État et droit*, París, J. E. Hallier - Albin Michel, 1982, p. 143.

200 HELOISA SILVA HELENA DA CORRÊA, LUCIANA PAES BARRETO FERREIRA y MARIA LUCIA BARROS. “Estado/sociedade e o controle social”, *Divers@! Revista Eletrônica Interdisciplinar*, vol. 1, n.º 1, 2008, pp. 23 a 39, disponible en [<https://revistas.ufpr.br/diver/article/view/34037/21198>].

201 SIQUEIRA. “O controle social em duas perspectivas: de Hobbes a Locke, de Marx a Gramsci”, cit., p. 86.

202 Ibid., pp. 86 y ss.

203 CORRÊA, BARRETO FERREIRA y BARROS. “Estado, sociedade e o controle social”, cit., p. 29.

este autor sostiene que la autoridad soberana pertenece al pueblo y a la voluntad general, a la que corresponde el derecho a controlar el poder<sup>204</sup>. En opinión de ROUSSEAU, la participación popular crea las condiciones para el control del poder, una noción que se afirma de modo contemporáneo con el modelo de democracia participativa<sup>205</sup>.

La idea de que las manifestaciones populares pueden controlar el poder, también fue formulada por KARL MARX a partir del ejemplo de la Comuna de París (1871); con posterioridad, el análisis de ANTONIO GRAMSCI sobre los consejos de las fábricas en Italia demostró que las bases sociales están en condiciones de controlar el poder<sup>206</sup>. Al dilatar la semántica de la hegemonía, GRAMSCI concibe la esfera privada de la sociedad civil como parte integrante de la esfera pública del Estado, ya que, desde el punto de vista histórico, estas dos formas de hegemonía no pueden separarse en la medida en que corresponden, respectivamente, a la preponderancia de la movilización y del control. Así, el gobierno del subalterno exige un mayor control, simultáneo a la movilización<sup>207</sup>. Es decir, en el control social encontramos dos elementos que son inherentes a la propia dinámica social, el del control en sí mismo y el de la movilización social, que también puede manifestar una forma de control. El pensamiento sociopolítico y jurídico moderno ha destacado, desde sus orígenes, esta doble dimensión constitutiva del control social: la dimensión *top-down*, que se refiere al ejercicio del poder estatal y/o institucional sobre la sociedad, y la dimensión

204 Algunos autores observaron la influencia del pensamiento de ROUSSEAU en la obra de DURKHEIM, en particular, la proximidad de la noción de “voluntad general” de ROUSSEAU con la noción de “consciencia colectiva” de DURKHEIM. Ambos pensadores aspiraban a encontrar la “ley social” que, al ir más allá del nivel individual, permitiera constituir el fundamento de la “moral colectiva”. Ver TIINA ARPPE. “Rousseau, Durkheim et la constitution affective du social”, *Revue d'Histoire des Sciences Humaines*, vol. 2, n.º 13, 2005, pp. 5 a 31, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-histoire-des-sciences-humaines-2005-2-page-5.htm>].

205 CORRÊA, BARRETO FERREIRA y BARROS. “Estado, sociedade e o controle social”, cit., p. 29.

206 SIQUEIRA. “O controle social em duas perspectivas: de Hobbes a Locke, de Marx a Gramsci”, cit.

207 FABIO FROSINI. “De la mobilisation au contrôle: les formes de l’hégémonie dans les ‘Cahiers de prison’ de Gramsci”, *Mélanges de l’École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [en línea], 128-2, 2016, disponible en [<https://journals.openedition.org/mefrim/2918>].

*bottom-up*, que traduce la capacidad social de revertir el control social a través de su propia dialéctica.

En este capítulo se hará una revisión histórica de la génesis y de las mutaciones del concepto de control social para comprender mejor los modelos y movimientos epistemológicos que han marcado esta noción en su trayectoria desde la modernidad hasta la modernidad tardía socio-penal. En la modernidad socio-penal, el control social fue percibido, de manera inicial, desde una visión homogénea y consensual de la sociedad, cuyas formas de regulación y modelos de socialización permitían la interiorización de las normas jurídicas y sociales; también fue visto como un elemento vinculado a las conductas desviadas y a la reacción social y estigmatización social provocada por ellas. En el análisis de las instituciones totales, después de ERVING GOFFMAN y MICHAEL FOUCAULT, predominan los paradigmas del interaccionismo simbólico y del panóptico, este último ha expuesto a la luz la problemática del poder disciplinario tal y como se ejerce en las prisiones.

Si en la modernidad los dispositivos de control socio-penal mutaron de la “sociedad disciplinaria” foucaultiana a la “sociedad del control generalizado” de GILLES DELEUZE<sup>208</sup>, en la modernidad tardía los nuevos dispositivos de control penal intensifican los mecanismos de automatización y de tecnificación del poder. En efecto, en la fase de modernidad avanzada en la que vivimos, la tecnificación del control social exige un análisis preciso de las múltiples formas de techno-control que constituyen fenómenos simultáneos de compresión, fragmentación, hibridación y recomposición del control social<sup>209</sup>, caracterizando así sus formas de globalización<sup>210</sup> y sus glocalismos. En la actualidad, la renovación conceptual de la noción de control social debe tener en cuenta los modelos emergentes y las tendencias globalizadoras típicas del control social global.

208 GILLES DELEUZE. “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”, en *Conversações: 1972-1990*, Río de Janeiro, Ed. 34, 1992, pp. 219 a 226.

209 BRIGITTE BOUQUET. “Analyse critique du concept de contrôle social. Intérêts, limites et risques”, *Vie Sociale*, vol. n.º 1, 2012, pp. 15 a 28, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2012-1-page-15.htm>].

210 WANDA CAPELLER. “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, *Droit et Société*, n.º 35, 1997, pp. 61 a 77, disponible en [[https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1997\\_num\\_35\\_1\\_1398](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1997_num_35_1_1398)].



## II. CONTROL SOCIAL, CONSENSO, NORMAS E INTEGRACIÓN

En el entorno cultural del paso del siglo XIX al XX, la naciente sociología reconoció los efectos perversos de la consolidación del capitalismo industrial que condujo al aumento de la individualización, el pauperismo, las desigualdades y los conflictos sociales. Entonces, la naciente sociología se enfrentó a una pregunta crucial: ¿cómo se mantiene la sociedad a pesar del aumento del individualismo y del incremento de los conflictos colectivos? En este contexto, en el que la necesidad de control social aparece como una evidencia, el pensamiento sociológico busca aprehender sus formas y mecanismos para comprender mejor las condiciones de la producción y reproducción del orden social<sup>211</sup>.

El pensamiento sociológico busca aprehender los aspectos anómicos de la sociedad industrial moderna, efectos que podrían minimizarse mediante la regulación legal, fundamento de la armonía social. Desde esta perspectiva, el control social es visto como un elemento de integración de la sociedad que puede manifestarse de manera formal y/o informal, externa y/o interna, siendo el control social formal el que se ejerce a través de instituciones especializadas –la policía, la justicia y la cárcel– cuando se produce una violación de la norma jurídico-estatal, y el control social informal se refiere a la reacción social que sanciona el desprecio de las normas sociales determinadas por el grupo. En el primer caso, las sanciones emanan de las normas jurídicas estatales; en el segundo, las sanciones tienen un carácter social y pueden ser aplicadas por cualquier persona y en todo el mundo<sup>212</sup>. Las sanciones informales pueden ser negativas o positivas. Las primeras manifiestan la reprobación, el desprecio social, el distanciamiento o también la exclusión total del grupo; son sanciones positivas cuando expresan cumplidos morales, homenajes, felicitaciones, etc.

La sociología de las normas ha enriquecido el estudio del control social a partir del análisis de los mecanismos de producción de la nor-

211 BELLEY. “Contrôle social”, cit., p. 161.

212 Para un análisis a profundidad de la producción normativa, jurídica y social, ver: THIERRY DELPEUCH, LAURENCE DUMOULIN y CLAIRE DE GALAMBERT. *Sociologie du droit et de la justice*, París, Armand Collin, 2014, pp. 32 y ss.

ma jurídica<sup>213</sup>, considerada en sí misma una clase específica de norma social que se caracteriza por la racionalización y formalización de sus prescripciones. EUGEN EHRLICH mostró la interpenetración del derecho (norma jurídica) y la sociología (norma social), hasta el punto de que ROSCOE POUND afirmó a propósito de su teoría: “EHRLICH utiliza [el término] derecho para significar todo el control social”<sup>214</sup>. En cuanto al “derecho informal”, esta noción se refiere de modo tradicional a las formas en que los grupos y/o las comunidades se ajustan a sus propias normas sociales y, de esta manera, estos mecanismos forman parte del concepto de control social<sup>215</sup>.

Desde el punto de vista formal, el control social se presenta como el conjunto de instituciones, estrategias y sanciones sociales que buscan asegurar la conformidad de los individuos con las normas sociales y con las leyes vigentes, constituyendo mecanismos que actúan sobre el individuo de forma inconsciente y que permiten la interiorización de la cultura de una determinada sociedad, es decir, los valores, las normas y los roles sociales. A través de los procesos de socialización, el objetivo es promover la integración de los individuos en la sociedad para garantizar su armonía y cohesión. En esta perspectiva consensualista, predomina la idea de que las sociedades son culturalmente homogéneas y que todos sus miembros se adhieren al modelo de orden social imperante. El control social informal es inherente a la propia sociedad y funciona como mecanismo de autorregulación social, reforzando, por sus vías espontáneas, y el consenso general, que actúa como elemento promotor de la buena sociabilidad y de la reproducción armónica de las relaciones sociales<sup>216</sup>.

Para ÉMILE DURKHEIM, los procesos de socialización modelan las conductas individuales, llevando a los individuos a respetar los modelos de integración visibles, lo que se realiza por medio del control social, cuyos dispositivos inculcan los valores morales<sup>217</sup>. En su libro

213 ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, París, LGDJ, 1981, p. 99.

214 “EHRLICH utilizó ‘ley’ para referirse a todo el control social”, cfr. *Ibíd.*, p. 99.

215 HENRI STUART. “Informal law”, en DAVID S. CLARK (ed.). *Encyclopedia of Law & Society*, t. II, Los Angeles, Sage Publications, 2007, p. 743.

216 REBECA LÓPEZ PUERTA. “Teorías del control social”, *Crimipedia*, 6 de julio de 2015, disponible en [<https://crimipedia.umh.es/topics/teorias-del-control-social/>].

217 BOUQUET. “Analyse critique du concept de contrôle social. Intérêts, limites et risques”, cit., p. 6.

*La división del trabajo social*<sup>218</sup>, este autor observó que en las transformaciones del control social, que corresponden a la distinción entre normas sociales y normas jurídicas, predominan estas últimas con la división social del trabajo, de la que resultan las instituciones especializadas de control social destinadas a hacer respetar las reglas de la vida social. El control de tipo formal es una expresión de las formas de solidaridad orgánica, concepto que contrapone a la noción de solidaridad mecánica existente en las sociedades tradicionales, donde prima la similitud y los fuertes lazos sociales que constituyen la base de la conciencia colectiva, donde la violación de la conciencia colectiva suscita una sanción de carácter represivo<sup>219</sup>.

En la sociedad moderna, por el contrario, el debilitamiento de la conciencia colectiva requiere un control social organizado y formalizado capaz de favorecer la reproducción social a través de la corrección de los comportamientos antisociales resultantes de los fracasos en los procesos de socialización<sup>220</sup>. Estos últimos actúan para promover la conformidad de los individuos con la sociedad, que deben interiorizar sus elementos culturales, valorativos y normativos. Cuando la socialización fracasa, los individuos pueden ser resocializados con el concurso de instituciones de control y corrección social, consideradas capaces de reformar a los individuos para reinsertarlos en las lógicas de la conformidad normativa.

En la teoría de DURKHEIM, el control social está estrictamente vinculado a las nociones de norma y anomia: la primera determina los límites de la normalidad y el nivel de tolerancia de los actos antisociales, y la segunda se refiere a la desorganización estructural y funcional de la sociedad, que corresponde a la inadaptación social de los individuos. Diversos autores observaron que la noción introducida por DURKHEIM de anomia tiene un doble sentido, pues su significado se ha desplazado de la esfera económica a la individual: su primera significación se encuentra en su obra sobre la división del trabajo social, donde el autor analiza los aspectos anómicos de la sociedad industrial y caracteriza el estado patológico de la economía; en este sentido, la anomia se refiere a las “rupturas parciales de la solidaridad orgánica”,

218 ÉMILE DURKHEIM. *De la division du travail social*, 5.<sup>a</sup> ed., París, PUF, 1998.

219 Ibid., pp. 79 a 83. Sobre este aspecto de la obra de DURKHEIM ver, entre otros, a PHILIPPE RIUTORT. “Contrôle social, normes et déviance”, en *Premières leçons de sociologie*, París, PUF, 2003, pp. 75 a 88.

220 Ídem.

es decir, a los fallos de la “solidaridad orgánica” que se manifiestan en los fracasos y el antagonismo entre el trabajo y el capital. Su segunda acepción, elaborada en el estudio sobre el suicidio, se refiere a la falta de integración social o a su exceso, constituyendo ambos comportamientos formas inadecuadas de adaptación a la sociedad. En este caso, el concepto designa el estado mental patológico de los individuos insuficientemente regulados por la sociedad<sup>221</sup>.

En el inicio del siglo xx, el control social constituía un tema relevante en el pensamiento sociológico norteamericano, en el que las tesis de DURKHEIM tuvieron notable influencia. El problema central de esta sociología es el siguiente: ¿cómo es posible la unión de los hombres en el contexto de la modernidad? El control social, entonces, se entendía en términos de dominación, de poder, de autoridad de la sociedad sobre las personas<sup>222</sup>. En 1901, el sociólogo estadounidense EDWARD A. ROSS, al abordar las cuestiones del orden y de la organización social, utilizó por primera vez el término “*control social*” para designar las formas como la sociedad procura restablecer el orden social vulnerado. En su libro *Social Control and the Foundations of Sociology*<sup>223</sup>, este autor definió el control social como “el conjunto de influencias interiorizadas y/o restricciones externas que la sociedad impone a las conductas individuales para promover el orden social”<sup>224</sup>.

En esta obra, Ross examinó los fundamentos, los medios y los sistemas de control social, haciendo hincapié en la capacidad de autorregulación de la sociedad que, basada en principios y valores, establece mecanismos internos en favor de la cohesión y la armonía social<sup>225</sup>. Al proponer la noción de “control de clase” (*class control*), este autor señaló el carácter político y clasista del control social, porque este responde, de igual manera, a los intereses y conflictos de clase. Para Ross, estos aspectos del control caracterizan la existencia de un control social político, puesto al servicio de las clases dominantes, y por

221 PHILIPPE STEINER. *La sociologie de Durkheim*, París, La Découverte, 1994, pp. 49 a 59.

222 NICOLAS CARRIER. “La dépression problématique du concept de contrôle social”, *Déviance et Société*, vol. 30, n.º 1, 2006, pp. 3 a 20, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2006-1-page-3.htm>].

223 EDWARD ALSWORTH ROSS. *Social control and the foundations of sociology*, Boston, Beacon Press, 1959.

224 BELLEY. «Contrôle social», cit., p. 160.

225 PHILIPPE ROBERT. “Contrôle social”, *Encyclopædia Universalis* [en línea], s. f., disponible en [<https://www.universalis.fr/encyclopedia/contrôle-social/>].

conducto del cual se ejerce el poder para atender los fines de una clase parasitaria de la sociedad<sup>226</sup>. Si las lógicas del control social se fundan en la cultura y las costumbres, como había subrayado WILLIAM GRAHAM SUMNER, debe considerarse la creciente importancia de un tipo de control social más político que cultural<sup>227</sup>.

Al mismo tiempo, en 1902, CHARLES HORTON COOLEY acentúa los aspectos grupales del control social, afirmando que este no reside solo en la coordinación contractual de las conductas individuales, sino también en la acción espontánea de los grupos sociales primarios y secundarios<sup>228</sup>, en las asociaciones profesionales que se desarrollaron con la división y especialización del trabajo social, como había señalado DURKHEIM<sup>229</sup>. Según COOLEY, en los grupos primarios, que suelen estar compuestos por pocos individuos y en los que se establecen relaciones interpersonales, el control social es informal y espontáneo; en los grupos sociales secundarios, el control social está codificado y se confía, por ejemplo, a comités disciplinarios u otros órganos compuestos por sus propios miembros, con el fin de promover la conformidad de los demás miembros con las normas del grupo. En general, el control se ejerce a través de la presión social, las manifestaciones de aprobación o desaprobación<sup>230</sup>, que llegan a los individuos a nivel psicológico.

En 1936, con la creación del Departamento de Sociología de la Universidad de Chicago –Escuela de Chicago–, la sociología estadounidense adopta las tesis de DURKHEIM sobre la anomia desarrollando numerosas investigaciones empíricas sobre el tema de la desorganiza-

226 ROSS. *Social control and the foundations of sociology*, cit., p. 376; También: CARRIER. “La dépression problématique du concept de contrôle social”, cit., p. 12.

227 BELLEY. «Contrôle social», cit., p. 161.

228 CHARLES HORTON COOLEY. *Human nature and the social order*, Nueva York, Charles Scribner’s Sons, 1902. Las teorías de COOLEY (1864-1929), uno de los fundadores de la sociología estadounidense, tardaron en ser conocidas y traducidas en Francia. Su sofisticada reflexión sobre el individuo y la sociedad, sobre las interacciones y el cambio social, inspiró a los autores más influyentes de esta sociología, como TALCOTT PARSONS, ERVING GOFFMAN y a los demás sociólogos que desarrollaron el paradigma del interaccionismo simbólico, cfr. BAPTISTE BROSSARD. “Charles H. Cooley, un classique méconnu: notes introductives à la traduction de ‘Social Consciousness’”, *Sociologie*, vol. 7, n.º 2, 2016, pp. 187 a 196.

229 DURKHEIM. *La division du travail social*, cit.

230 “Groupes sociaux”, *La revanche de ses*, disponible en [<http://www.la-revanche-des-ses.fr>].

ción moral y social. De este periodo, se destacan los trabajos de ROBERT E. PARK<sup>231</sup>, para quien el conflicto debe estar en el centro de los análisis de los mecanismos de control social, dado que transita entre cuatro tipos de interacción: competencia, conflicto, acomodación y asimilación. Estas interacciones conflictivas traducen las relaciones de poder que chocan en el mundo social, y pueden llevar tanto a la transformación de las condiciones de la vida común, o al mantenimiento de los órdenes moral y político<sup>232</sup>. Desde este enfoque naturalista y ecológico de la sociología urbana, PARK subraya en realidad el carácter político del control social.

En la obra de PARK, su “sociología política del control social” no está bien explicitada, pero se puede observar en su análisis de los “objetos políticos” que, según él, determinan una *paradoja* de lo político así enunciada: si por un lado, lo político provoca el desorden, manifestándose en crisis, conflictos, disturbios sociales e irrupciones irracionales, por otro lado, lo político participa activamente en el control social, la regulación, las instituciones, la jerarquización del poder, la gestión y la planificación del orden social<sup>233</sup>. En la perspectiva de PARK, el control social es natural, cultural y político, generando efectos en la vida cotidiana de las personas, y por ello afirmaba: “¡Aparentemente, todo lo que hace la vida interesante es peligroso para el orden existente!”<sup>234</sup>. Cabe destacar que PARK se alejó de la visión consensualista del monismo normativo<sup>235</sup>, habiendo orientado su reflexión en el sentido de alertar sobre la dominación de lo político en el ámbito del control social.

En los años 1950, la llamada “Segunda Escuela de Chicago” desarrolló importantes investigaciones empíricas sobre la integración

231 Harveyville, Pensilvania, 14 de febrero de 1864 - Nashville, Tennessee, 7 de febrero de 1944.

232 CARRIER. “La dépression problématique du concept de contrôle social”, cit., p. 11.

233 YVES SCHEMEIL. “D’une sociologie naturaliste à une sociologie politique: Robert Park”, *Revue Française de Sociologie*, vol. 24, n.º 4, 1983, pp. 631 a 651, disponible en [[https://www.persee.fr/doc/rfsoc\\_0035-2969\\_1983\\_num\\_24\\_4\\_6977](https://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1983_num_24_4_6977)].

234 ROBERT PARK y ERNEST W. BURGESS. *The city*, 6.ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1925, p. 108; En el original: “Apparently, anything that makes life interesting is dangerous to the existing order”.

235 SCHEMEIL. “D’une sociologie naturaliste à une sociologie politique: Robert Park”, cit., p. 11.

social, y una de las más relevantes sobre el tema fue la realizada por WILLIAM I. THOMAS y FLORIAN ZANIECKI sobre la vida de los campesinos polacos en la ciudad de Chicago, a través de métodos cualitativos de análisis, en particular del método biográfico. En este contexto, los autores pudieron observar la desorganización moral y social en la que vivían estos inmigrantes, sobre todo debido a la pérdida de valores colectivos y reglas sociales provocada por el cambio a la sociedad norteamericana, detentadora de otros valores culturales. THOMAS y ZANIECKI subrayaron el carácter individual de la desorganización social, sentando las bases de la sociología de la desviación funcionalista.

Con el desarrollo de la sociología funcionalista de la desviación y del control social, se reafirmaron las ideas de DURKHEIM sobre la transmisión de valores morales y sociales, concretamente a través de la educación y la socialización, lo que reforzó la visión monista normativa del control social. Para TALCOTT PARSONS<sup>236</sup> y ROBERT K. MERTON<sup>237</sup>, los mecanismos de socialización –el conjunto de dispositivos a través de los cuales se interiorizan las normas– y las formas de adaptación de los individuos a la sociedad constituían conceptos clave en sus teorizaciones. En la concepción parsoniana, la socialización se concreta por medio de los siguientes procesos: la adquisición de la cultura, la integración de la cultura en la personalidad y la adaptación al entorno social. PARSONS buscó, igualmente, responder al problema de la motivación humana, planteando dos cuestiones fundamentales: ¿por qué los sujetos están por lo general motivados desde dentro para seguir las normas sociales y jurídicas, a adherirse a los valores de su entorno y a identificarse con su grupo social?, ¿cómo desarrolla el individuo la motivación necesaria para actuar de manera normativamente orientada?

Para PARSONS, la cuestión de la motivación es crucial para la conformidad social y jurídica. Si el individuo actúa de acuerdo con las normas sociales, y según los valores culturales de su colectividad, satisface su conciencia moral<sup>238</sup>. Demostró, sin embargo, que la motivación no es inherente a la naturaleza humana, por lo que debe ser

236 Colorado Springs, Estados Unidos, 13 de diciembre de 1902 - Múnich, Alemania, 8 de mayo de 1979.

237 Filadelfia, Pensilvania, 4 de julio de 1910 - Nueva York, 23 de febrero de 2003.

238 GUY ROCHER. *Introduction à la Sociologie générale*, 2 tomos, Montreal, HMH, 1968, p. 138.

inculcada a través de los mecanismos psíquicos de socialización constituidos por el aprendizaje y la interiorización de los demás<sup>239</sup>. Cuando estos procesos de socialización fallan, o son deficientes, puede surgir ocasionalmente una desviación de *carácter coyuntural* que exige la intervención del control social; en este caso, el control actúa como una reacción *a posteriori* ante la violación de la norma. El derecho, elemento de integración, activa el control social para reafirmar los valores culturales protegidos por el sistema social<sup>240</sup>.

Cuando transitó del modelo estructural-funcionalista al modelo sistémico basado en la teoría cibernética de NORBERT WIENER<sup>241</sup>, PARSONS concibió el sistema AGIL, un modelo de acción social formado por cuatro categorías funcionales que deben garantizar el funcionamiento eficaz de todo el sistema de acción: Adaptación (*Adaptation*), cuya función responde a las necesidades del sistema de encontrar recursos en su entorno para sobrevivir; Consecución de objetivos (*Goal attainment*), que guía al sistema hacia la realización de sus fines; Integración (*Integration*), que funciona en el sentido de articular internamente las distintas partes del sistema para estabilizarlo; Mantenimiento de patrones latentes (*Latent pattern maintenance*), que mantiene los modelos de control social, reproductores de valores comunes que subyacen a las motivaciones necesarias para la acción individual adecuada al sistema. El derecho, como subsistema del sistema social general, que determina y comunica a la sociedad cuales son las conductas adecuadas al sistema social, tiene la función de producir los medios necesarios para el ejercicio del control social. Esto, al comunicarse por símbolos e informaciones, está en el centro de los procesos cibernéticos de integración<sup>242</sup>, donde los subsistemas se jerarquizaron

239 GUY ROCHER. *Talcott Parsons e a sociologia americana*, Río de Janeiro, Livraria Francisco Alvers Editora, 1976, pp. 115 y ss.

240 ANDRESSA SILVÉRIO TERRA FRANÇA. "Talcott Parsons: apontamentos para uma análise institucional", *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, vol. 10, n.º 97, 2009, pp. 181 a 204, disponible en [<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-9851.2009v10n97p181>].

241 NORBERT WIENER. *La cibernética: información et régulation dans le vivant et la machine*, París, Editions du Seuil, 2014, p. 376.

242 Fue explicado su empleo en TALCOTT PARSONS. *Evolutionary and comparative perspectives*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1966.



de tal manera que se colocan en la cima los más dotados de información, capaces de controlar los sistemas inferiores<sup>243</sup>.

ROBERT K. MERTON, funcionalista moderado, fue el artífice de una saludable renovación del funcionalismo, su teoría de “alcance intermedio” criticó la supremacía del sistema conceptual parsoniano, proponiendo concepciones más limitadas, sin alcance universal<sup>244</sup>, basadas en estudios empíricos. En esta teoría del “alcance medio”<sup>245</sup>, la desviación tiene un *carácter estructural*, ya que es causada por la sociedad que no distribuye de forma equitativa las oportunidades de acceso a los bienes sociales. La tensión existente entre los objetivos sociales generalizados y las posibilidades de conseguir los medios para alcanzarlos, determina las formas de desviación o adaptación a la estructura social. Al desarrollar su paradigma de estructura social, anomia y desviación<sup>246</sup>, este autor observó la regulación de las conductas desviadas y conformes a través del análisis de los comportamientos sociales que permiten comprender las tensiones existentes entre la acción y la regulación<sup>247</sup>. Su tipología de los modos de adaptación individual destaca la existencia de cinco tipos de comportamiento por los cuales los individuos se posicionan en relación con la sociedad: conformismo, innovación, ritualismo, evasión y rebelión. MERTON igualmente desarrolló una teoría del “grupo social de referencia”, cuya función comparativa se ejerce en relación con el grupo de pertenencia social, como grupo de aspiración. Allí demuestra la existencia de una forma de socialización anticipatoria que provoca una disfunción social<sup>248</sup>.

243 MICHEL LALLEMENT. *Histoire des idées sociologiques : de Parsons aux contemporains*, t. II, París, Nathan, 1993.

244 Ídem., p. 108.

245 JEAN-PIERRE DELAS y BRUNO MILLY. *Histoire des pensées sociologiques*, París, Armand Collin, 2009, pp. 302 a 310.

246 ROBERT K. MERTON. *Éléments de théorie et de méthode en sociologie*, París, Armand Colin, 1997, pp. 163 y ss.; ROBERT K. MERTON. “Anomia e interacción social. Contextos de conducta desviada”, en MARSHALL B. CLINARD (comp.). *Anomia y conducta desviada*, Buenos Aires, Paidós, 1967, pp. 201 a 226. Entre los numerosos análisis de la anomia en la teoría mertoniana, véase en particular JUAN JESÚS MORA MOLINA. “El funcionalismo de Merton y el derecho”, en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (ed.). *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, 2001, pp. 161 a 184.

247 Ídem.

248 Íbid., pp. 136 y ss.

Muchos estudios empíricos fueron desarrollados a partir de las bases epistemológicas del funcionalismo norteamericano. A título de ilustración, se resalta el trabajo del sociólogo y criminólogo TRAVIS HIRSCHI que, al analizar el comportamiento delictivo, demostró que los motivos que lo impulsan son los mismos que motivan cualquier otro tipo de conducta. Este autor considera que las oportunidades de actuar de forma antisocial determinan las conductas delictivas o desviadas, si las personas a veces se inhiben es porque temen la idea de ser descubiertas<sup>249</sup>. En su obra *Causas de la delincuencia*<sup>250</sup>, HIRSCHI afirma que todos los individuos pueden cometer actos desviados o delictivos, pero si no lo hacen es porque están unidos por lazos que determinan las relaciones entre ellos y la sociedad, y que corresponden a cuatro vínculos inhibitorios fundamentales: los lazos de las personas con las instituciones convencionales; la inmersión en actividades convencionales; las implicaciones del orden social; la creencia en el valor moral de las reglas sociales<sup>251</sup>. Para este autor, el control social se ejerce a través de los medios de comunicación de masas que refuerzan los procesos de socialización; sus estudios, basados en la premisa funcionalista del aprendizaje como elemento de formación de la personalidad, se orientaron al análisis de la delincuencia juvenil que, según él, debe ser examinada teniendo en cuenta la cuestión de los vínculos afectivos de los jóvenes.

La sociología del control social de inspiración estructural-funcionalista descansaba en el *a priori* teórico de que la desviación precede y explica el control social “tanto desde el punto de vista lógico del encadenamiento de los conceptos, como desde el punto de vista fenoménico de la observación empírica”<sup>252</sup>. En la perspectiva del consenso, al reaccionar contra la desviación y la criminalidad, el control social ejerce una función integradora, dado que traduce la reacción de la sociedad contra los fenómenos que amenazan el orden social<sup>253</sup>.

249 LÓPEZ PUERTA. “Teorías del control social”, cit., p. 12.

250 TRAVIS HIRSCHI. *Causes of delinquency*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1969; Véase también: LÓPEZ PUERTA. “Teorías del control social”, cit., p. 11.

251 Ídem.

252 BELLEY. “Contrôle social”, cit., p. 162.

253 Ídem.

### III. CONTROL SOCIAL, REACCIÓN SOCIAL, INTERACCIONISMO SIMBÓLICO

Como contrapunto al paradigma funcionalista de base positivista surgió en la Universidad de Chicago, en los años 1950 y 1960 del siglo pasado, una visión innovadora del control social basada en los supuestos del “interaccionismo simbólico”<sup>254</sup>. Considerada en su momento, el *nec plus ultra* de la sociología norteamericana, la Segunda Escuela de Chicago rompe con la tradición positivista y afirma la idea de que los hechos sociales no son objetivos, sino el resultado de “realizaciones prácticas”<sup>255</sup>. Teóricamente, la Segunda Escuela de Chicago recoge el legado de GEORGE HERBERT MEAD, autor que defendió la idea de que la sociedad se construye como resultado de los intercambios interindividuales<sup>256</sup>; metodológicamente, privilegia los trabajos empíricos realizados en contextos microsociológicos, que utilizan métodos cualitativos como las historias de vida, las entrevistas y la observación participante con una inmersión total en las situaciones estudiadas<sup>257</sup>.

Desde este posicionamiento epistemológico, la sociología norteamericana de la desviación<sup>258</sup> desplaza su foco de atención desde la

254 La expresión “interacción simbólica” acuñada en 1937, se atribuye a HERBERT BLUMER (1900-1987), sociólogo estadounidense fuertemente influenciado por los trabajos de GEORGE HERBERT MEAD, cuyo posicionamiento epistemológico era antidurkeimiano. Según BLUMER, los individuos no están sujetos a los hechos sociales, al contrario, no dejan de contradecirlos a través de sus acciones en el mundo social, ver LALLEMENT. *Histoire des idées sociologiques: de Parsons aux contemporains*, cit., p. 219.

255 Ibid, p. 231.

256 GEORGE HERBERT MEAD. *Mind, self, and society*, Chicago, University of Chicago Press, 1934.

257 DELAS y MILLY. *Histoire des pensées sociologiques*, cit., p. 401; Sobre la condición de contingencia de la sociedad moderna, véase MARTUCCELLI, DANILO. *Sociologies de la modernité: L'itinéraire du xx siècle*, París, Gallimard, 1999, en particular el capítulo XII: “Erving Goffman, la condition moderne ou le soupçon permanent”, pp. 437 a 473.

258 En la sociología norteamericana, el término desviación tiene un significado más amplio que el atribuido a la delincuencia. Los comportamientos que transgreden las normas aceptadas por el grupo social o por las instituciones se califican de “desviados”, es decir, la categoría de desviados incluye los actos sancionados por el sistema jurídico-penal pero también las enfermedades mentales, el alcoholismo, etc. JEAN-MICHEL CHAPOULIE. “Préface”, en HOWARD SAUL BECKER. *Outsiders: études de sociologie de la*

conducta desviada, concebida como un hecho objetivo e individual, y pasa a observar la acción de control social desde las prácticas institucionales y desde la reacción social a la desviación. Junto a la sociología de las conductas inadaptadas, se afirma una sociología del control social que se aleja de las referencias positivistas, cuyos análisis se centraban en la secuencia causal de las ecuaciones “imposición de normas” y “corrección de conductas”. La nueva visión del control social se orienta hacia una perspectiva multidimensional destinada a examinar la variabilidad de las representaciones y estrategias sociales<sup>259</sup>, situaciones consideradas vulnerables y contingentes.

En este sentido, cabe destacar los aspectos pluralistas de la desviación y la reacción a la desviación jurídica, tal y como observó ANDRÉ-JEAN ARNAUD en su análisis crítico del razonamiento jurídico, cuando afirmó que la desviación puede contribuir a la evolución del sistema jurídico. Según él, no se trata de la influencia de los sistemas sociales sobre los sistemas jurídicos, aunque este tipo de interacción exista de forma natural; lo que ocurre es que el sistema de derecho impuesto se encuentra en conflicto con *otro sistema jurídico* que amenaza su integridad, siendo en este caso el sistema jurídico que debe responder negativa o positivamente a los comportamientos que se producen al margen del derecho dominante. En la sociología jurídica latinoamericana, este tema ha sido ampliamente examinado desde el punto de vista de la diversidad cultural y étnica a través de los estudios sobre el pluralismo jurídico<sup>260</sup>.

Desde el punto de vista de la reacción social, el control ya no se percibe como una simple categoría descriptiva, sino como el efecto de un proceso de construcción de la realidad social. Así, los autores que adoptaron el paradigma de la estigmatización, a saber, ERWING GOFFMAN (*Asylum*, 1961), y HOWARD BECKER (*Outsiders*, 1963)<sup>261</sup>, invir-

---

*déviance*, París, Éditions Métailié, 1985. Edición original: HOWARD SAUL BECKER. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, Nueva York, The Free Press, 1963, p. 9.

259 GILLES FÉRREOL. “Socialisation”, en GILLES FÉRREOL y GUY JUCQUOIS (dirs.). *Dictionnaire de l'altérité et des relations interculturelles*, París, Armand Colin, 2003, p. 323.

260 Sobre la reacción a la desviación jurídica, véase ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, cit., p. 306.

261 ERWING GOFFMAN. *Asylum: essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Nueva York, Anchor Books, 1961. Publicado en Brasil como ERWING GOFFMAN. *Manicômios, prisões e conventos*, São Paulo, Edit. Perspectiva, 1974.

tieron en sus obras la perspectiva analítica del control: GOFFMAN analizó el modo en que la vida de los reclusos está regimentada dentro de los espacios cerrados de las instituciones totales –cárceles, campos de entrenamiento militar, escuelas, conventos, etc.–, habiendo estudiado en particular, a través del método etnográfico, la realidad cotidiana del control dentro de un hospital psiquiátrico, donde los enfermos mentales viven en un universo integrado y homogéneo.

En las instituciones totales, la comunicación interpersonal no necesita ejercerse de forma explícita, sino que puede tener lugar por otras formas de “comunicación impropia”<sup>262</sup>, infra verbal e infra gestual. Al mismo tiempo, el control médico sobre el comportamiento de los reclusos, destinado a mantener el orden interno de la institución, se ejerce de forma brutal. GOFFMAN demostró que el uso disciplinario de las prácticas médicas en los hospitales psiquiátricos tiene un carácter extremadamente represivo; en su momento, se practicaba la histerectomía a las pacientes que quedaban embarazadas en el hospital, o la extracción total de los dientes de las internas “mordedoras”, el uso de electrochoques según recomendaban los asistentes médicos, o incluso la lobotomía a las internas más incorregibles y perturbadoras del orden hospitalario<sup>263</sup>. Esta visión del control social, centrada en el tema del estigma<sup>264</sup> es reveladora del hecho de que, en las formas democráticas de sociabilidad, el estigmatizado no es apenas alguien excluido de los espacios de convivencia social (internos, presos), sino que es el individuo que hace parte de las interacciones cotidianas comunes<sup>265</sup>.

HOWARD BECKER, en su obra *Outsiders* (1963), define la desviación a partir de la reacción social que suscita, revirtiendo la percepción consensuada “norma-conducta” en una visión reactiva “conducta-norma”. Estableciendo modelos secuenciales de desviación, este autor mostró cómo se forman las “carreras desviadas”, y observó *in situ* las formas de aprendizaje que caracterizan las conductas desviadas, por ejemplo, en el caso de los fumadores de marihuana, que construyen una “identidad desviada” a través de tres tipos de aprendizaje: “aprendizaje técnico”, “aprendizaje por la percepción de los efectos” y

262 Ídem. Ver también ERVING GOFFMAN. *La representação do eu na vida cotidiana*, Petrópolis, Vozes, 1975, pp. 156 y ss.

263 GOFFMAN. *Manicômios, prisões e conventos*, cit., p. 309.

264 ERVING GOFFMAN. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1963.

265 MARTUCCELLI. *Sociologies de la modernité: L'itinéraire du xx siècle*, cit., p. 447.

“aprendizaje por el gusto de los efectos”<sup>266</sup>. BECKER también analizó los procesos de estigmatización social que apuntaban al comportamiento de los músicos de jazz<sup>267</sup>, y para ello utilizó los métodos etnográficos<sup>268</sup>. De este modo pudo observar las complejidades de los mecanismos de control social que, según él, no pueden mantenerse solo de forma coercitiva<sup>269</sup>.

La teoría del etiquetamiento (*labeling approach*) ha examinado no solo los desajustes sociales, sino en especial las formas oscuras y sinuosas de su control, que no se corresponden con la imagen consensuada que la sociedad democrática moderna pretende dar de sus modos de sociabilidad<sup>270</sup>. Por ejemplo, los “empresarios morales”, con sus cruzadas morales, identifican y definen como desviados a determinados grupos sociales o individuos, elaborando para ellos leyes y normas estigmatizantes<sup>271</sup>. Desde esta perspectiva, el control social se considera un fenómeno resultante de las relaciones de poder que existen entre los grupos sociales.

#### IV. CONTROL SOCIAL, ESPACIOS DE PODER Y DIALÉCTICA DEL CONTROL

Para MICHEL FOUCAULT, el control social permite la subjetivación del poder y del orden social a través de las prácticas de *normación*, *normatividad* y *normalización*<sup>272</sup>. En la teoría foucaultiana, el concepto de “normación” se refiere a la imposición coercitiva de tipos de acción, modos de conducta y formas de ser que afectan a los individuos que presentan disposiciones duraderas para actuar fuera de la norma. Sus estudios sobre la locura, la sexualidad y el nacimiento de la prisión, desvelan las técnicas disciplinarias ejercidas en las instituciones de control y castigo, que pretenden normalizar los comportamientos inadecuados a las normas legales y sociales. Estas instituciones disciplinarias, cerradas y especializadas, son organizadas según el modelo

266 BECKER. *Outsiders*, cit., pp. 64 a 75.

267 Ibid., pp. 103 a 125.

268 CHAPOULIE. “Préface”, cit., p. 10.

269 BECKER. *Outsiders*, cit., p. 83.

270 MARTUCCCELLI. *Sociologies de la modernité: L'itinéraire du xx siècle*, cit., p. 447.

271 DELAS y MILLY. *Histoire des pensées sociologiques*, cit., pp. 75 y ss.

272 THOMAS BOLMAIN. *Les normes chez Foucault*, París, PUF, 2007.

panóptico presentado por JEREMY BENTHAM a los constituyentes de la Revolución francesa, mostrando la existencia, desde entonces, de la paradoja utilitaria *libertad vs. seguridad*.

Desde la perspectiva de FOUCAULT, el control social es una manifestación del poder diseminado por el cuerpo social. Para él, el poder no es solo la expresión de la dominación de clase, no es únicamente represivo y no opera solo a través de mecanismos de opresión, sino que se ejerce de forma difusa e imperceptible en el seno de las organizaciones surgidas con el capitalismo industrial del siglo XIX, es decir, los centros de trabajo, las fábricas, las prisiones, los asilos, los cuarteles y las escuelas. En su obra *Surveiller et punir* (*Vigilar y castigar*) este autor reconstruye la naturaleza del poder disciplinario que surgió en la modernidad, y evoluciona en el seno de todas las instituciones modernas<sup>273</sup>. Este tipo de poder, que se manifiesta a través de su invisibilidad<sup>274</sup>, requiere la implementación de nuevas tecnologías de control –las llamadas “tecnologías del yo”, que subjetivan el poder y las normas– que, para el buen funcionamiento del control, requieren el consentimiento de los sujetos sometidos a ellas<sup>275</sup>. Así, el control total sobre el cuerpo se ejerce desde la mirada que vigila hasta su interiorización, llevando así a cada persona a ejercer una vigilancia sobre y contra sí misma, que pasa por la mirada del supervisor y por mecanizaciones rutinarias sometidas a las reglas establecidas<sup>276</sup>.

En este sentido, las ideas de FOUCAULT y GOFFMAN se aproximan, ya que ambos observaron las fronteras socialmente fluctuantes que separan, en el orden social, la opacidad y la transparencia, la invisibilidad y la visibilidad, el disimulo y la divulgación. Estos autores percibieron que, para ser ejercido eficazmente dentro de las instituciones totales o austeras, el control requiere una gestión espacio-temporal, que es organizada a partir de dos ejes: la distribución física y el encuadramiento de los espacios, y la división calculada del tiempo con el establecimiento de una cronometría de todas las actividades diarias. Estas técnicas disciplinarias se basan en la idea de utilidad, generan cuerpos obedientes –cuerpos dóciles– necesarios para la constitución

273 MICHEL FOUCAULT. *Surveiller et punir: naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975.

274 ANTHONY GIDDENS. *La constitution de la société*, París, PUF, 1987, p. 36.

275 ANTHONY GIDDENS. *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*, São Paulo, UNESP, 1998, p. 318.

276 MICHEL FOUCAULT. *Microfísica do poder*, Río de Janeiro, Graal, 2002, p. 218.

de la anatomía política de la modernidad, la biopolítica<sup>277</sup>, una noción recientemente revisada por ACHILLES MBEMBE que muestra el paso de la biopolítica a la necropolítica<sup>278</sup>. En efecto, al deconstruir el modelo clásico de poder concebido como los actos del soberano o la expresión de una clase dominante, FOUCAULT centra su reflexión en las técnicas institucionales y extrainstitucionales, donde se manifiestan múltiples y sutiles formas de poder sobre los individuos y las poblaciones a través de la disciplina, la biopolítica y la gobernabilidad, que explican los modos descentralizados de control de los poderes estatales que se instalan en las esferas de la criminalización y la medicalización<sup>279</sup>.

La hipótesis disciplinaria foucaultiana fue retomada por ANTHONY GIDDENS en su nota sobre los aspectos de cronometraje y espacialización del control<sup>280</sup>. Este autor denuncia el carácter mecánico del poder disciplinario, opresor y manipulador de los cuerpos, que ejerce un control ininterrumpido dentro de las prisiones. GIDDENS afirma: “¡Los cuerpos de FOUCAULT no tienen rostro!”<sup>281</sup>. Este autor sostiene que el marco espacio-temporal, propio de las instituciones totales, que determina que cada individuo permanezca “en su sitio”, no impide la formación de grupos, lo que favorece la oposición y la resistencia. Para él, aunque FOUCAULT reconociera la prisión como un *locus* de lucha y resistencia, los “cuerpos humanos” así sometidos a una disciplina y control despóticos no pueden constituir “agentes capaces”<sup>282</sup>.

Para GIDDENS<sup>283</sup>, al contrario, la circularidad del poder y el control permite a los actores y grupos sociales revertir las dinámicas del control cuando ejercen influencia sobre la acción de otros actores o grupos. En otras palabras, la reproducción del control social ocurre de forma horizontal y circular, sobre todo a través de la apropiación

277 MICHEL FOUCAULT. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, París, Gallimard, 2004.

278 ACHILLES MBEMBE. *Necropolítica*, São Paulo, N-1 Edições, 2018.

279 ALAIN BEAULIE (ed.). *Michel Foucault et le contrôle social*, París, Mercure du Nord, 2005.

280 GIDDENS. *La constitution de la société*, cit., pp. 201 a 217.

281 Ibid., p. 213.

282 Ibid., p. 210.

283 La teoría de la estructuración de ANTHONY GIDDENS se elaboró con mayor precisión en su obra *The constitution of society: outline of the theory of structuration*, Cambridge, Polity Press, 1984. Aquí se utiliza la versión francesa citada anteriormente. Véase también WANDA CAPELLER. *Relire Giddens. Entre sociologie et politique*, París, LGDJ, 2011.



por parte de los actores sociales de los recursos y las normas a su disposición<sup>284</sup>. La interactividad de los agentes y las estructuras sociales muestra que “la constitución social de los agentes y las estructuras no son dos fenómenos independientes”, sino que forman un dualismo o, mejor dicho, una dualidad, que GIDDENS denominó “dualidad de lo estructural”<sup>285</sup>. El control social presenta, por tanto, en la teoría de la estructuración, un carácter dual y dialéctico.

De esta forma, el control social no puede verse solo a través de su prisma coercitivo, ya que se manifiesta, al mismo tiempo, como coerción y habilitación o empoderamiento. En otras palabras, los actores sociales son agentes capaces de ejercer, en el curso de sus interacciones rutinarias y cotidianas, un control no solo sobre sus propias actividades, sino también sobre las actividades institucionales y las acciones de los demás agentes, lo que significa que los actores sociales pueden controlarse entre sí y “controlar el control”<sup>286</sup>. En la reciprocidad de estas dimensiones distributivas del poder y del control, se forman las condiciones para el surgimiento de una “dialéctica del control”, cuyo problema central debe responder a la pregunta: “¿cómo, en las relaciones de poder, los menos poderosos organizan y utilizan los recursos de tal manera que ejercen el control sobre los más poderosos?”<sup>287</sup>. Así, en razón a las interacciones yuxtapuestas de las estructuras de poder y las prácticas sociales de control dentro de ellas<sup>288</sup>, la inversión del control social se hace posible. Para GIDDENS, en todas las instituciones disciplinarias modernas la dialéctica del control existe y es considerable<sup>289</sup>.

## V. CONTROL SOCIAL, MARGINALIDAD Y EXCLUSIÓN

Durante mucho tiempo, en América Latina, dominó el paradigma positivista-funcionalista del control social<sup>290</sup>. PIERRE BOURDIEU denun-

284 Ibid., pp. 41 y 42.

285 Ibid., p. 75.

286 CAPELLER. *Relire Giddens. Entre sociologie et politique*, cit., p. 79.

287 Ibid., p. 441.

288 LIZANDRA SERAFIM. “Controle social entre projetos políticos e práticas concretas: definições, dimensões e operacionalização”, en *xiv Congresso Brasileiro de Sociologia*, Río de Janeiro, 28 a 31 de julio de 2009.

289 GIDDENS. *La constitution de la société*, cit., p. 212.

290 Sobre la historiografía del pensamiento criminológico en América Latina,

ció el carácter imperialista de este modelo de pensamiento que tuvo, de hecho, en los países latinoamericanos un “efecto de dominación”<sup>291</sup>, determinante en la reproducción hegemónica del conocimiento sobre la desviación, el crimen y el control, centrado en sus formas administrativas y burocráticas. A partir de los años 1960 y 1970, sin embargo, se hizo visible el agotamiento del paradigma liberal del control, lo que fue reconocido por DENIS SZABO, uno de los exponentes del liberalismo criminológico en América Latina, cuando afirmó que:

La criminología [liberal] definió su campo como el de la Administración de Justicia, de la prevención del delito y del tratamiento del delincuente. Es comprensible que el triunfalismo de *todo funciona y todo es posible* de este periodo haya ocultado la fragilidad de las hipótesis, la parcialidad de los postulados [...] haya subvalorado la capacidad de la sociedad para resistir la transformación<sup>292</sup>.

Con la recepción de las teorías del *Labeling Approach* (interaccionismo, etiquetamiento, reacción social) y de las teorías más radicales provenientes de Estados Unidos, Inglaterra e Italia, la visión criminológica latinoamericana, de sesgo marxista y bajo la influencia de las teorías de la dependencia elaboradas en ese momento en el continente<sup>293</sup>, se desplazó hacia el análisis de la marginalidad y la criminalidad como efectos estructurales<sup>294</sup> y una visión en la que la desviación es definida e identificada por el control social<sup>295</sup>, y la criminalidad resulta

---

ver principalmente EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993.

291 PIERRE BOURDIEU. *Choses dites*, París, Les Editions de Minuit, 1987, p. 30.

292 LOLA ANIYAR DE CASTRO. “A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, 1982, p. 83.

293 Véanse en particular, las obras de: ANÍBAL QUIJANO. “Dependência, mudança social e urbanização na América Latina”, en FERNANDO LOPES DE ALMEIDA (org.). *A questão urbana na América Latina*, Río de Janeiro, Edit. Forense Universitária, 1978; ANÍBAL QUIJANO. “Notas sobre o conceito de marginalidade social”, en LUIZ PEREIRA (ed.). *Populações marginais*, Río de Janeiro, Livraria Duas Cidades, 1978.

294 WANDA CAPELLER. “A marginalidade social e a criminalidade na sociedade dependente” (tesis de maestría), Río de Janeiro, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 1982.

295 ANIYAR DE CASTRO. “A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual”, cit., pp. 71 a 92.

de los conflictos de clase. Al elaborar la *Criminología de la liberación*, en la década de 1970, la autora venezolana LOLA ANIYAR DE CASTRO procedió a una verdadera ruptura epistemológica en relación con las teorías clásicas de la delincuencia y su control, habiendo señalado la importancia de los estudios sobre el Estado y sus formas (dis)funcionales de control de los conflictos sociales y políticos, tal como aún existen en los países latinoamericanos<sup>296</sup>.

Esta criminología de sesgo marxiano y carácter político, cuestionaba el autoritarismo del Estado, la violación de los derechos humanos, la criminalidad de cuello blanco, el sistema penitenciario, etc. Desde el Centro de Criminología de Maracaibo (Venezuela), y principalmente a partir de la creación de la *Revista Capítulo Criminológico* en 1973, nuevas vías de investigación reforzaron la construcción de una teoría crítica del control social en América Latina, centrada en adelante en las realidades socio-penales regionales, donde el control funciona como base de sustentación de un proyecto de dominación de las élites económicas y políticas<sup>297</sup>.

Difundidas en Brasil por JUÁREZ CIRINO DOS SANTOS, estas tesis fueron bien acogidas en los círculos académicos brasileños<sup>298</sup>, a pesar de la oposición de los juristas más conservadores. Sin embargo, algunos penalistas progresistas y abiertos a las ciencias sociales, como HELENO CLÁUDIO FRAGOSO, crearon las condiciones para la posibilidad de su arraigo en el pensamiento penal brasileño<sup>299</sup>, lo que no impidió,

296 LOLA ANIYAR DE CASTRO. *Criminologia da liberação*, Río de Janeiro, Revan, 2005.

297 JACKSON DA SILVA LEAL. "Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil - pesquisa nas revistas Capítulo criminológico (1973-1990) e Doctrina Penal (1977-1990)" (tesis de doctorado), Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016, disponible en [<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/174915>].

298 A principios de la década de 1980 se publicaron en Brasil las obras de quien lanzó las bases de una sociología latinoamericana del control social: LOLA ANIYAR DE CASTRO. *Criminologia da Reação social*, Río de Janeiro, Forense, 1983; ANIYAR DE CASTRO. *Criminologia da liberação*, cit.; También, ROSA DEL OLMO. *América Latina y su criminología*, México, D. F., Siglo XXI, 1981; En Brasil, ver de manera principal, JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. *A criminologia radical*, Río de Janeiro, Forense, 1979; JUAREZ CIRINO DOS SANTOS. *A criminologia da repressão*, Río de Janeiro, Forense, 1979.

299 El paradigma criminológico latinoamericano influyó en el pensamiento de criminólogos brasileños como JUAREZ CIRINO DOS SANTOS (que presen-

no obstante, la fidelidad de la mayoría de los juristas brasileños a la criminología positivista de corte etiológico o al saber penal técnico dogmático, donde predominan ideas antigarantistas. De cualquier forma, desde principios de la década de 1980, los propios criminólogos liberales han constatado el agotamiento del paradigma administrativo-burocrático de control socio-penal, tal como denunció DENIS SZABO:

La criminología [liberal] definió su campo como el de la Administración de Justicia, la prevención del delito y el tratamiento del delincuente [...] Es comprensible que el triunfalismo de *todo funciona y todo es posible* de esta época haya ocultado la fragilidad de las hipótesis, la parcialidad de los postulados [...] e infravalorado la capacidad de la sociedad para resistir la transformación<sup>300</sup>.

Es imposible exponer en este capítulo toda la vasta literatura latinoamericana existente sobre el control social, tanto formal como informal. Son innumerables las problemáticas abordadas en este campo de

---

tó en Brasil la criminología de la liberación); HELENO CLAUDIO FRAGOSO (fundador de la *Revista de Direito Penal e Criminologia*); JUAZES TAVARES, ESTER KOVOSKI, NILO BATISTA, ELIZABETH SUSSEKIND, JAQUELINE MUNIZ, JULITA LAMGRUBER y WANDA CAPELLER, entre otros. Vale destacar que antes de la recepción de estas ideas en el país, el jurista ROBERTO LYRA FILHO ya había desarrollado una visión crítica de la criminología y el derecho penal (ROBERTO LYRA FILHO. *Criminologia dialética*, Estado da Guanabara, Borsoi, 1972). La criminología crítica fue igualmente adoptada por los científicos sociales que desarrollaron en la década de 1970 investigaciones sobre el sistema penitenciario, en especial, TERESA MIRALLES, ELIZABETH SÜSSEKIND, MARIA HELENA PIERECK DE SÁ y ROSA MARIA SOAREZ DE ARAÚJO. *O sistema penal na cidade do Rio de Janeiro: fator criminógeno*, Río de Janeiro, Liber Juris, 1977. Un panorama general de las investigaciones realizadas en este periodo puede encontrarse en CLÁUDIO SOUTO y SOLANGE SOUTO. *Sociologia do direito. Uma visão substantiva*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2003, pp. 140 a 162. Ver también, WANDA CAPELLER. "O pêndulo de Foucault: do Estado de exceção à democracia. Modelos e movimentos da sociologia jurídica Latino-Americana", en SALO DE CARVALHO, DIEGO DE CARVALHO, GABRIELA DE CARVALHO y RENATA ALMEIDA DA COSTA (orgs.). *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: ensaios críticos em homenagem Amilton Bueno*, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2016, pp. 203 a 230.

300 ANIYAR DE CASTRO. "A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual", cit., p. 83.

estudios, centrados en las relaciones del Estado con la sociedad civil y en las políticas criminales, como se materializan en las sociedades latinoamericanas excluyentes. En América Latina, desde las décadas de 1960 y 1970, la teorización de estas cuestiones adquirió un carácter interdisciplinario al combinar diferentes conocimientos de las ciencias sociales –economía, ciencia política, sociología (del derecho), criminología, derecho penal crítico–, marcando una actitud epistemológica crítica. En este contexto, nació la sociología crítica latinoamericana del control social, inspirada no solo en las teorías de la reacción social y en las teorías del conflicto, sino también en las teorías de la dependencia y la marginalidad social<sup>301</sup>. Desde entonces, el control social pasó a ser percibido no como un factor de integración social, como habían señalado las teorías consensualistas, sino como un dispositivo del Estado que actúa a favor de los intereses de las clases económica y políticamente dominantes, apoyadas en una ideología punitivista del orden social.

Estudios realizados en países latinoamericanos han revelado las (dis)funcionalidades del sistema de justicia penal, reflejando la ausencia de políticas públicas de inserción social. En este sentido, NILO BATISTA afirmó que el sistema penal solo pretende “castigar a los mal pagados” y crear “efectos de neutralización”<sup>302</sup>. Por lo cual, en estas democracias de baja intensidad, el sistema penitenciario demuestra la falacia de los conceptos elaborados en contextos científicos eurocéntricos que, importados, son luego “tropicalizados”<sup>303</sup>. Es el caso del concepto de resocialización y normalización<sup>304</sup>, que se circunscribe a un discurso jurídico ilusorio y ficticio<sup>305</sup>, y que sirve apenas para definir las categorías, determinar las prácticas y las reglas institucionales que serán aplicadas por los agentes del sistema (peritos, psicólogos, psiquiatras orgánicos, etc.), que deciden *in fine* el destino de los internos al determinar su capacidad –o no– de “resocialización”. Los

301 Véase, entre otros, QUIJANO. “Dependência, mudança social e urbanização na América Latina”, cit.

302 NILO BATISTA. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Río de Janeiro, Revan, 1990.

303 WANDA CAPELLER. *Lengrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles*, París, LGDJ, 1995.

304 DAVID GARLAND. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

305 JOCK YOUNG. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Río de Janeiro, Edit. Revan, 2002.

detenidos, por otro lado, se apropian del discurso de la resocialización para utilizarlo en la reivindicación de sus derechos.

De esta forma, el control burocrático ejercido en la prisión revela no solo los modos de (re)producción de los “usos sociales del derecho”<sup>306</sup>, sino también sus efectos de anti-socialización y de contra-socialización<sup>307</sup>. Este tipo de rebelión social anti-Estado coincide con el auge del Estado penal<sup>308</sup>, que promueve, al mismo tiempo, un control difuso y punitivo en todas las esferas de la sociedad; se legitima en las sociedades actuales debido a la inestabilidad de los valores<sup>309</sup> y de las normas sociales y al debilitamiento de los vínculos sociales<sup>310</sup> característicos de la sociabilidad moderna. Además, la deconstrucción de las premisas modernas del control socio-penal<sup>311</sup> genera una sensación de inseguridad ontológica, manipulada por el uso político del miedo<sup>312</sup> que permite la adhesión a modos privados de control (vigilantes privados, servicios de seguridad privados, etc.) que revelan la existencia de un complejo industrial-policial productor de nuevos dispositivos de control: equipos e instalaciones de control automatizados, equipos de comunicación, sistemas de información, etc.

306 CORINNE ROSTAING. “L’ordre négocié en prison: ouvrir la boîte noire du processus disciplinaire”, *Droit et Société*, vol. 2, n° 87, 2014, pp. 291 a 302, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2014-2-page-303.htm>].

307 En países como Francia, por ejemplo, estos procesos de contra-socialización están vinculados a la cuestión religioso-política del radicalismo islámico, un fenómeno previamente existente en la sociedad, que adquiere, en el espacio penitenciario, un carácter de rebelión social y política.

308 LOÏC WACQUANT. *As prisões da miséria*, Río de Janeiro, Zahar, 2001.

309 RAYMOND BOUDON. *Déclin de la morale? Déclin des valeurs?*, París, PUF, 2002.

310 JOSÉ VICENTE TAVARES DOS SANTOS. “Violências e dilemas do controle social nas sociedades da ‘modernidade tardia’”, *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n.º 1, 2004, disponible en [<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/91020>], p. 9.

311 WANDA CAPELLER. “A emergência do campo penal global: Desconstrução do direito penal moderno”, *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 12, n.º 2, 2020, pp. 180 a 196, disponible en [<https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46126>].

312 Sobre el uso político del miedo, véase PATRICK BOUCHERON y COREY ROBIN. *L'exercice de la peur. Usages politiques d'une émotion*, Lyon, Presses Université de Lyon, 2015.

La exacerbación del punitivismo<sup>313</sup> y la militarización del campo socio-penal<sup>314</sup>, caracterizan este nuevo tipo de control social que, para su eficacia, se basa en una configuración compleja: policía represiva + judicatura penalizadora + privatización del control social formal (policía privada, privatización de las prisiones)<sup>315</sup> + automatización del control. En América Latina, estos elementos se suman a las dificultades de acceso a la justicia, la selectividad social de la justicia penal y la pérdida de legitimidad de las instituciones<sup>316</sup>. En cuanto a la selectividad penal, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI ha demostrado que el etnocentrismo y el *apartheid* criminológico, fundados en las tesis racistas de la criminología positivista, han constituido en el continente un control social de la exclusión<sup>317</sup>.

Los análisis interseccionales que integran las variables de clase, raza y género han mostrado cómo las sociedades latinoamericanas renuevan y reproducen los patrones de vigilancia y castigo. En este sentido, los estudios han indicado un aumento del punitivismo penal<sup>318</sup> y del autoritarismo del control social sancionador en el Cono Sur<sup>319</sup>; el delineamiento, por parte del racismo penal, de los contornos del “paradigma de la guerra política”, cuya dinámica revela la existencia de un verdadero genocidio popular que caracteriza las prácticas gubernamentales.

313 SALO DE CARVALHO. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”, en RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org.). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo*, t. II, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2010, pp. 146 a 171.

314 LUIZ ANTONIO BOGO CHIES. “Militarismo, racismo e sensibilidades bárbaras: sociogênese do autoritarismo do controle social e punitivo do Cone Sul”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 1 a 29, disponible en [<https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/48>].

315 TAVARES DOS SANTOS. “Violências e dilemas do controle social nas sociedades da ‘modernidade tardia’”, cit., pp. 9 y ss.

316 Ídem.

317 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Tenda dos milagres o la denuncia del apartheid criminológico”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 60, n.º 2, 1991, pp. 363 a 382.

318 DE CARVALHO. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”, cit.

319 CHIES. “Militarismo, racismo e sensibilidades bárbaras: sociogênese do autoritarismo do controle social e punitivo do Cone Sul”, cit.; Véase también, VERA MALAGUTI BATISTA. “Autoritarismo e controle social no Brasil: memória e medo”, *Revista Sem Terra*, n.º 10, 2001, disponible en [[https://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul\\_040.htm](https://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul_040.htm)].

mentales<sup>320</sup>; las relaciones raza/género y género/prisión como efectos directos del encarcelamiento masivo<sup>321</sup>. Se puede decir que, en los países latinoamericanos, las formas exacerbadas de control y castigo fueron constituidas, moduladas, definidas y redefinidas históricamente con base en las singularidades de nuestra formación sociocultural<sup>322</sup>.

## VI. CONTROL SOCIAL GLOBALIZADO: SEGURIDAD GLOBAL Y TECNIFICACIÓN DEL CONTROL

El control socio-penal ha mutado de la “sociedad disciplinaria” foucaultiana a la “sociedad del control generalizado” de GILLES DELEUZE<sup>323</sup>. Este último, junto con FÉLIX GUATTARI, a través de la “metáfora del rizoma”, han creado un potencial interpretativo ineludible para el análisis de la extensión del control<sup>324</sup>, tal como se presenta en la reciente modernidad de la “sociedad del control tecnificado”<sup>325</sup>. En efecto, los procesos de globalización del control automatizado<sup>326</sup>, responden

- 320 AUGUSTO DO AMARAL JOBIM y MELODY CLAIRE SCHMIDT VARGAS. “Ne-cropolítica, racismo e sistema penal brasileiro”, *Revista Direito*, vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 103 a 142, disponible en [<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/7194>].
- 321 ANA LARA CAMARGO DE CASTRO. “Conexões de gênero e cárcere”, *Revista da CSP*, vol. 3: A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, 2018.
- 322 CHRISTIANE RUSSOMANO FREIRE. “Punição à brasileira”, *Canal Ciências Criminais*, 11 de agosto de 2022, disponible en [<https://canalcienciascriminais.com.br/punicao-a-brasileira/>].
- 323 DELEUZE. “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”, cit.
- 324 El concepto de rizoma, elaborado por los filósofos franceses GILLES DELEUZE y FÉLIX GUATTARI, se refiere a una imagen de pensamiento que se opone a la forma tradicional de pensar y conocer el mundo basada en una perspectiva arborescente, es decir, organizada y centralizada. De esta imagen-pensamiento rizomática surge una comprensión más amplia de los fenómenos, considerados en su complejidad. Aplicado al análisis del control social, esta metáfora indica su entrelazamiento y su infinita posibilidad de proliferación, cfr. GILLES DELEUZE y FÉLIX GUATTARI. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, t. 2, París, Éditions de Minuit, 1980.
- 325 WANDA CAPELLER. “Tecnificação do campo penal e killer robots: um atentado ao direito internacional humanitário”, *Unio Eu Law Journal*, n.º 2, 2017, pp. 91 a 108.
- 326 CATARINA FROIS. “Dos estudos da vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte”, en MANUELA IVONE CUNHA (org.). *Do cri-*



a las lógicas de una cultura de seguridad monolítica, resultante de la emergencia de fenómenos percibidos como amenazas globales, como las migraciones desordenadas. Una vasta literatura aborda la cuestión del control social de la migración y la inmigración, en la que destacan los trabajos de DARIO MELOSSI, que desde hace tiempo denuncia el vínculo generalmente establecido entre migración, desviación y criminalidad<sup>327</sup>. En este sentido, también existen numerosos estudios sobre los procesos de criminalización<sup>328</sup>.

Estos procesos, que se presentan como fenómenos de *globalismos localizados* y *glocalismos globalizados*<sup>329</sup>, impactan en la política de control. Desde los años 1990, los científicos sociales y los juristas observaron los efectos de la globalización en el ámbito de la delincuencia y el control<sup>330</sup>, revelando la emergencia de nuevas racionalidades derivadas de la refundación mundial de los poderes, en especial tras la caída del Muro de Berlín en 1989, y luego, tras los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001. Se instaura una “Edad del Miedo”<sup>331</sup>, que da lugar a la aparición de los *New World Orders* (nuevos órdenes mundiales)<sup>332</sup> que se basan en dinámicas híbridas que provocan inseguridad social.

La emergencia de estos sitios y espacios híbridos de control conduce a una inflación del binomio seguridad/inflación tecnológica, que se difunde en las sociedades actuales a través de modelos informales de control entrecruzado, como las formas “sinópticas” de las socieda-

---

*me e do castigo. Temas e debates contemporâneos*, Lisboa, Mundos Sociais, 2015, pp. 147 a 161.

327 DARIO MELOSSI. “The other in the new Europe: migrations, deviance, social control”, en PENNY GREEN y ANDREW RUTHERFORD. *Criminal policy in transition*, Portland, Oxford, 2000, pp. 151 a 166.

328 MARIA JOÃO GUIA, MAARTJE VAN DER WOUDE y JOANNE VAN DER LEUN (eds.). *Social control and justice: crimmigration in the Age of Fear*, La Haya, Eleven International Publishing, 2013.

329 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995, p. 252.

330 CAPELLER. “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, cit.

331 GUIA, VAN DER WOUDE y VAN DER LEUN (eds.). *Social control and justice: crimmigration in the Age of Fear*, cit.

332 TIMOTHY W. LUKE. “New World Order or Neo-World Orders: power, politics and ideology in informationalizing glocalities”, en MIKE FEATHERSTONE, SCOTT LASH y ROLAND ROBERTSON (eds.). *Global modernity's*, Londres, Sage, 1995, pp. 91 a 107.

des *voyeurs*<sup>333</sup>, las formas “omnióticas” del control monotorizado de *everybody by everybody* (“todos por todos”) <sup>334</sup>, las formas electrónicas (numéricas, informáticas), de detección (sistemas infrarrojos), *spyware*, *IMSI-catchers*, sistemas de lectura de datos biométricos, cámaras de vigilancia, sistemas de intercambio de información, etc. La tecnicidad del control facilita la selectividad y refuerza la categorización y estigmatización de ciertos grupos sociales considerados peligrosos. Así, la “dronificación” del control está al servicio de la vigilancia global de las masas en movimiento.

En el siglo XXI, los *estudios sobre la vigilancia*, centrados en el examen del impacto de las tecnologías en los espacios sociales de control, han abandonado la metáfora del panóptico, que durante casi medio siglo (desde 1975 hasta los últimos años), constituyó una poderosa herramienta para el análisis del funcionamiento del control centrado en los cuerpos. En la actualidad predomina una visión crítica de este paradigma, cuya omnipresencia y opresión se denuncia como un obstáculo para una aprehensión renovada del fenómeno del control, debido a la incesante apelación a la matriz conceptual foucaultiana, como atestiguan las nociones de “superpanóptico”, “panóptico electrónico”, “pospanóptico”, “neopanóptico”, “banóptico” y “sinóptico”<sup>335</sup>. Es decir, aunque el modelo foucaultiano ha permitido desentrañar las “tecnologías del yo” que dominaron en el periodo capitalista industrial de control, la nueva era del capitalismo de vigilancia global exige un cambio analítico, dirigido a los usos políticos del control en escala globales. La intensa producción de dispositivos panópticos *de high-tech* permite reforzar el biopoder mediante el control de tipo electrónico, digital, etc. El control social ejercido de este modo en la fase actual del capitalismo globalizado intensifica los efectos de su propia invisibilidad<sup>336</sup>.

333 THOMAS MATHIESEN. “The viewer society: Michel Foucault panopticon revisited”, *Theoretical Criminology*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 215 a 232.

334 EMANUEL DIMAS MELO PIMENTA. “The city of sun. Panopticon, synopticon and omnioticon – big brother ant the giant with thousand eyes”, *Low Power Society*, 2010, pp. 261 a 303, disponible en [<https://www.emanuelpimenta.net/ebooks/archives/lowpower/US%20chapters/PIMENTA%20Low%20Power%20US%20chapter%208.pdf>].

335 GILBERT CALUYA. “The post-panoptic society? Reassessing Foucault in surveillance studies”, *Social Identities. Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, vol. 16, n.º 5, 2010, pp. 621 a 633.

336 Sobre este tema, FERNANDA BRUNO, BRUNO CARDOSO, MARTA KANASHIRO, LUCIANA GUILHON y LUCAS MELGAÇO (orgs.). *Tecnopolíticas da vigilâ-*

Con la crisis sanitaria provocada por el COVID-19, fueron desarrollados mecanismos más sofisticados de control social que sirven para vigilar a las poblaciones en todos los lugares. De este modo, el control social contemporáneo adquiere un carácter de excepcionalidad permanente, multidimensional y multidireccional, como lo demuestra el uso de dispositivos de rastreo digital que facilitan el seguimiento, la localización y la clasificación de las trayectorias digitales de las masas en movimiento y de los comportamientos individuales en línea e *in-app*. El monitoreo digital de las masas refuerza las desigualdades sociales a través de la categorización y del estereotipo de determinados grupos, lo que refuerza la selectividad del control social. En América Latina, por ejemplo, la tecnología ha reforzado las vulnerabilidades estructurales, como demuestra un estudio sobre los programas que condicionan el acceso a los servicios básicos en Chile, Argentina y Brasil, donde el control automatizado aumenta la desigualdad social y la discriminación de la pobreza, debido a su aplicación diferencial a los grupos económicamente menos favorecidos. Según JAMILA VENTURINI,

el uso de las tecnologías sirve para mantener y profundizar una estructura social desigual en la que el ejercicio de los derechos está restringido a una pequeña élite. Con la ayuda de la tecnología, la vulnerabilidad se castiga con más vigilancia<sup>337</sup>.

Además, los análisis actuales no pueden ignorar las nuevas formas de la dialéctica del control que, al emerger en el seno de la sociedad, expresan el descontento de los individuos contra las lógicas de las tecnopolíticas globales del control que constituyen las modalidades más

---

*ncia: perspectivas da margem*, São Paulo, Boitempo, 2018; Véase también WANDA CAPELLER. "The dronification of power: on the (re)emergence of totalitarian semantics", en MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS, LUCAS FUCCI AMATO Y GABRIEL FERREIRA DA FONSECA (eds.). *World society's law: rethinking systems theory and socio-legal studies*, Porto Alegre, Edit. Fi, 2020, pp. 540 a 560.

337 JAMILA VENTURINI. "Vigilância, controle social e desigualdade: a tecnologia reforça vulnerabilidades estruturais na América Latina", *Derechos Digitales América Latina*, 15 de octubre de 2019, disponible en [<https://www.derechosdigitales.org/13921/vigilancia-control-social-e-desigualdade-a-tecnologia-reforca-vulnerabilidades-estruturais-na-america-latina/>].

severas de la gobernanza tecnológica, característica de las relaciones entre gobierno, política y tecnología. En estos intersticios se encuentra la dialéctica del contra-control, que se realizan por la vía del activismo digital, que establece la confrontación entre las tecnopolíticas globales de control y las tecnopolíticas sociales locales. Así, el control *bottom up digital* se expresa a través de los recientes movimientos sociales globales<sup>338</sup>, que caracterizan las nuevas formas de lucha por la emancipación, la democracia, la ciudadanía y los derechos humanos.

## VII. REFLEXIONES FINALES

ANÍBAL QUIJANO enseña que América Latina se ha constituido junto y como parte del actual patrón de poder globalmente dominante. Aquí la colonialidad y la globalidad se configurarán y establecerán como fundamentos y modos constitutivos del nuevo patrón de poder. Desde aquí parte el proceso histórico que definió la dependencia histórico-estructural de América Latina y dio lugar, en el mismo movimiento, a la constitución de Europa Occidental como centro mundial de control de este poder. Y en este mismo movimiento, también definió los nuevos elementos materiales y subjetivos que fundaron el modo de existencia social que recibió el nombre de modernidad<sup>339</sup>.

Vemos pues, que el control social ejercido en la región latinoamericana traduce permanentemente la lógica de dominación de las élites económicas y políticas, que se someten a su vez a las (ir)racionalidades del capitalismo neoliberal. Si el derecho, en su conjunto, constituye un elemento central del neoliberalismo<sup>340</sup>, el control social puede entenderse como un elemento central en la co-constitución del anarcoliberalismo. Las políticas de control, *a fortiori* las políticas criminales, que

338 JESÚS SABARIEGO. “Tecnopolítica e movimentos sociais globais recentes: questões preliminares para um estudo do caso espanhol e português”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y JOSÉ MANUEL MENDES (eds.). *Demodiversidade. Imaginar novas possibilidades democráticas*, Lisboa, Edições 70, 2017, pp. 351 a 373.

339 ANÍBAL QUIJANO. “Don Quijote y los molinos de viento en América Latina (análisis)”, *Ecuador Debate. Liderazgo político y democracia*, n.º 73, 2008, disponible en [<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/4134>], p. 149.

340 FOUCAULT. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, cit., pp. 165 a 190.

operan en los espacios interseccionales de las relaciones entre clase, raza, género, son determinantes de las fracturas sociales. El control social, lejos de constituir un elemento de normalización del mundo social, actúa como un factor de desestabilización social. Para ZAFFARONI, el control social de la exclusión, tal como se manifiesta en América Latina, actúa a favor del neocolonialismo; puede ser de naturaleza letal<sup>341</sup>.

En efecto, en la modernidad tardía, América Latina constituye un laboratorio privilegiado para el examen del control social. Si, como afirma JOCK YOUNG, los estudios sobre el control social no deben priorizar una visión autónoma de los sistemas de control, sino que precisan contextualizarlos en sus entornos y sus ramificaciones<sup>342</sup>, vemos que el autoritarismo estatal, históricamente presente en los países de la región, sentaron las bases de un tipo de control social de exclusión<sup>343</sup> y de excepción. Desde esta perspectiva, las epistemologías sudamericanas han aportado las herramientas teóricas y empíricas para una mejor comprensión del control como fenómeno de opresión, que mantiene las lógicas de sociedades altamente excluyentes<sup>344</sup>.

Desde el punto de vista epistemológico, la sociología del control social latinoamericano enfatiza el carácter transdisciplinario e interseccional que predomina en los estudios actuales, renovando la reflexión sobre las desigualdades sociales que se mantienen a través de la ecuación “menos derechos sociales/más control social”. La minimización del *Estado social* que tiene como efecto la maximización del *Estado penal*, un fenómeno del capitalismo avanzado<sup>345</sup>, se acentúa en la región. Como lo demostró LOÏC WACQUANT, es necesario vigilar y castigar a las poblaciones de la miseria, lo que ya no conduce a la subjetivación del orden social, sino que, por el contrario, favorece la aparición de procesos de (des)subjetivación del mundo social<sup>346</sup>, que destruyen los valores y las formas de sociabilidad anteriormente conocidas.

341 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Violencia letal en América Latina”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 13, 2015, pp. 57 a 76, disponible en [[https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/article/view/455/523](https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/455/523)].

342 Ídem.

343 CAPELLER. “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, cit. pp. 69 a 73.

344 YOUNG. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, cit.

345 Ídem.

346 GIORGIO AGAMBEN. *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, Paris, Rivages, 2006, p. 41.

De hecho, en la “Era del Control Social”, se afirma un modelo de control social más allá del Estado<sup>347</sup>, fundado en las designificaciones y resignificaciones de los principios jurídicos fundamentales, y en las innovaciones derivadas de la inteligencia artificial. En este contexto, la sociología jurídica ha sido llamada a examinar las lógicas que dominan en los espacios híbridos del ejercicio del control social: la *dominación transnacional*, la *dominación tecnológica*, la *dominación ideológica de la noción de seguridad global*. Estas racionalidades de control social conducen a la formación de nuevas cogniciones sociales que no pueden ser percibidas como simples representaciones mentales de una realidad preexistente, dado que el nuevo cognitivismo penal global influye en las políticas y en la percepción que los individuos y la sociedad tienen de ellas. En realidad, subyacen a los procesos de globalización del control las tensiones político-sociales locales existentes en las diversas sociedades, impidiendo una visión de conjunto de su extensión/compresión, verticalidad/horizontalidad, visibilidad/invisibilidad, centralidad/descentralización, elementos cruciales para la aprehensión del “modelo rizomático” de control social<sup>348</sup>, que, en el siglo XXI, hace del Estado un actor cada vez más problemático.

## REFERENCIAS

AGAMBEN, GIORGIO. *Qu'est-ce qu'un dispositif?*, París, Rivages, 2006.

ANIYAR DE CASTRO, LOLA. *Criminología de la reacción social*, Maracaibo, Instituto de Criminología de la Universidad del Zulia, 1971.

ANIYAR DE CASTRO, LOLA. “A evolução da teoria criminológica e avaliação de seu estado atual”, *Revista de Direito Penal e Criminologia*, n.º 34, 1982.

---

347 DARIO MELOSSI. *The state of social control. A sociological study of concepts of state and social control in the making of democracy*, Cambridge, Polity Press, 1990, pp. 116 a 134 y 169 y ss.

348 En el sentido dado por GILLES DELEUZE y FÉLIX GUATTARI, pero aquí refiriéndose a las posibilidades de una proliferación infinita del control social, véase DELEUZE y GUATTARI. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, cit.

- ANIYAR DE CASTRO, LOLA. *Criminologia da Reação social*, Río de Janeiro, Forense, 1983.
- ANIYAR DE CASTRO, LOLA. *Criminologia da liberação*, Río de Janeiro, Revan, 2005.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN. *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit?*, París, LGDJ, 1981.
- ARPPE, TIINA. “Rousseau, Durkheim et la constitution affective du social”, *Revue d’Histoire des Sciences Humaines*, vol. 2, n.º 13, 2005, pp. 5 a 31, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-histoire-des-sciences-humaines-2005-2-page-5.htm>].
- BATISTA, NILO. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*, Río de Janeiro, Revan, 1990.
- BATISTA, VERA MALAGUTI. “Autoritarismo e controle social no Brasil: memória e medo”, *Revista Sem Terra*, n.º 10, 2001, disponible en [[https://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul\\_040.htm](https://www.lainsignia.org/2001/marzo/cul_040.htm)].
- BEAULIE, ALAIN (ed.). *Michel Foucault et le contrôle social*, París, Mercure du Nord, 2005.
- BECKER, HOWARD SAUL. *Outsiders: studies in the sociology of deviance*, Nueva York, The Free Press, 1963.
- BECKER, HOWARD SAUL. *Outsiders: études de sociologie de la déviance*, París, Éditions Métailié, 1985.
- BELLEY, JEAN GUY. “Contrôle social”, en ANDRÉ-JACQUES ARNAUD (dir.). *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, París, LGDJ, 1993.
- BESNARD, PHILIPPE. *L’anomie. Ses usages et ses fonctions dans la discipline sociologique depuis Durkheim*, París, PUF, 1987.
- BOHOSLAVSKY, ERNESTO y MARÍA SILVIA DI LISCIA (eds.). *Instituciones y formas de control social en América Latina (1840-1940). Una revisión*, Buenos Aires, Prometeo Libros, 2005.

- BOLMAIN, THOMAS. *Les normes chez Foucault*, París, PUF, 2007.
- BOUCHERON, PATRICK y COREY ROBIN. *L'exercice de la peur. Usages politiques d'une émotion*, Lyon, Presses Université de Lyon, 2015.
- BOUDON, RAYMOND. *Déclin de la morale? Déclin des valeurs?*, París, PUF, 2002.
- BOUQUET, BRIGITTE. "Analyse critique du concept de contrôle social. Intérêts, limites et risques", *Vie Sociale*, vol. n.º 1, 2012, pp. 15 a 28, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-vie-sociale-2012-1-page-15.htm>].
- BOURDIEU, PIERRE. *Choses dites*, París, Les Editions de Minuit, 1987.
- BROSSARD, BAPTISTE. "Charles H. Cooley, un classique méconnu: notes introductives à la traduction de 'Social Consciousness'", *Sociologie*, vol. 7, n.º 2, 2016, pp. 187 a 196.
- BRUNO, FERNANDA; BRUNO CARDOSO, MARTA KANASHIRO, LUCIANA GUILHON y LUCAS MELGAÇO (orgs.). *Tecnopolíticas da vigilância: perspectivas da margem*, São Paulo, Boitempo, 2018.
- CALUYA, GILBERT. "The post-panoptic society? Reassessing Foucault in surveillance studies", *Social Identities. Journal for the Study of Race, Nation and Culture*, vol. 16, n.º 5, 2010, pp. 621 a 633.
- CAMARGO DE CASTRO, ANA LARA. "Conexões de gênero e cárcere", *Revista da CSP*, vol. 3: A visão do Ministério Público sobre o sistema prisional brasileiro, 2018.
- CAPELLER, WANDA. "A marginalidade social e a criminalidade na sociedade dependente" (tesis de maestría), Río de Janeiro, Pontificia Universidad Católica de Río de Janeiro, 1982.
- CAPELLER, WANDA. *L'engrenage de la répression. Stratégies sécuritaires et politiques criminelles*, París, LGDJ, 1995.



CAPELLER, WANDA. “La transnationalisation du champ pénal: réflexions sur les mutations du crime et du contrôle”, *Droit et Société*, n.º 35, 1997, pp. 61 a 77, disponible en [[https://www.persee.fr/doc/dreso\\_0769-3362\\_1997\\_num\\_35\\_1\\_1398](https://www.persee.fr/doc/dreso_0769-3362_1997_num_35_1_1398)].

CAPELLER, WANDA. “Como pensar as ciências do campo social”, *RFDUFU Capa, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia*, vol. 38, n.º 2, 2010, pp. 409 a 431.

CAPELLER, WANDA. *Relire Giddens. Entre sociologie et politique*, París, LGDJ, 2011.

CAPELLER, WANDA. “O pêndulo de Foucault: do Estado de exceção à democracia. Modelos e movimentos da sociologia jurídica Latino-Americana”, en SALO DE CARVALHO, DIEGO DE CARVALHO, GABRIELA DE CARVALHO y RENATA ALMEIDA DA COSTA (orgs.). *Para além do direito alternativo e do garantismo jurídico: ensaios críticos em homenagem Amilton Bueno*, Río de Janeiro, Lumen Iuris, 2016, pp. 203 a 230.

CAPELLER, WANDA. “Tecnificação do campo penal e killer robots: um atentado ao direito internacional humanitário”, *Unio Eu Law Journal*, n.º 2, 2017, pp. 91 a 108.

CAPELLER, WANDA. “A emergência do campo penal global: Desconstrução do direito penal moderno”, *Passagens: Revista Internacional de História Política e Cultura Jurídica*, vol. 12, n.º 2, 2020, pp. 180 a 196, disponible en [<https://periodicos.uff.br/revistapassagens/article/view/46126>].

CAPELLER, WANDA. “The dronification of power: on the (re)emergence of totalitarian semantics”, en MARCO ANTONIO LOSCHIAVO LEME DE BARROS, LUCAS FUCCI AMATO y GABRIEL FERREIRA DA FONSECA (eds.). *World society's law: rethinking systems theory and socio-legal studies*, Porto Alegre, Edit. Fi, 2020, pp. 540 a 560.

CARRIER, NICOLAS. “La dépression problématique du concept de contrôle social”, *Déviance et Société*, vol. 30, n.º 1, 2006, pp. 3 a 20, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-deviance-et-societe-2006-1-page-3.htm>].

- CHAPOULIE, JEAN-MICHEL. “Préface”, en HOWARD SAUL BECKER. *Outsiders: études de sociologie de la déviance*, París, Éditions Métailié, 1985, pp. 9 a 22.
- CHIES, LUIZ ANTONIO BOGO. “Militarismo, racismo e sensibilidades bárbaras: sociogênese do autoritarismo do controle social e punitivo do Cone Sul”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 14, n.º 1, 2023, pp. 1 a 29, disponible en [<https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/48>].
- COHEN, STANLEY. *Visions of social control: crime, punishment and classification*, Cambridge, Polity Press, 1985.
- COOLEY, CHARLES HORTON. *Human nature and the social order*, Nueva York, Charles Scribner’s Sons, 1902.
- CORRÊA, HELOISA SILVA HELENA DA; LUCIANA PAES BARRETO FERREIRA y MARIA LUCIA BARROS. “Estado/sociedade e o controle social”, *Divers@! Revista Eletrônica Interdisciplinar*, vol. 1, n.º 1, 2008, pp. 23 a 39, disponible en [<https://revistas.ufpr.br/diver/article/view/34037/21198>].
- DE CARVALHO, SALO. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”, en RUTH MARIA CHITTÓ GAUER (org.). *Criminologia e sistema jurídico-penais contemporâneo*, t. II, Porto Alegre, EDIPUCRS, 2010, pp. 146 a 171.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Toward a new common sense: law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995.
- DEL OLMO, ROSA. *América Latina y su criminología*, México, D. F., Siglo XXI, 1981.
- DELAS, JEAN-PIERRE y BRUNO MILLY. *Histoire des pensées sociologiques*, París, Armand Collin, 2009.
- DELEUZE, GILLES. “Post-scriptum sobre as sociedades de controle”, en *Conversações: 1972-1990*, Río de Janeiro, Ed. 34, 1992, pp. 219 a 226.

- DELEUZE, GILLES y FÉLIX GUATTARI. *Mille plateaux. Capitalisme et schizophrénie*, t. 2, París, Éditions de Minuit, 1980.
- DELPEUCH, THIERRY; LAURENCE DUMOULIN y CLAIRE DE GALAMBERT. *Sociologie du droit et de la justice*, París, Armand Collin, 2014.
- DURKHEIM, ÉMILE. *De la division du travail social*, 5.<sup>a</sup> ed., París, PUF, 1998.
- FÉRREOL, GILLES. “Socialisation”, en GILLES FERRÉOL y GUY JUCQUOIS (dirs.). *Dictionnaire de l’altérité et des relations interculturelles*, París, Armand Colin, 2003.
- FOUCAULT, MICHEL. *Surveiller et punir: naissance de la prison*, París, Gallimard, 1975.
- FOUCAULT, MICHEL. *Microfísica do poder*, Río de Janeiro, Graal, 2002.
- FOUCAULT, MICHEL. *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, París, Gallimard, 2004.
- FREIRE, CHRISTIANE RUSSOMANO. “Punição à brasileira”, *Canal Ciências Criminais*, 11 de agosto de 2022, disponible en [<https://canalcienciascriminais.com.br/punicao-a-brasileira/>].
- FROIS, CATARINA. “Dos estudos da vigilância, videovigilância e tecnologia. Reflexão sobre o estado da arte”, en MANUELA IVONE CUNHA (org.). *Do crime e do castigo. Temas e debates contemporâneos*, Lisboa, Mundos Sociais, 2015, pp. 147 a 161.
- FROSINI, FABIO. “De la mobilisation au contrôle: les formes de l’hégémonie dans les ‘Cahiers de prison’ de Gramsci”, *Mélanges de l’École française de Rome - Italie et Méditerranée modernes et contemporaines* [en línea], 128-2, 2016, disponible en [<https://journals.openedition.org/mefrim/2918>].
- GARLAND, DAVID. *The culture of control: crime and social order in contemporary society*, Chicago, University of Chicago Press, 2001.

- GIDDENS, ANTHONY. *The constitution of society: outline of the theory of structuration*, Cambridge, Polity Press, 1984.
- GIDDENS, ANTHONY. *La constitution de la société*, Paris, PUF, 1987.
- GIDDENS, ANTHONY. “Foucault, Nietzsche e Marx”, en *Política, sociologia e teoria social: encontros com o pensamento social clássico e contemporâneo*, São Paulo, UNESP, 1998.
- GOFFMAN, ERVING. *Asylum: essays on the social situation of mental patients and other inmates*, Nueva York, Anchor Books, 1961.
- GOFFMAN, ERVING. *Stigma: notes on the management of spoiled identity*, Nueva Jersey, Prentice Hall, 1963.
- GOFFMAN, ERVING. *Manicômios, prisões e conventos*, São Paulo, Edit. Perspectiva, 1974.
- GOFFMAN, ERVING. *La representação do eu na vida cotidiana*, Petrópolis, Vozes, 1975.
- “Groupes sociaux”, *La revanche de SES*, disponible en [<http://www.la-revanche-des-ses.fr>].
- GUIA, MARIA JOÃO; MAARTJE VAN DER WOUDE y JOANNE VAN DER LEUN (eds.). *Social control and justice: crimmigration in the Age of Fear*, La Haya, Eleven International Publishing, 2013.
- HIRSCHI, TRAVIS. *Causes of delinquency*, Berkeley y Los Angeles, University of California Press, 1969.
- JOBIM, AUGUSTO DO AMARAL y MELODY CLAIRE SCHMIDT VARGAS. “Necropolítica, racismo e sistema penal brasileiro”, *Revista Direito*, vol. 11, n.º 1, 2019, pp. 103 a 142, disponible en [<https://periodicos.ufv.br/revistadir/article/view/7194>].
- LALLEMENT, MICHEL. *Histoire des idées sociologiques: de Parsons aux contemporains*, t. II, Paris, Nathan, 1993.

- LEAL, JACKSON DA SILVA. “Criminologia da libertação: a construção da criminologia crítica latino-americana como teoria crítica do controle social e a contribuição desde o Brasil - pesquisa nas revistas Capítulo criminológico (1973-1990) e Doctrina Penal (1977-1990)” (tesis de doctorado), Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2016, disponible en [<https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/174915>].
- LEGRAND, STÉPHANE. *Les normes chez Foucault*, París, PUF, 2007.
- LENOIR, RÉMI. “Contrôle (du) social: la construction d’une notion et ses enjeux”, *Informations Sociales*, vol. 6, n.º 126, 2005, pp 6 a 15, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-6-page-6.htm>].
- LIANOS, MICHALIS. “Le contrôle social après Foucault”, *Surveillance & Society*, vol. 1, n.º 3, 2003, pp. 431 a 448, disponible en [<https://ojs.library.queensu.ca/index.php/surveillance-and-society/article/view/3348>].
- LIMA, RITA DE CÁSSIA PEREIRA. “Sociologia do desvio e interacionismo”, *Tempo Social*, vol. 13, n.º 1, 2001, pp. 185 a 201, disponible en [<https://www.scielo.br/j/ts/a/PGr54H45QqjGwqtdM8rGbd/?lang=pt>].
- LÓPEZ PUERTA, REBECA. “Teorías del control social”, *Crimipedia*, 6 de julio de 2015, disponible en [<https://crimipedia.umh.es/topics/teorias-del-control-social/>].
- LUKE, TIMOTHY W. “New World Order or Neo-World Orders: power, politics and ideology in informationalizing glocalities”, en MIKE FEATHERSTONE, SCOTT LASH y ROLAND ROBERTSON (eds.). *Global modernity's*, Londres, Sage, 1995, pp. 91 a 107.
- LYRA FILHO, ROBERTO. *Criminologia dialética*, Estado da Guanabara, Borsoi, 1972.
- MARTUCELLI, DANILO. *Sociologies de la modernité: L'itinéraire du xx siècle*, París, Gallimard, 1999.

- MATHIESEN, THOMAS. "The viewer society: Michel Foucault panopticon revisited", *Theoretical Criminology*, vol. 1, n.º 2, 1997, pp. 215 a 232.
- MBEMBE, ACHILLES. *Necropolítica*, São Paulo, N-1 Edições, 2018.
- MEAD, GEORGE HEBERT. *Mind, self, and society*, Chicago, University of Chicago Press, 1934.
- MELO PIMENTA, EMANUEL DIMAS. "The city of sun. Panopticon, synopticon and omnipticon – big brother ant the giant with thousand eyes", *Low Power Society*, 2010, pp. 261 a 303, disponible en [<https://www.emanuelpimenta.net/ebooks/archives/lowpower/US%20chapters/PIMENTA%20Low%20Power%20US%20chapter%208.pdf>].
- MELOSSI, DARIO. *The state of social control. A sociological study of concepts of state and social control in the making of democracy*, Cambridge, Polity Press, 1990.
- MELOSSI, DARIO. "The other in the new Europe: migrations, deviance, social control", en PENNY GREEN y ANDREW RUTHERFORD. *Criminal policy in transition*, Portland, Oxford, 2000.
- MERTON, ROBERT K. "Anomia e interacción social. Contextos de conducta desviada", en MARSHALL B. CLINARD (comp.). *Anomia y conducta desviada*, Buenos Aires, Paidós, 1967.
- MERTON, ROBERT K. *Éléments de théorie et de méthode en sociologie*, París, Armand Colin, 1997.
- MIRALLES, TERESA; ELIZABETH SÜSSEKIND, MARIA HELENA PIERECK DE SÁ y ROSA MARIA SOAREZ DE ARAÚJO. *O sistema penal na cidade do Rio de Janeiro: fator crimínógeno*, Río de Janeiro, Liber Juris, 1977.
- MORA MOLINA, JUAN JESÚS. "El funcionalismo de Merton y el derecho", en JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (ed.). *El derecho en la teoría social. Diálogo con catorce propuestas actuales*, Madrid, Dykinson, 2001.

NAME, GÉRARD. “Rousseau: de la ‘science de l’homme’ à la sociologie”, *L’Homme et la société*, n.º 45-46, 1997, pp. 231 a 240, disponible en [[https://www.persee.fr/doc/homso\\_0018-4306\\_1977\\_num\\_45\\_1\\_1930](https://www.persee.fr/doc/homso_0018-4306_1977_num_45_1_1930)].

PARK, ROBERT y ERNEST W. BURGESS. *The city*, 6.ª ed., Chicago, The University of Chicago Press, 1925.

PARSONS, TALCOTT. *Evolutionary and comparative perspectives*, Nueva Jersey, Prentice-Hall, 1966.

QUIJANO, ANÍBAL. “Dependência, mudança social e urbanização na América Latina”, en FERNANDO LOPES DE ALMEIDA (org.). *A questão urbana na América Latina*, Río de Janeiro, Edit. Forense Universitária, 1978.

QUIJANO, ANÍBAL. “Notas sobre o conceito de marginalidade social”, en LUIZ PEREIRA (ed.). *Populações marginais*, Río de Janeiro, Livraria Duas Cidades, 1978.

QUIJANO, ANÍBAL. “Don Quijote y los molinos de viento en América Latina (análisis)”, *Ecuador Debate. Liderazgo político y democracia*, n.º 73, 2008, pp. 149 a 170, disponible en [<https://repositorio.flacsoandes.edu.ec/handle/10469/4134>].

RANGEON, FRANÇOIS. *Hobbes, État et droit*, París, J. E. Hallier - Albin Michel, 1982.

RIUTORT, PHILIPPE. “Contrôle social, normes et déviance”, en *Premières leçons de sociologie*, París, PUF, 2003, pp. 75 a 88.

ROBERT, PHILIPPE. “Contrôle social”, *Encyclopædia Universalis* [en línea], s. f., disponible en [<https://www.universalis.fr/encyclopédie/contrôle-social/>].

ROCHER, GUY. *Introduction à la Sociologie générale*, 2 tomos, Montreal, HMH, 1968.

ROCHER, GUY. *Talcott Parsons e a sociologia americana*, Río de Janeiro, Livraria Francisco Alvers Editora, 1976.

- ROSS, EDWARD ALSWORTH. *Social control and the foundations of sociology*, Boston, Beacon Press, 1959.
- ROSTAING, CORINNE. “L’ordre négocié en prison: ouvrir la boîte noire du processus disciplinaire”, *Droit et Société*, vol. 2, n° 87, 2014, pp. 291 a 302, disponible en [<https://www.cairn.info/revue-droit-et-societe1-2014-2-page-303.htm>].
- SABARIEGO, JESÚS. “Tecnopolítica e movimentos sociais globais recentes: questões preliminares para um estudo do caso espanhol e português”, en BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y JOSÉ MANUEL MENDES (eds.). *Demodiversidade. Imaginar novas possibilidades democráticas*, Lisboa, Edições 70, 2017, pp. 351 a 373.
- SANTOS, JOSÉ VICENTE TAVARES DOS. “Violências e dilemas do controle social nas sociedades da ‘modernidade tardia’”, *São Paulo em Perspectiva*, vol. 18, n.º 1, 2004, pp. 3 a 12, disponible en [<https://lume.ufrgs.br/handle/10183/91020>].
- SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. *A criminologia da repressão*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- SANTOS, JUAREZ CIRINO DOS. *A criminologia radical*, Rio de Janeiro, Forense, 1979.
- SÁTYRO, WALTER CARDOSO. “A questão do poder na dinâmica das redes interorganizacionais” (tesis de maestria), São Paulo, Universidade Paulista, 2014.
- SCHEMEIL, YVES. “D’une sociologie naturaliste à une sociologie politique: Robert Park”, *Revue Française de Sociologie*, vol. 24, n.º 4, 1983, pp. 631 a 651, disponible en [[https://www.persee.fr/doc/rfsoc\\_0035-2969\\_1983\\_num\\_24\\_4\\_6977](https://www.persee.fr/doc/rfsoc_0035-2969_1983_num_24_4_6977)].
- SERAFIM, LIZANDRA. “Controle social entre projetos políticos e práticas concretas: definições, dimensões e operacionalização”, en *XIV Congresso Brasileiro de Sociologia*, Rio de Janeiro, 28 a 31 de julho de 2009.



SIQUEIRA, MIRELE HASHIMOTO. “O controle social em duas perspectivas: de Hobbes a Locke, de Marx a Gramsci”, *Revista Ciências Sociais em Perspectiva*, vol. 17, n.º 33, 2018, pp. 81 a 101, disponible en [<https://e-revista.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/view/17849>].

SOUTO, CLÁUDIO y SOLANGE SOUTO. *Sociologia do direito. Uma visão substantiva*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2003.

STEINER, PHILIPPE. *La sociologie de Durkheim*, París, La Découverte, 1994.

STUART, HENRI. “Informal law”, en DAVID S. CLARK (ed.). *Encyclopedia of Law & Society*, t. II, Los Angeles, Sage Publications, 2007.

SZABO, DENIS. “Révolution permanente ou éternel renouvellement: la criminologie en situation”, en GEORGES-HENRI LÉVESQUE, GUY ROCHER, JACQUES HENRIPIN, RICHARD SALISBURY, MARC-ADÉLARD TREMBLAY, DENIS SZABO, JEAN-PIERRE WALLOT, PAUL BERNARD y CLAIRE-EMMANUELLE DEPOCAS. *Continuité et rupture. Les sciences sociales au Québec*, t. II, Montreal, Les Presses de l'Université de Montréal, 1984, pp. 311 a 672, disponible en [[http://classiques.uqac.ca/contemporains/szabo\\_denis/revolution\\_permanente\\_criminologie/revolution\\_permanente.html](http://classiques.uqac.ca/contemporains/szabo_denis/revolution_permanente_criminologie/revolution_permanente.html)].

TERRA FRANÇA, ANDRESSA SILVÉRIO. “Talcott Parsons: apontamentos para uma análise institucional”, *Cadernos de Pesquisa Interdisciplinar em Ciências Humanas*, vol. 10, n.º 97, 2009, pp. 181 a 204, disponible en [<https://periodicos.ufsc.br/index.php/cadernosdepesquisa/article/view/1984-9851.2009v10n97p181>].

VENTURINI, JAMILA. “Vigilância, controle social e desigualdade: a tecnologia reforça vulnerabilidades estruturais na América Latina”, *Derechos Digitales América Latina*, 15 de octubre de 2019, disponible en [<https://www.derechosdigitales.org/13921/vigilancia-control-social-e-desigualdade-a-tecnologia-reforca-vulnerabilidades-estruturais-na-america-latina/>].

WACQUANT, LOÏC. *As prisões da miséria*, Rio de Janeiro, Zahar, 2001.

WIENER, NORBERT. *La cybernétique: information et régulation dans le vivant et la machine*, París, Editions du Seuil, 2014.

YOUNG, JOCK. *A sociedade excludente: exclusão social, criminalidade e diferença na modernidade recente*, Rio de Janeiro, Edit. Revan, 2002.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Tenda dos milagres o la denuncia del apartheid criminológico”, *Revista Jurídica Universidad de Puerto Rico*, vol. 60, n.º 2, 1991, pp. 363 a 382.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Violencia letal en América Latina”, *Cuadernos de Derecho Penal*, n.º 13, 2015, pp. 57 a 76, disponible en [[https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos\\_de\\_derecho\\_penal/article/view/455/523](https://revistas.usergioarboleda.edu.co/index.php/cuadernos_de_derecho_penal/article/view/455/523)].



## CAPÍTULO CUARTO

## Acción social y derecho

BERNARDO PÉREZ SALAZAR<sup>349</sup>LUISA MARÍA ACEVEDO<sup>350</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En el desarrollo inicial de la sociología, ÉMILE DURKHEIM introdujo el concepto de *hechos sociales*, a fin de diferenciar a la sociología de otras ciencias que giraban alrededor de los hechos orgánicos, naturales o de

349 Candidato a Doctor en Educación de la Universidad Santo Tomás; Magíster en Planificación del Institute of Social Studies; Comunicador Social de la Universidad del Valle; Profesor e investigador de la Universidad Católica de Colombia, a cuyo Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad pertenece este trabajo de investigación. Contacto: [bperez@ucatolica.edu.co] ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-2330-646X].

350 Magíster en Derecho y Abogada de la Universidad de Los Andes; Profesora e investigadora de la Universidad Católica de Colombia en el Grupo de Investigación en Conflicto y Criminalidad al que pertenece este trabajo de investigación. Contacto: [lmacevedo@ucatolica.edu.co] ORCID: [http://orcid.org/0009-0004-0612-5514].

la conciencia. El aporte de DURKHEIM fue, en su tiempo, esclarecedor y relevante para resolver el objeto de la sociología, diferenciándola de otras disciplinas. La nueva ciencia estudiaría los acontecimientos sociales como “cosas”, es decir, como cuestiones que, si bien serían el resultado de la actividad humana, tendrían un carácter general, externo, fáctico y autónomo respecto de las personas. Los hechos sociales, acaecidos de modo generalizado, modelarían la vida y el orden social desplegando presiones colectivas sobre las conductas individuales<sup>351</sup>. Esto último, supondría la transición de la acción social a las estructuras sociales, como el derecho, tal como se verá adelante.

Marcando un contraste con lo explicado por DURKHEIM, para MAX WEBER la *acción social* es una conducta humana, activa u omisiva, guiada por un sentido significativo de índole subjetiva, que incide sobre otros. No todo comportamiento humano representa una acción social; solo aquellas conductas que portan un sentido para los demás<sup>352</sup>. Es decir, en la interacción cada agente atribuye un significado a sus acciones, a la par que otros, sus observadores o destinatarios, también adjudican sentidos a esas acciones, los cuales pueden ser compartidos. Por consiguiente, en tanto la interacción social supone una relación o intercambio con otros, la acción social es una forma fundamental de existencia social que es de interés principal para la sociología.

No obstante, lo explicado no supone que el estudioso se queda en el seguimiento de la acción social individual. Esta es vista como parte de un universo de acciones, realizadas por un sinnúmero de sujetos, que son observadas globalmente, en tanto así constituyen lo que es la sociedad. La vida social es “el resultado conjunto de múltiples actos de múltiples actores”<sup>353</sup>. Es el estudio de las prácticas sociales, esos hechos sociales generalizados de DURKHEIM, mejor apreciados con el lente de WEBER como una multiplicidad de acciones sociales con procedimientos, rasgos y propósitos comunes, gestan instituciones sociales, es decir, estructuras sociales.

La sociología comprensiva de la acción social de MAX WEBER, busca establecer tipologías de conductas motivadas por intenciones atribuidas por los sujetos que las realizan, para llegar a la interpretación

351 ÉMILE DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, Barcelona, Folio, 2002, pp. 126 y 127.

352 MAX WEBER. *Economía y sociedad*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1964, p. 5.

353 THOMAS LUCKMANN. *Teoría de la acción social*, Barcelona, Paidós, 1996, p. 12.

de las razones, curso y consecuencias de estas tipologías de conducta. En esta perspectiva, la vida social es el resultado de encuentros de intercambio e interpretación intersubjetivos continuos, espontáneos y conflictivos, en los que explícita o tácitamente se reafirman o rechazan los sentidos y valores que informan distintas visiones del mundo en la sociedad. Donde, además, el cambio social tendría su origen en la fuerza de la acción social orientada por intereses, valores y creencias subjetivas<sup>354</sup>. En definitiva, como parte de su objeto de conocimiento, la sociología no estudiaría los hechos sociales como “cosas”, sino como acciones sociales en los términos recién explicados. Y, a la par, estudiaría las estructuras sociales, derivadas ellas de multiplicidad de acciones sociales realizadas a lo largo del tiempo, que adquieren entidad y autonomía propias.

Así, se pueden distinguir dos esferas en la vida social. Por una parte, la relativa a las estructuras sociales que comprenden las grandes instituciones que organizan la sociedad, entre ellas el Estado, la cultura, el derecho, el sistema económico, etc. Ellas establecen relaciones sociales estables, continuas, y más o menos generalizadas. En segundo término, otra esfera constituida por las acciones sociales que abarca las prácticas que comportan sentido en la interacción social. Las estructuras sociales son un producto de multitud de acciones sociales desarrolladas en un trayecto temporal, pero una vez se configuran existen con independencia de las acciones sociales e influyen sobre ellas.

Estas esferas corresponden, respectivamente, a las dimensiones o niveles *macrosocial* y *microsocial* de la sociedad. La vida en sociedad se desenvuelve en un intercambio continuo de estas dos dimensiones, que por razones metodológicas o explicativas se separaran en el análisis. Algunas tendencias contemporáneas de la sociología han avanzado propuestas de construcción de teorías integradoras que buscan el desarrollo complementario y equilibrado de estas dos dimensiones, para lograr un acercamiento comprensivo a la realidad social<sup>355</sup>. En el

---

354 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>], p. 67.

355 En la sociología general, la propuesta teórica sobre la integración micro/macro para el análisis social es expuesta, entre otros, por GEORGE RITZER. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill, 1993, pp. 609 y ss. Las obras de PIERRE BOURDIEU y ANTHONY GIDDENS apuestan por la presentación de teorías integrales, que serán mencionadas más adelante.

campo de la sociología jurídica, VINCENZO FERRARI y GERMÁN SILVA GARCÍA, de modo bastante similar y coetáneo, postulan formulaciones de teorías integrales micro/macro o de la acción/estructura<sup>356</sup>. También ANTONIO CASIMIRO FERREIRA, con una fundamentación similar, de modo más reciente ha postulado una teoría integradora de las dos dimensiones citadas<sup>357</sup>.

El derecho se ocupa de distintas formas de acción social. Al regular la vida social, cumple el cometido principal de reglar las relaciones sociales, con lo que interviene de manera activa sobre ellas<sup>358</sup>. Prohíbe acciones y acepta otras, por ende, conoce de las acciones transgresoras y de sus agentes. Le interesa también el sentido subjetivo que anima las acciones, para determinar la culpabilidad o responsabilidad en su realización, como también las consecuencias que acarrearán las acciones para ponderar el daño.

356 VINCENZO FERRARI. “Los status quaestionis della sociologia del diritto”, en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996, pp. 152 y ss., proponía el uso integrado de teorías micro y macrosociales; GERMÁN SILVA GARCÍA. “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996, pp. 845 y ss., sostiene la necesidad de postular una sociología jurídica integral que abarque las dimensiones macro y microsociales. Propone combinar, de una manera principal y desde una perspectiva macrosociológica, el empleo de la teoría conflictualista liberal y, en menor medida el funcionalismo (como metodología de análisis), con el interaccionismo simbólico y la fenomenología, dentro de una perspectiva microsociológica. Una relación con la aplicación del modelo en: GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II: Las prácticas jurídicas, Bogotá, Externado e ILSA, 2001; De modo más reciente, GERMÁN SILVA GARCÍA. “¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral”, *Novum Jus*, vol. 16, n.º 2, 2022, pp. 49 a 75, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4676>].

357 ANTÔNIO CASIMIRO FERREIRA. *Sociologia do direito uma abordagem sociopolítica*, Porto, Vida Económica, 2019, pp. 171 y ss.

358 En efecto, organiza las acciones sociales pues “puede hablarse del Derecho como sistema o conjunto de normas reguladoras de algunos comportamientos humanos”, ELÍAS DÍAZ GARCÍA. *Sociología y filosofía del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1980, p. 11.

Desde la sociología jurídica, el análisis de las acciones sociales se aborda de manera distinta y con propósitos diferentes. En efecto, como se vio en el capítulo primero, la sociología jurídica estudia al control social jurídico al derecho y a las instituciones conectadas a su creación y aplicación, en lo que atañe a su impacto sobre los demás aspectos de la vida en sociedad. También se ocupa de las actitudes y acciones que las personas y grupos sociales asumen o despliegan frente al derecho y las instituciones vinculadas al mismo, las cuales repercuten sobre el derecho o son tomadas en cuenta por este. Eso significa que describe e interpreta las acciones sociales que conllevan la transgresión de las normas jurídicas y, además, le interesa comprender las acciones sociales en las que las normas son cumplidas, acatadas o, incluso, reclamadas.

En concordancia con elementos teóricos que empezaron a asomar, una primera cuestión que aparece en DURKHEIM, pero sobre todo en el marxismo, radica en la discusión sobre la relevancia del contexto social sobre la acción social. Cabe entonces preguntarse: ¿el contexto específico de cada sociedad en su momento histórico respectivo es la génesis del tipo de acciones sociales que se despliegan?

La famosa afirmación de KARL MARX sobre el ser social y sus ideas: “no es la conciencia de los hombres lo que determina su ser, sino, por el contrario, es su existencia social lo que determina su conciencia”<sup>359</sup>, señala la influencia gravitacional que ejerce el contexto social sobre las acciones, ideas, valores y sentimientos de los individuos. Niega la noción común de que serían las mentalidades o ideologías de las personas las que fundan sus acciones sociales. El corolario de esta premisa es que los individuos no son autores del todo autónomos de esto que refieren como sus propias acciones, sino más bien, ellas son el resultado de una variedad de influencias sociales más o menos poderosas<sup>360</sup>.

De otra parte, se encuentra el exhorto que hace MARX en su undécima tesis sobre la obra de LUDWIG FEUERBACH<sup>361</sup>. Este es un llamado a la acción fundado en la premisa de que el individuo y sus formas de

359 KARL MARX. *Contribución a la crítica de la economía política*, 9.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Siglo XXI, 2008, p. 5.

360 ROB STONES. “Theories of social action”, en BRIAN S. TURNER (ed.). *The Blackwell companion to social theory*, Londres, Wiley-Blackwell, 2009, pp. 83 y ss.

361 KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS. *Tesis sobre Feurbach y otros escritos filosóficos*, Caracas, Fundación Editorial El perro y la rana, 2010, p. 17.



pensar no determinan por completo la acción de los agentes, sino que su existencia es la que determina su pensamiento. Decían KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS que “las ideas dominantes no son otra cosa que la expresión ideal de las relaciones materiales dominantes”<sup>362</sup>. Por ende, las ideas que influyen sobre las acciones son manifestaciones de las características materiales, es decir, sociales e históricas. Es más, la producción social de la vida depende de las estructuras económicas, es decir, de las relaciones de producción. Por tanto, el “modo de producción de la vida material condiciona el proceso de la vida social, política y espiritual en general”<sup>363</sup>. En pocas palabras, el curso de las acciones es orientado o decidido por la conciencia, pero la conciencia está prede-terminada por las condiciones de existencia social, esto es, las estructuras sociales, en particular, la estructura económica de producción.

ÉMIL DURKHEIM a su vez, cree que los “hechos sociales”, valga decir las estructuras sociales, son coercitivas y obran sobre las personas llevándolas a comportarse de una determinada forma<sup>364</sup>. Pero, además, como se advierte al examinar las ponderaciones de DURKHEIM sobre la acción social, el derecho sería el agente principal para guiar y moldear la acción social<sup>365</sup>.

Sin embargo, en oposición a MARX y DURKHEIM, se afirma aquí que el ser humano es autónomo, no está determinado a actuar por la influencia del contexto que lo rodea, este, más bien, constituye un marco de condiciones dentro de las cuales debe moverse, por lo que no le son ajenas, lo afectan, pero tampoco hay lugar a un determinismo mecánico. Así mismo, no se comprende que las condiciones económicas de producción sean cruciales ni primordiales, su influencia depende de la situación y de los actores para no recaer en un economicismo. MICHEL FOUCAULT critica ciertas versiones marxistas que replican esta visión, discute que la conciencia sea un reflejo de las con-

362 KARL MARX y FRIEDRICH ENGELS. *La ideología alemana*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Pueblos Unidos y Grijalbo, 1970, p. 50.

363 MARX. “Prólogo” en *La contribución a la crítica de la economía política*, cit., p. 182.

364 “Y esos tipos de conducta o de pensar no solo son exteriores al individuo, sino que están dotados de una fuerza imperativa y coercitiva”, DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, cit., p. 24.

365 BRUNO LUTZ. “La acción social en la teoría sociológica: una aproximación”, *Argumentos*, vol. 23, n.º 64, 2010, disponible en [<https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/326>], p. 203.

diciones económicas, por ende, rebate su poder de coerción, además de su externalidad respecto de los sujetos<sup>366</sup>.

El derecho, otra estructura social, no tiene tampoco tal poder para ejercer coacción. Este tiene capacidad de coercibilidad, puesto que sus preceptos y sus valores pueden ser compartidos<sup>367</sup>. La gente muchas veces cumple con las normas, no precisamente por las sanciones, sino de manera voluntaria, aunque en oportunidades lo haga también por costumbre, para evitar el conflicto, no perder estatus, afectar su buen nombre o adquirir una mala reputación<sup>368</sup>. El derecho ciertamente establece la base de la orientación normativa del comportamiento social: junto a la moral y las convenciones sociales “el sistema de las normas jurídicas configura una retícula de indicaciones de conducta que buscan orientar el comportamiento de los miembros de una comunidad y sirven para medirlos y juzgarlos”<sup>369</sup>, como un referente. En ocasiones el derecho forzará comportamientos, en otras oportunidades contemplará hipótesis de conductas aprobadas por los destinatarios de las normas y, claro, en otros muchos casos las prohibiciones serán infringidas por los actores.

La relación y tensiones entre las condiciones sociales, la conciencia, la acción y la facultad de actuar para transformar la existencia del ser social, están presentes a lo largo del desarrollo de la teoría social. Los entornos también gestan relaciones de poder e interdependencias verticales y horizontales a través de las cuales se viabilizan socialmente las prácticas en las interacciones<sup>370</sup>.

366 MICHEL FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995, p. 14.

367 GIUSEPPE LUMIA. *Principios de teoría e ideología del derecho*, Madrid, Debate, 1989, p. 19.

368 ROGER COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 41.

369 MANUEL CALVO GARCÍA. *Teoría del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 2000, p. 51.

370 Ver, por ejemplo, IRA J. COHEN. *Structuration theory: Anthony Giddens and the constitution of social life (theoretical traditions in the social sciences)*, Londres, Macmillan, 1989, p. 210.

## II. CONCEPTOS Y DINÁMICAS DE REPRESENTACIÓN DE LA ACCIÓN SOCIAL

La sociedad provee unas condiciones que permiten la interacción social, puesto que facilitan un entendimiento compartido sobre cómo actuar. A esto ayuda que suponemos que las personas experimentan la vida de manera más o menos idéntica, por lo que desarrollamos la interacción con esa expectativa. Así mismo, el lenguaje juega un papel clave, no por lo que implican las palabras en sí mismas desde su gramática, sino por lo que fuera de ella ocasionan en otros<sup>371</sup>. Con estas pinceladas se empieza a poner sobre la mesa la revisión, que monopolizará este apartado del capítulo acerca de la dinámica de las acciones sociales.

MAX WEBER distinguía entre la acción social racional y la irracional. La primera podría ser develada mediante la identificación de sus fines, los cuales podrían deducirse de la observación de los medios utilizados para alcanzarlos, en tanto que el actor elige los medios idóneos para lograr los propósitos perseguidos. La acción social irracional, por su parte, sería descubierta mediante una comparación entre la acción estudiada y un modelo ideal de acción racional, si se advertía que los medios empleados no eran apropiados para llegar a la meta, la acción sería irracional<sup>372</sup>.

En economía, GARY BECKER planteó el estudio de las acciones sociales sobre la base de un juicio de racionalidad económica o economía de escala. En el caso específico de la infracción a la ley, el agente hace un cálculo de costo por beneficio, si el provecho de violar la ley es superior a los riesgos involucrados, ella será transgredida<sup>373</sup>. En contra, se ha argumentado que es un error pensar que las personas obran siempre de manera racional, tampoco poseen en muchos casos toda la información requerida para hacerlo, pueden tener competencias analíticas reducidas, en ocasiones no tiene opciones, etc.<sup>374</sup>.

371 CARLOS ALLONES PÉREZ. “Teoría de la acción social: propuesta de un método”, *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 4, n.º 2, 2005, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/380/38040204.pdf>], p. 62.

372 WEBER. *Economía y sociedad*, cit., p. 5.

373 GARY BECKER. “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2, 1968, pp. 170 y ss.

374 STEPHEN E. BROWN, FINN-AAGE ESBENSEN y GILBERT GEIS. *Criminology. Explaining crime and its context*, 4.ª ed., Cincinnati, Anderson Publishing, 2001, p. 223.

La acción social es aquella que considera la conducta de los demás para orientar su curso y el sentido que quiere dar a entender a otros. En la base de esta distinción, se encuentra la premisa de que ninguna acción puede ser comprendida por un observador sin información sobre las metas del sujeto que la realiza<sup>375</sup>.

GEORG SIMMEL centra su análisis en las propias cualidades de la interacción y cómo estas condicionan las relaciones asociativas en la vida social. Afirmar que en la vida cotidiana los actores interactúan con otros cuyos vínculos exhiben diversos grados de cohesión. Esas diferencias intensifican o debilitan los vínculos y las relaciones de solidaridad que comprometen a sus miembros. Estas dinámicas pueden responder a formas relacionales que surgen a raíz de la lucha mutua contra un enemigo o competidor, o de la lealtad que emana del acto de guardar secretos compartidos, o de las relaciones de subordinación que se reproducen por medio de jerarquías, o de la camaradería e intimidad que resulta de compartir, o de honrar vínculos considerados como sagrados. Se trata de dinámicas propias del contexto de sociedades con gran diferenciación social, en el cual las interacciones de los actores se ven condicionadas por sus numerosas afiliaciones, cada una de las cuales involucra múltiples conjuntos de relaciones superpuestas e interconectadas en continuo desenvolvimiento<sup>376</sup>. WEBER también pone de presente que, en tanto las acciones no siempre se realizan de manera completamente consciente y controlada por los actores, estas con frecuencia conducen a consecuencias no buscadas<sup>377</sup>.

Una visión con diferencias radicales emerge del modelo de análisis de la acción social de TALCOTT PARSONS, que otorga un lugar central a la influencia estructural de los valores socializados y la internalización de estándares de regulación normativa, cultural y moral<sup>378</sup>. Las expectativas incorporadas en los valores y estándares normativos, representan restricciones que canalizan la orientación de la acción de los actores. De ello emerge un modelo de integración de la acción social resultado de estándares normativos compartidos, que propician expectativas recíprocas comunes entre los actores. Sin embargo, como

375 WEBER. *Economía y sociedad*, cit., pp. 5 y ss.

376 GEORG SIMMEL. *The sociology of Georg Simmel*, KURT H. WOLFF (ed.), Glencoe, IL, The Free Press, 1950, pp. 40 y ss.

377 WEBER. *Economía y sociedad*, cit., pp. 46 y ss.

378 TALCOTT PARSONS. *The structure of social action*, Nueva York, The Free Press, 1949, pp. 731 y ss.

efecto de la diferenciación y especialización de roles en la sociedad, los diferentes fines asociados a distintas posiciones inevitablemente conducen a expectativas disímiles. A veces, los actores llegan a consensos en torno a expectativas comunes, pero este no es el único resultado previsible. Hay ejemplos de roles específicos, como el de carceleros o torturadores, que anulan por completo valores generalizados inculcados e interiorizados con anterioridad<sup>379</sup>. Y de modo más corriente y prosaico, el propósito de realizar los valores e intereses propios anulan las expectativas normativas, a más de desatar conflictos, en lo que las normas son consideradas solo de un modo instrumental.

JÜRGEN HABERMAS concibe la acción social como acción comunicativa, mediada por el lenguaje, encaminada al entendimiento con los otros. Donde el *mundo de la vida* es definido por la cultura, la sociedad y la personalidad, siendo que la cultura va a incidir sobre las expresiones de la acción (por medio de interpretaciones), mientras la sociedad cala en las posibilidades de interacción con el concurso de pautas que ha introducido (por medio de orientaciones), a la par que se va formando el carácter o forma de ser de los individuos, el cual también afecta la acción social (por medio de competencias). En virtud de la interacción social, el mundo de la vida se reproduce, pero la acción es igualmente la puerta de acceso al cambio social. Los tipos de acción social serían: 1. Acción teleológica o estratégica, vinculada a una meta intencional; 2. Acción reglamentada por normas, conectada a pautas sociales admitidas; 3. Acción dramática, que expresa la subjetividad de los sujetos; 4. Acción comunicativa, trenzada en la interacción entre individuos que se comunican y forjan un tipo de relación, que puede dar lugar al entendimiento entre ellos<sup>380</sup>.

Desde el ámbito de la microsociología, la fenomenología de ALFRED SCHÜTZ refirió la adopción de tipificaciones, fórmulas o modelos de: A. Interpretación o diagnósticos acerca de los fenómenos; B. Estrategias de acción. Luego, pues resultan muy cómodas, las personas reproducen esas tipificaciones para resolver problemas nuevos, suponiendo que se trata de asuntos análogos. Eventualmente, estas tipificaciones se convierten en rutinas o recetas que se aplican de manera cuasiautomática sin la intervención de la conciencia en contextos

379 Por ejemplo, PHILIP ZIMBARDO. *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, Barcelona, Paidós, 2008, pp. 8 y ss.

380 JÜRGEN HABERMAS. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*, t. I, Madrid, Taurus, 1992, pp. 114 y ss.

cotidianos, sin sentido crítico, ni analizar las especificidades de las situaciones o problemáticas sociales involucradas<sup>381</sup>. Así, los individuos acomodan las situaciones en una forma que les permite orientar sus acciones de acuerdo con fórmulas típicas o recetas. Tal claridad de la fenomenología puede ser sintetizada así: “si la acción humana es previsible, es solo porque nos encontramos con decisiones típicas bajo condiciones típicas”<sup>382</sup>. Esto dio lugar al desarrollo de tesis acerca de los procesos de construcción social de la realidad<sup>383</sup>. En ellos, la tipificación o receta, que es subjetiva, termina supliendo la realidad social, puesto que es interpretada y definida de acuerdo con la receta, no con la información empírica u objetiva proveniente de la observación de la realidad, con lo que esta es construida<sup>384</sup>.

En el centro de los análisis del interaccionismo simbólico sobre la acción social, se halla el trabajo de GEORGE HERBERT MEAD sobre la formación del “yo” (es la respuesta propia a las actitudes de los otros) y del “mi” (es la respuesta de los otros que uno mismo asume)<sup>385</sup>. Su juego de intercambios determina la dinámica de las interacciones con otros<sup>386</sup>. La teoría del interaccionismo simbólico destaca el manejo

381 ALFRED SCHUTZ. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962; ALFRED SCHUTZ y THOMAS LUCKMANN. *The structure of the life world*, t. II, Evanston, IL, Northwestern University Press, 1989, pp.18 y ss.

382 LUCKMANN. *Teoría de la acción social*, cit., p. 13.

383 PETER BERGER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991, pp. 164 y ss.

384 En la sociología jurídica latinoamericana se encuentran numerosos trabajos acerca de los procesos de construcción social de la realidad, entre ellos, por ejemplo: CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, Miguel Ángel Porrúa - UNAM, 2000; CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *Análisis sociológico del caso Stanley. La construcción social de las verdades jurídicas*, México, UNAM - SITESA, 2004; SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Nuevas estrategias de construcción de la realidad del delito en el orden de las sociedades en red”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º Esp. 2, 2019, pp. 123 a 132, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27432>]; GERMÁN SILVA GARCÍA, “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].

385 GEORGE HERBERT MEAD. *Espíritu, persona y sociedad*, México, D. F., Paidós, 1993, pp. 201 y ss.

386 KEN PLUMMER. *Symbolic interactionism*, tt. I y II, Aldershot, Edward Elgar, 1999.

que hacen las personas de sus relaciones sociales a través de símbolos y significados y la manera como su interpretación intersubjetiva moldea sus pensamientos y acciones<sup>387</sup>.

ERVING GOFFMAN demostró cómo la estigmatización de los individuos alteraba no solo la forma como ellos serían tratados, sino sus propias posibilidades de interacción<sup>388</sup>. La acción social tiene un sentido fijado por la situación específica de interacción y el contexto sociocultural; ella siempre supone una interpretación compleja de las acciones recíprocas y, a la vez, toda acción es expresiva e instrumental<sup>389</sup>. GOFFMAN se refiere a la *identidad personal* y a la *identidad social*, la primera es lo que el individuo piensa acerca de sí mismo, mientras que la segunda representa las percepciones de los otros. La cuestión es que la identidad social puede llegar a imponerse dependiendo de la fuerza que adquiera, absorbiendo la personal, en tanto la identidad social es una especie de espejo en el cual el individuo se refleja; después, al interiorizar la identidad social, el sujeto termina actuando de acuerdo con los rasgos que le han sido asignados en su definición<sup>390</sup>. Así mismo, GOFFMAN adoptó un enfoque dramático radical conforme al cual los individuos actúan o escenifican papeles de manera continua, siendo el “medio”, la “máscara” y los “roles” los tres elementos más significativos<sup>391</sup>. Se trata de examinar las claves de la interacción cara a cara<sup>392</sup>.

En el desarrollo de su teoría de la estructuración, ANTHONY GIDDENS reconoce que en tanto realizan acciones sociales, los actores tienen la aptitud de comprender lo que hacen y reflexionar sobre el fluir continuo de su secuencia de acciones. Así mismo, los percibe como practicantes e intérpretes competentes cuya acción situada en el tiempo y el espacio puede modificar intencionalmente la rutinización y la naturaleza repetitiva de la vida cotidiana. De esta manera, afectan las

387 JEROME MANIS y BERNARD MELTZER. *Symbolic interaction: A reader in social psychology*, 3.<sup>a</sup> ed., Boston, Allyn and Bacon, 1978, pp. 7 y ss.

388 ERVING GOFFMAN. *Estigma: la identidad social deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986, pp. 56 y ss.

389 MANUEL HERRERA GÓMEZ y ROSA MARÍA SORIANO MIRAS. “La teoría de la acción social de Erving Goffman”, *Papers*, n.º 73, 2004, p. 64.

390 GOFFMAN. *Estigma: la identidad social deteriorada*, cit., pp. 11 y 12.

391 ERVING GOFFMAN. *La presentación de la persona en la vida cotidiana*, Madrid, Amorrortu y Murguía, 1987, pp. 29 y ss.

392 ERVING GOFFMAN. *Interaction ritual: Essay on face-to-face interaction*, Garden City, NY, Anchor Books, 1967, pp. 97 y ss.

estructuras sociales externas que albergan referentes y rastros comunes (a veces tácitos) de conocimiento y memoria o saber mutuo, a las que acuden quienes participan en prácticas sociales. Así, constata la aptitud transformadora de la acción social<sup>393</sup>.

GIDDENS aporta algunos elementos significativos adicionales para la comprensión de los actores y de la acción social. En las condiciones externas en las que se forman los actores y dentro de las que actúan, se pueden diferenciar analíticamente tres dimensiones que modelan su entendimiento del entorno social. Estas dimensiones, que los actores incorporan como “estructuras internalizadas”, refieren los ámbitos en los que inciden los dispositivos de dominación (poder), significación (el sentido discursivo asociado a visiones del mundo) y de legitimación (normas). Las tres dimensiones están entrelazadas e influyen en el entendimiento del actor sobre cómo la distribución de estos dispositivos configura el terreno de la acción en su entorno<sup>394</sup>.

La distinción analítica de estas tres dimensiones estructurales, proporciona un marco para refinar la comprensión de formas particulares de interacción situada. Los actores combinan estas dimensiones de distintas maneras. A veces, las normas serán la fuerza estructural primaria decisiva para la constitución de una acción; otras veces, lo serán las tensiones entre distintos factores de poder que inciden sobre su configuración en un lugar y tiempo determinados; en otras ocasiones lo será un régimen particular de sentido discursivo o visión del mundo. Estos elementos, junto con contingencias de comprensión, buena voluntad, energía, habilidad y desempeño, permiten apreciar la indeterminación y, por lo tanto, variabilidad del repertorio de acciones situadas que puede exhibir un actor.

Tras otra teoría integral macro/micro, aparece PIERRE BOURDIEU, quien propone la noción de *habitus* como un aspecto significativo tanto de la constitución interna del propio actor, como de los vínculos entre este y su entorno. Por *habitus*, BOURDIEU denota ciertas propiedades alojadas en las mentes y cuerpos de las personas que se construyen de manera progresiva mediante la socialización y la experiencia. Es su “internalización de la externalidad”, con la cual los individuos

393 ANTHONY GIDDENS. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998, pp. 39 y ss.

394 ANTHONY GIDDENS. *Central problems in social theory: Action, structure and contradiction in social analysis*, Londres, Macmillan, 1979, p. 82.



desarrollan “conocimientos prácticos” acerca de su medio y el actor adquiere un “saber hacer”<sup>395</sup>.

### III. LA ACCIÓN SOCIAL EN EL DERECHO

Las acciones sociales que interesan a la sociología del derecho, son aquellas que incorporan la especificidad de lo jurídico, por cuanto ese es, en primera instancia, el rasgo que permite distinguir el objeto de estudio de la sociología general de esta especialidad. Y, aún de manera más concreta y precisa, lo determinante será el vínculo de tales acciones con el control social jurídico. Además, será útil observar y analizar las acciones sociales que pretenden usar el derecho. Porque el derecho “se presenta como un medio utilizable en virtud de objetivos conscientes, por tanto, como instrumento de acción social”<sup>396</sup>.

Pueden identificarse dos tipos de acciones sociales de interés para la sociología jurídica, ellas son: por una parte, las acciones que materializan las operaciones del control social jurídico, aunque suelen verse como instituciones o estructuras sociales, lo cierto es que el derecho, la policía o la administración de justicia, etc., se materializan a través de acciones sociales. Dictar sentencias judiciales dotadas de ciertos atributos, disolver manifestaciones con cargas policiales, decretar expulsiones de ciudadanos extranjeros, mediar como conciliador en conflictos familiares, elaborar proyectos de ley, son eventos que sirven como ejemplos.

La segunda clase de acciones sociales, comprende aquellas que encierran las posiciones, actitudes o respuestas que la población adopta o emite frente a las instituciones relativas al control social jurídico, entre ellas el derecho. Abstenerse de ejercer el derecho al voto, ejecutar prácticas percibidas como delictivas, trabajar bajo subordinación, vender bienes, tramitar licencias ambientales, son ejemplos.

Distinguir entre las dos clases de acciones sociales señaladas es fundamental. Aunque los elementos teóricos que inciden sobre las acciones aplican por igual ante ambas, lo cierto es que no lo hacen de la misma forma. Esto, de manera primordial, en razón a que la especificidad de lo jurídico no obra igual. En el primer caso, los actores se apropian

395     PIERRE BOURDIEU. *Outline of a theory of practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, pp. 83 y ss.

396     VINCENZO FERRARI. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989, p. 92.

de los instrumentos del control social jurídico y tienen a su cargo ejecutarlos; mientras que, en el segundo, los actores son destinatarios o usuarios de las reglas o prácticas de control social jurídico, que recaen sobre sus acciones y, a veces, también sobre sus consciencias.

Para diferenciar el primer tipo de acciones sociales, GERMÁN SILVA GARCÍA las denominó *reacciones sociales*<sup>397</sup>. Considerarlas como “reacciones” puede ser acertado porque siempre contienen una posición, que aprueba, en forma tácita o explícita, o al inverso, reprueba o censura las posturas, expresiones o actuaciones de la población frente a los medios o estrategias del control social jurídico.

Respecto de la segunda clase de acciones sociales, ellas han sido comprendidas en la teoría sociojurídica de un modo muy variable. En el campo penal, dichas acciones sociales, cuando la posición suponía una transgresión del orden jurídico, fueron definidas como criminales. El concepto de *criminalidad* fue utilizado, aún lo es por muchos, para describir, definir e interpretar las acciones sociales que compete estudiar a la sociología jurídica penal. No obstante, esto dio lugar a una fuerte crítica, encabezada por HOWARD S. BECKER, por cuanto en las acciones sociales, es decir, en las conductas de las personas no habría nada, ningún elemento que tuviera la propiedad de hacer de dichas acciones algo criminal, esa sería una definición resultante de un proceso político y jurídico<sup>398</sup>.

La contribución de BECKER fue una piedra angular en la sociología del derecho, que partió en dos sus estudios, puesto que permitió ver de modo muy claro la importancia que el control jurídico tenía en la definición de las conductas sociales. Hablar de estudiar la criminalidad, en realidad, no debería hacer referencia al conocimiento de acciones sociales, sino al estudio de los parámetros con los que las estructuras de control penal etiquetan comportamientos y sujetos como criminales. Ninguna otra área o campo de la sociología jurídica llegó a tener tal claridad sobre su objeto de estudio en este aspecto<sup>399</sup>.

397 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., p. 139.

398 HOWARD BECKER. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009, p. 28.

399 En el escenario de los demás entendimientos frente a lo que podría identificarse como una ilicitud, infracción, transgresión, ilegalidad, contravención o falta, en los campos de los derechos administrativo, civil, comercial o laboral, nunca se reflexionó que todas las anteriores eran etiquetas prescriptivas, resultado de intervenciones del control jurídico, no atributos propios de la acción así tildada.

De modo adicional, en tanto que la conducta definida como criminal lo es teniendo como referente una norma penal, se trataría de una categoría prescriptiva, inepta para examinar un fenómeno de raigambre descriptivo como es la acción social.

En cuanto a la misma clase de acciones sociales, otra alternativa de conceptualización emergió con la noción de *desviación social*. El concepto fue introducido por JAMES FORD y la desviación social se convirtió en uno de los capítulos más importantes de la sociología general<sup>400</sup>. Su influencia sobre la sociología del derecho tampoco sería menor. Desviada, se dirá por lo pronto, es una conducta que infringe una norma y provoca una reacción. La desviación podría afectar normas sociales o culturales de un espectro muy amplio, dentro de las cuales las normas jurídicas serían una especie. Otra alternativa de conceptualización, examinada más adelante, alude a la divergencia social. Esta categoría teórica ha sido propuesta como una opción en el escenario de la sociología jurídica penal del Sur global, en contraste con las nociones de criminalidad y desviación social promovidas desde la teoría del Norte global<sup>401</sup>.

El primer tipo de acciones, las reacciones sociales, no serán consideradas aquí de un modo específico que sobrepase los linderos de la teoría general de la acción, puesto que tendrían que haber sido inspeccionadas en otros capítulos que refieren la forma como se producen las intervenciones del control social jurídico. Sobre la criminalidad no se profundizará más, pues ya debió quedar claro que no corresponde a una modalidad de acción social, sino a una definición del control penal. En cambio, con posterioridad se examinarán la desviación social y la divergencia social.

400 Deslizó el concepto de desviación social, dadas las limitaciones que consideraba inherentes a las nociones de desorganización social y patología social. Una de las expresiones de la desviación era la delincuencia. JAMES FORD. *Social Deviation*, Nueva York, Macmillan, 1939, pp. VII, 498 y ss.

401 GERMÁN SILVA GARCÍA, FABIANA IRLA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Das distorções da criminologia do Norte global a uma nova cosmovisão na criminologia do Sul”, *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 15, n.º 1, 2022, pp. 179 a 199, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/37961>].

#### IV. ELEMENTOS EN LA GÉNESIS DE LA ACCIÓN SOCIAL

Al avanzar sobre los elementos teóricos que, como se dijo, ilustran la forma como se expresan las dos clases de acciones sociales que se afirmó eran relevantes para la sociología jurídica, se tiene:

Los entornos sociales e históricos que constituyen las estructuras sociales, considerados en el segundo apartado de este capítulo, como se acotó entonces, tienen influencia, pues condicionan el desarrollo de las acciones sociales. La personalidad y las variables relacionadas con las condiciones cognitivas de las personas representan otro factor de incidencia en la interacción social. La acción social tiene también unas bases biológicas. Aun cuando se reprueban las teorías biológicas que han pretendido explicar el comportamiento humano, también de modo determinista, negando el libre albedrío del que gozan los seres humanos, no hay duda que la biología establece unas condiciones a partir de las cuales ocurren las interacciones de una determinada forma<sup>402</sup>.

También existen dispositivos con los que las personas comparecen a las situaciones de interacción social, que van a influir sobre sus características y dirección. A la par, otros dispositivos emergen en las propias interacciones sociales.

Los procesos de socialización primario y secundarios afectan la interacción social. Ellos son procesos de aprendizaje informales de roles sociales y valores. Por ende, el individuo se entrena o educa para la realización de comportamientos (roles) y el uso de guías valorativas para orientar su desempeño (valores). El proceso de socialización primaria, probablemente el más influyente, se verifica a edad temprana, la mayoría de las veces en el seno de la familia y suele dejar una huella profunda. Los procesos de socialización secundarios son múltiples y especializados en algún grado, acaecen a edades variables, que van desde la adolescencia a la vejez<sup>403</sup>. Por ejemplo, DUNCAN KENNEDY descri-

402      MARÍA ÁNGELES DURÁN HERAS. "Las bases biológicas de la estructura social", en SALUSTIANO DEL CAMPO (ed.). *Tratado de sociología*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid, Taurus, 1992, pp. 99 y ss.

403      JULIO IGLESIAS DE USSEL. "Socialización y control social", en SALUSTIA-

bió las implicaciones de la socialización secundaria en las escuelas de derecho de las universidades, donde los estudiantes aprenden los roles sociales y los valores propios de la profesión jurídica, reconociendo y asimilando sus jerarquías y las relaciones de autoridad existentes<sup>404</sup>. Por ejemplo, en los sistemas de carrera judicial en donde el acceso solo puede ocurrir en la base, los jueces son intensamente socializados, sin mayores referentes de contraste, en los roles sociales y valores de la judicatura, lo que repercute en las relaciones que sostendrán con otros grupos y en la forma de interpretar y aplicar el derecho<sup>405</sup>.

El *estatus* y los *roles sociales* son otros dos elementos claves en la interacción social. No pocos autores los ven como un puente entre las estructuras sociales y los individuos<sup>406</sup>.

El estatus es una posición social, entre varias ubicadas en una escala que representa un tipo de orden social. Existen muchas tipologías de estatus de muy distinta índole y una misma persona puede participar, de manera simultánea, de varias posiciones de estatus. Entre más compleja es la sociedad, mayor es la cantidad de posiciones que se adquieren. Aunque puede haber una posición maestra que predomina sobre otras que se vuelven secundarias<sup>407</sup>. Esto varía según la situación involucrada. El estatus provee determinado poder y prestigio social, dos factores influyentes en la interacción, que pueden concurrir de manera sincrónica o diacrónica. La mayor relevancia del estatus radica en que tiene un peso muy importante en la definición de la *identidad social*, por tanto, en la manera como los demás perciben y tratan al individuo, pero también en la definición de las acciones propias. Lo último en razón a que las personas tratan a los demás según el estatus que le reconocen, y también los sujetos de manera habitual interiorizan su estatus y obran en concordancia con esa posición. De

---

NO DEL CAMPO (ed.), *Tratado de sociología*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid Taurus, 1992, pp. 167 y ss.

404 DUNCAN KENNEDY. "L'enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles", en *Les professionnels et la reproduction du droit*, Vaucresson, 1985, pp. 192 y ss.

405 CARLO GUARNIERI y PATRIZIA PEDERZOLI. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999, p. 32.

406 CRAIG CALHOUN, DONALD LIGHT y SUZANNE KELLER. *Sociología*, 7.ª ed., Madrid, McGraw Hill, 1997, p. 63; RALF DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, Madrid, Akal, 1975, pp. 24 y ss.

407 CALHOUN, LIGHT y KELLER. *Sociología*, cit., p. 63.

allí que los roles sociales estén, en parte, sujetos a la influencia del estatus poseído.

En su investigación sobre la profesión jurídica, GERMÁN SILVA GARCÍA identificó numerosas situaciones en las que las prácticas del derecho estaban marcadas por el estatus de los intervinientes. Por ejemplo, cuando criticó las competencias asignadas a los fiscales para investigar lo favorable al imputado, pues de conformidad con su estatus de acusador ese era un rol que no iba a desempeñar seriamente; o al indicar el desequilibrio en el proceso penal y la fractura del principio de contradicción, cuando los jueces percibían a los fiscales con un estatus superior al de los abogados defensores y cercano al propio<sup>408</sup>. La teoría del *labeling approach* o etiquetamiento, desarrollada con el aporte pionero de FRANK TANNENBAUM y las contribuciones de HOWARD S. BECKER, EDWIN LEMERT y EDWIN SCHUR, constituye un ejemplo de la manera como la posición de estatus puede influir en la realización de acciones sociales que luego son reputadas como criminales<sup>409</sup>. Aquí, el control penal interviene de modo intenso para imponer a un individuo la etiqueta de criminal, al punto que logra que internalice ese estatus y empiece a actuar como tal. En esa dirección, ya AUSTIN T. TURK había señalado que la condición de criminal es una posición de estatus atribuida<sup>410</sup>; mientras GEORGE B. VOLD, demostró que las opciones de evadir una intervención penal dependen del estatus, en términos del poder de quien puede ser imputado<sup>411</sup>.

Los roles son papeles sociales a representar en la interacción, pautas de comportamiento. Los roles sociales pueden ser prescritos o formales cuando están definidos en algún código o reglamento, o no prescritos o informales al concurrir en el curso de la interacción so-

408 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II, cit., pp. 174 y ss.

409 FRANK TANNENBAUM. *Crime and community*, Nueva York, Columbia University, 1938, pp. 30 y ss.; BECKER. *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, cit., pp. 181 y ss.; LEMERT, EDWIN. "Primary and secondary deviation", en EARL RUBINGTON y MARTIN S. WEINBERG. *Deviance. The interactionist perspective*, 3.ª ed., Nueva York, Macmillan, 1978, pp. 411 y ss.; SCHUR, EDWIN. *Labeling deviant behavior*, Nueva York, Harper & Row, 1971, pp. 6 y ss.

410 AUSTIN T. TURK. *Criminality and legal order*, Chicago, Rand McNally, 1972, pp. 22 y ss.

411 GEORGE B. VOLD. *Theoretical criminology*, 4.ª ed., Nueva York, Oxford University, 1967, pp. 204 y ss.

cial. Los roles sociales prescritos están bajo la influencia de las estructuras sociales. El derecho procesal, por ejemplo, es una tipología de roles sociales prescritos. Asociados a los roles sociales se encuentran las expectativas de rol, estas corresponden a un cálculo que hace el sujeto intentando discernir o anticipar cuáles son los roles o conductas que desplegará el otro<sup>412</sup>. En caso de incumplimiento o defraudación de las expectativas de rol, se producirá algún tipo de sanción<sup>413</sup>. Por ejemplo, aunque es un derecho, si el imputado guarda silencio en su juicio se romperán las expectativas de rol, pues lo que se espera del acusado es que se defienda, por lo que se tomará como indicio de responsabilidad<sup>414</sup>.

Existen en la sociedad macro/órdenes sociales, informados por el derecho o por reglamentaciones de otras instituciones sociales. Empero, también coexisten micro/órdenes sociales con reglas y sanciones, que surgen de las prácticas de la interacción social; ellos son informales, pueden ser contrarios a mandatos del macro/orden social, pero con frecuencia sirven para subsanar vacíos normativos y también pueden ser negociados<sup>415</sup>. Los micro/órdenes son informales, con frecuencia inconscientes, a veces pueden ser un tanto vagos y sus reglas negociadas, más sin embargo constituyen patrones de actuación<sup>416</sup>. En la organización judicial se encuentran numerosos ejemplos de micro/órdenes sociales. SILVA GARCÍA refería, para el caso de Colombia, los acuerdos para no presentar salvamentos de voto en alguna época de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, la decisión concertada de negar las tutelas contra sentencias judiciales en materia laboral, sistemas informales de evaluación de la labor de los fiscales, la obligación de los fiscales de consultar ciertas decisiones en detrimento de su su-puesta independencia, etc.<sup>417</sup>.

412 Se trata de conductas esperadas a partir de las actuaciones y actitudes socialmente ordenadas, MEAD. *Espíritu, persona y sociedad*, cit., p. 232.

413 DAHRENDORF. *Homo sociologicus*, cit., p. 41.

414 FOUCAULT, MICHEL. *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990, p. 233; SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II, cit., p. 173.

415 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit. p. 105.

416 LEONARD BROOM y PHILIP SELZNICK. *Sociología*, México, Continental, 1979, pp. 46 y ss.

417 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II, cit., pp. 185 y ss.

La definición de la situación social repercute en la interacción social. Dicha definición es un entendimiento acerca de la naturaleza y sentido de la situación enfrentada, que es compartido, en forma tácita, es decir, sin que requiera ser explicitado. Simplemente, definida la situación social, los sujetos involucrados actúan.

ANTHONY GIDDENS relaciona también los saberes compartidos<sup>418</sup>. Cuando por ejemplo, los operadores jurídicos disponen de un conocimiento compartido acerca del derecho, la interacción social fluye de manera articulada. El problema emerge en razón a deficiencias en la formación de los operadores o debido a la desactualización de sus conocimientos, que perturba los resultados de la interacción y, desde luego, la dificulta en forma notoria.

Las redes de trabajo o *networks* representan una forma específica de interacción social. Describen los vínculos de un actor social con muchos otros, donde esas interrelaciones tejen líneas que metafóricamente pueden ser visualizadas como una auténtica red y, en las que en ocasiones, concurren nodos o ejes con un papel protagónico. En ellas cada agente es independiente o autónomo respecto de los otros, además esos actores desarrollan relaciones horizontales sin visos jerárquicos o señas de autoridad; vistos en su conjunto, representan una cadena de interacciones en la que cada uno de los actores cumple un rol o tarea que sirve a intereses compartidos. Por ejemplo, con mucha frecuencia en el escenario de las acciones sociales divergentes, como en el caso del narcotráfico, los negocios no están organizados con estructuras rígidas y relaciones verticales, sino en redes de trabajo que gestionan esa clase especial de emprendimientos<sup>419</sup>.

Los grupos de referencia son relevantes para el ejercicio de las acciones sociales<sup>420</sup>. Estos grupos constituyen modelos externos de influencia que definen valores, comportamiento y cosmovisiones a imitar. Por ejemplo, los grandes “patronos” del narcotráfico constituían

---

418 ANTHONY GIDDENS. *Las nuevas reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Amorrortu, 1997.

419 Una descripción y análisis de algunas redes de empresarios al margen de la ley en: ARIEL ÁVILA MARTÍNEZ y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. *Mercados de criminalidad en Bogotá*, Bogotá, Taller de Edición Rocca y Corporación Nuevo Arco Iris, 2011, pp. 42 y ss.

420 Sobre los grupos de referencia y su ascendencia, ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 4.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2002, pp. 362 y ss.



un grupo de referencia para los sicarios y otros grupos vinculados al negocio, e incluso, para muchos segmentos de la población<sup>421</sup>.

## V. LA DESVIACIÓN SOCIAL

En toda sociedad se presentan conflictos en torno a intereses y creencias, es decir, percepciones acerca de lo que es correcto, justo, importante o al menos entendible. Desde las perspectivas consensualistas, se postula que el interés superior de la sociedad se funda en *consensos de valores*, sobre los cuales se instituyen el Estado y el derecho para gobernar de conformidad con el bien, la moralidad y la justicia. No obstante, los individuos y grupos en la búsqueda de sus intereses particulares no siempre reparan en lo que es bueno o justo, lo cual conduce de manera inevitable a un flujo de conflictos de interés en la sociedad. En esta perspectiva, se supondría que corresponde al Estado representar los valores e intereses comunes de la sociedad en su papel como mediador y árbitro de dichos conflictos<sup>422</sup>.

La definición de TALCOTT PARSONS de la noción de *desviación social* en términos de una acción social *motivada a infringir uno o más patrones normativos institucionalizados*, encaja bien en esta visión de una sociedad integrada en torno a consensos de valores y para la que, a la vez, los conflictos de intereses son excepcionales<sup>423</sup>. La idea de *desviación* proviene del campo de la medicina donde se utiliza en un sentido negativo para designar deformidades y defectos físicos. De allí su connotación estigmatizante que distorsiona la naturaleza de las acciones al sugerir, de manera errónea, que su origen derivaría de alguna patología social<sup>424</sup>.

Por ello, en el contexto de la sociedad moderna, donde predominan diversas identidades y prácticas sociales moldeadas a partir de

421 ALONSO SALAZAR. *No nacimos pa' semilla: la cultura de las bandas juveniles de Medellín*, Bogotá, Aguilar, 2018.

422 THOMAS J. BERNARD. *The consensus-conflict debate: Form and content in social theories*, Nueva York, Columbia University Press, 1983, pp. 191 y ss.

423 PARSONS. *The structure of social action*, cit., pp. 237 y ss.

424 Ver, por ejemplo, JOEL BEST. "Whatever happened to social pathology? Conceptual fashions and the sociology of deviance", en TAMMY L. ANDERSON (ed.). *Understanding deviance: Connecting classical and contemporary perspectives*, Nueva York, Routledge, 2014, pp. 180 y ss.

interpretaciones intersubjetivas que constantemente dan lugar a nuevos significados, pensamientos y expectativas, la noción de desviación social resulta inadecuada para describir y analizar empíricamente la diversidad de nuevas formas de acción social que comparecen. La raíz de esta inadecuación radica en lo relativo y discutible de la supuesta legitimidad, valga decir autoridad y verdad, que respalda a las normas o expectativas prescritas por “otros”. Improcedencia, más en un mundo en que se generalizan visiones contradictorias y tensiones de poder en torno a la confiabilidad de los sistemas de regulación y de los expertos a cargo de su conducción, como lo ilustran las deficiencias en el manejo de riesgos globales como las crisis financieras, la pandemia y la crisis climática, al igual que de orden local como la inestabilidad política, las prácticas antidemocráticas, las actuaciones discriminatorias para favorecer privilegios o las catástrofes originadas en fallas previsibles.

En un resumen de las críticas más importantes a la teoría de la desviación, además de las ya anotadas, se encuentran: 1. Supone que las definiciones normativas de lo desviado son legítimas; 2. Reduce el problema del conflicto a una contradicción con una norma cuando son contradicciones entre distintos intereses e ideologías; 3. Es un concepto prescriptivo, no descriptivo, porque su referente son normas; 4. Sustituye la relación entre el “desviado” y quien alega la norma en su favor, por la relación entre el Estado y el “desviado”; 5. No explica desde el concepto por qué algunos obran de modo “desviado”; 6. Supone que los conformistas son la mayoría; 7. Da por sentado que “desviados” y conformistas lo son de modo coherente; 8. La noción se vuelve incongruente cuando el calificado como “desviado” no es, en verdad, autor de la transgresión que se le imputa; 9. El conformista es un siervo, siendo idealizada la mansedumbre, lo servil<sup>425</sup>. CIRUS RINALDI agrega que conlleva a una negación tajante, sin discusión, del pluralismo jurídico y valorativo<sup>426</sup>.

Las apreciaciones valorativas basadas en parámetros predefinidos por sistemas normativos para discriminar lo *normal* de lo *desviado*, resultan inadecuadas porque presumen de ser sabias, lo que la historia ha refutado. No siempre el derecho es justo, *ergo* legítimo. Interpretaciones desacertadas o definiciones ficticias sobre ciertas formas de acción social, como los saberes medicinales sobre las plantas de las mu-

425 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., pp. 107 y ss.

426 CIRUS RINALDI. *Deviazioni, devianza, devianze, divergenze*, Roma, SAS, 2009, p. 35.

jeros y el ciclo de los astros en los inicios de la modernidad, rindieron consecuencias abominables como la práctica de perseguir y quemar brujas. Otro ejemplo de cómo obra este mecanismo prescriptivo, es la idea según la cual la criminalidad sería un atributo inherente a ciertos sujetos, como en las normas antivagancia instauradas en muchas partes del mundo para explotar gratuitamente la fuerza de trabajo de los pobres, en especial del campo<sup>427</sup>.

La imputación que recae sobre determinadas prácticas sociales con la imposición de atributos que no les son inherentes, sino que pertenecen a ciertas apreciaciones valorativas sobre las mismas, es la manera como definiciones prescriptivas, entre ellas la de desviación social, incorporan dimensiones subjetivas extrañas a lo que pretenden describir. Ello favorece la aplicación ambigua de esta clase de definiciones, aunque se trate del mismo tipo de acción social, pues depende de si se observa en el contexto del propio grupo o de uno ajeno. Así por ejemplo, en algunos contextos, el estándar que otorga inmunidad calificada a un policía responsable de la muerte de un civil en desarrollo de un procedimiento es la apreciación subjetiva razonable del peligro que corre su vida en ese instante, mientras la reacción de temor del civil en el mismo procedimiento, en especial, si pertenece a un grupo socialmente discriminado, puede ser calificada como causa previsible del desenlace fatal<sup>428</sup>.

Otra deficiencia de las definiciones prescriptivas, reside en su propensión a yuxtaponer las conductas sociales contra normas o expectativas sociales no cumplidas como base de razonamiento para llegar a conclusiones sobre situaciones que se originan en conflictos de intereses. Estos análisis y las formas de razonamiento normativo y formalista que inducen, con facilidad conducen a excluir la indagación empírica de las condiciones sociales que influyen sobre el conflicto y su relación con quienes hayan establecido el estándar normativo que se aplica. Esa misma racionalidad formalista enfocada en el vínculo

427 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., pp. 83 y ss.

428 Ver KATHERINE MACFARLANE. "Foreseeable Police Shootings", *Columbia Law Review Forum*, vol. 119, n.º 8, 2019, pp. 283 a 301, disponible en [<https://columbialawreview.org/content/foreseeable-police-shootings/>]. Sobre el proceso denominado *alquimia moral* donde una misma acción social es interpretada o definida con connotaciones positivas en ciertos casos, y negativos en otros, ver MERTON. *Teoría y estructura sociales*, cit., pp. 512 y 513.

entre la norma y la acción desviada, conduce a excluir del trámite del conflicto a terceras partes cuyas afiliaciones y vínculos se intensifican o debilitan a raíz del mismo, desconociendo sus reclamos, presuntamente porque la norma trasgredida encarnaría y representaría los intereses comunes de toda la sociedad. De modo paradójico, desde la misma perspectiva de la racionalidad formalista, permanecen ajenas al ámbito de conocimiento de la sociología jurídica aquellas acciones que generan conflictos sociales y graves daños empíricamente verificables, en tanto no se hallen prescritas ni sancionadas por el sistema de control jurídico.

En breve, dado que la sociología jurídica combina elementos normativos del derecho y descriptivos de las ciencias sociales, el uso de definiciones prescriptivas como la de desviación social o la de criminalidad, en este contexto conduce a equívocos cuando se aplica a la descripción de acciones y prácticas sociales. Ignora la distinción entre dos esferas separadas y disímiles de la vida social como son el mundo subjetivo, interpretativo, de juicios de valor cuya justificación o legitimidad puede estimarse con base en el examen de su estructura lógica y calidad argumental, de una parte, y el mundo objetivo de las acciones y prácticas sociales observables sujetas de ser determinadas empíricamente como verdaderas o falsas, de otra.

La principal consecuencia de su aplicación en el análisis sociojurídico es que atribuye a la acción social propiedades que no le son inherentes en términos empíricos, sino que se derivan de juicios de valor que impregnan con razonamientos formalistas las decisiones que se toman en el proceso de control jurídico sobre una acción determinada. De esta manera, erróneamente se dota a la desviación social o a la criminalidad de una entidad empírica que no poseen, y se oculta el carácter esencialmente político de los procesos de criminalización o juridificación en la sociedad. Por último, muchas veces se encuentra que, lejos de representar los valores e intereses comunes de la sociedad, la función del control jurídico (penal, civil, administrativo, laboral, comercial, etc.) consiste en declarar el estatus de transgresor (criminal, antisocial, responsable, infractor) por medio de la selectividad y la emisión de una condena y su tránsito a cosa juzgada.

## VI. LA DIVERGENCIA SOCIAL

En las sociedades modernas, diversas por antonomasia, la incesante competencia, las rivalidades y las coaliciones resultantes dan origen a distintas identidades sociales y microculturas, que imprimen variadas expectativas en las acciones o prácticas sociales que se desarrollan en la cotidianidad. Un atributo principal de las sociedades diversas es el disenso en torno a formas de obrar y pensar, orientaciones guiadas por distintos valores, intereses, ideologías y experiencias sedimentadas, que se expresan e intercambian desde numerosas posiciones, condiciones sociales y de poder. Esto dará pie a conflictos, adopción de actitudes singulares antes las normas y formas específicas de reaccionar y clasificar o etiquetar a los disidentes<sup>429</sup>. La mayor novedad en las sociedades actuales no radica en la existencia de diferencias, sino en la concurrencia de un activismo superior de quienes reclaman, de un modo u otro, con razón o sin ella, el reconocimiento de derechos y el pluralismo o, de modo más simple, bienes y poder. Esto ha agudizado los conflictos en sociedades desiguales, como las latinoamericanas.

La diversidad es un factor que puede exacerbar el disenso y la conflictividad social, aunque no siempre es así. En ocasiones, ante un conflicto, por ejemplo, alguno de los actores involucrados puede elegir adecuar sus acciones o prácticas sociales para que converjan con las de su contraparte o interlocutor, a fin de ajustar sus actuaciones a una estrategia de negociación o para evitar un riesgo superior<sup>430</sup>. Así mismo, en otras oportunidades el actor con mayor poder en una situación de conflicto social puede optar por establecer límites dentro de los cuales las acciones y prácticas sociales resulten aceptables o al menos

429 Ver, por ejemplo, MICHEL MISSE. “Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria ‘bandido’”, *Lua Nova*, n.º 79, 2010, pp. 15 a 38, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67315839003>]. También, EDWIN MOLANO SIERRA. “Análisis poscolonial del discurso de la cultura del incumplimiento en Latinoamérica”, en *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 12, n.º 2, 2019, pp. 333 a 356, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/16931>].

430 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., p. 118; Puede verse también: GERMÁN SILVA GARCÍA. “La teoría della divergenza”, en CIRUS RINALDI y PIETRO SAITTA. *Devianze e crimine. Antologia ragionata di teorie classiche e contemporanee*, Varazze, PM Edizioni, 2017, pp. 535 a 544.

tolerables<sup>431</sup>. Por el contrario, en otros casos, los actores con mayor dominancia pueden elegir manipular e incluso destruir a los actores cuyas acciones o prácticas sociales rechazan<sup>432</sup>. Aún otro desenlace del disenso y la conflictividad que se desprenden de la diversidad social, es su aceptación y protección formal dentro del ordenamiento jurídico como resultado de la lucha por el reconocimiento de derechos y titularidades de ciertos grupos sociales<sup>433</sup>.

Como lo señala el análisis anterior, la diversidad de formas de acción social es un factor dinámico que conduce a mutaciones y adaptaciones dentro de la sociedad. Esta diversidad es además un atributo empíricamente observable en la sociedad, que no solo es susceptible de ser descrito, sino también explorado y analizado a partir de sus componentes, entre ellos, las distintas identidades sociales como los aspectos que condicionan su relacionamiento con el entorno.

La diversidad de las formas de acción social y los conflictos que se desprenden de ella, constituyen el ámbito en el que surge el concepto de *divergencia social*. Este, planteado por GERMÁN SILVA GARCÍA y desarrollado por CIRUS RINALDI, MORRIS GHEZZI, él y otros autores, es una fórmula alternativa derivada de la reacción crítica a la noción de desviación social. Es por ello, otra forma de describir y comprender las acciones sociales que interesan al derecho y al control social jurídico. Proviene del concepto geométrico que describe la relación entre dos líneas que al dibujarse sobre un plano se separan entre sí en la medida que se extienden. Su contrario son aquellas líneas que al prolongarse tienden a sobreponerse o conjuntarse en un punto de convergencia. En esta perspectiva, las interacciones en contextos de diversidad social se pueden conceptualizar como originadas en *puntos de encuentro* a los que acuden agentes con sus respectivas identidades sociales constituidas por sus condiciones personales, reputaciones, relaciones de poder, estatus, expectativas de rol, socializaciones, intereses, ideologías y experiencias acumuladas, con pretensiones rele-

431 KAI T. ERIKSON. "Notes on the sociology of deviance", *Social Problems*, vol. 9, n.º 4, 1962, pp. 307 a 314.

432 RINALDI. *Desviazioni, devianza, devianze, divergenze*, cit., p. 136.

433 MORRIS L. GHEZZI. "Per un pluralismo disfunzionale", en VINCENZO FERRARI, PAOLA ROFANI y SILVIA STABILE (eds.). *Conflitti e diritto nella società transnazionale*, Milán, Franco Angeli, 2001, pp. 485 y ss.

vantes cuya orientación define cada situación<sup>434</sup>. Esas orientaciones estarán definidas por los intereses e ideologías (valores, creencias, concepciones) de los actores que interactúan. Siempre condicionados por aspectos históricos y sociales, así como por aquellos asociados a sus circunstancias específicas de vida, los sujetos despliegan secuencias intencionadas de acciones sociales.

En ocasiones, encuentran coincidencias que posibilitan su alineación en proyectos comunes e, incluso, en coaliciones y alianzas. En otros casos, el encuentro e interacción de los sujetos, que no necesariamente son presenciales, da lugar a situaciones desde las cuales se desprenden secuencias o *líneas de acción social* que resultan divergentes entre sí, motivadas por diferencias de intereses o ideologías, y que como resultado de su proceso se apartan generando un *campo de separación* o tensión. La relación entre estas líneas de acción social, las dota con propiedades específicas: interdependencia, reciprocidad y contradicción dialéctica. Esto significa que cada línea actúa o reacciona según es percibida la otra, que ambas son mutua y simultáneamente divergentes y, finalmente, cada una contiene a la otra y a su vez representa su negación. En el campo de separación se hacen visibles las diferencias de intereses, actitudes, puntos de vista o ideologías que subyacen al conflicto. El conflicto social resultante será, por tanto, la consecuencia y no la causa de esta situación divergente<sup>435</sup>.

Se trata entonces, de una categoría (divergencia social) que describe una realidad fáctica y que, por ende, puede ser objeto de investigaciones empíricas. Es ajena a los juicios de valor, puesto que se limita a reconocer la diversidad que representa su esencia, sin adelantar valoraciones o hacer calificaciones<sup>436</sup>. La teoría de la divergencia social es una continuación, en un escenario microsocio, de la teoría sociológica conflictualista. Ubica las diferencias por intereses e ideologías como las variables que generan las situaciones de divergencia social y desatan el conflicto. De modo paralelo, entiende la convergencia social, el opuesto a la divergencia, como un resultado de la aceptación o comunidad sobre intereses e ideologías.

En el marco de la divergencia social, el conflicto que se deriva como consecuencia de acciones o prácticas sociales discordantes se

434 GERMÁN SILVA GARCÍA. "Le basi della teoria sociologica del delitto", en *Sociologia del Diritto*, vol. 27, n.º 2, 2000, pp. 119 a 135.

435 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., pp. 147 y ss.

436 GHEZZI. "Per un pluralismo disfuncionale", cit., pp. 485 y ss.

puede describir, analizar y comprender utilizando las diversas categorías y elementos desarrollados por la teoría de la acción social. Contrario a lo que sucede con definiciones prescriptivas como las de *desviación social* o *criminalidad*. Así, sin inducir a tomar partido en su calificación, el concepto de divergencia social ilumina las diversas dimensiones tanto de los conflictos sociales, como de las intervenciones formales o informales sobre los mismos, preservando su carácter descriptivo y analítico. Revela la complejidad del conflicto social que emerge de cada situación divergente a partir de la diversidad de los elementos que le dan origen, distinguiendo los predominios que se observan en el terreno discursivo, normativo y de poder<sup>437</sup>.

El análisis de la divergencia social abarca un espectro amplio de conflictividades sociales y de mecanismos que intervienen en su trámite. Una parte significativa de las situaciones en potencia divergentes, incluyendo aquellas originadas en conflictos vecinales o familiares, delitos, conflictos con el Estado o relativos a la gestión de lo público, suele permanecer latente; es decir, las partes no traban disputas para resolverlos. En este evento no hay divergencia social, pues ella no tiene expresión en el mundo material, por necesidad, conveniencia u obligación, esta no concurre y, en su reemplazo, de modo activo o pasivo, comparece un estado de convergencia.

Otra parte no despreciable de esta clase de situaciones se intentan tratar con arreglos directos. Tampoco es infrecuente que su trámite se realice con la mediación de normas sociales y dinámicas asociadas a referentes socialmente reconocidos de identidad cultural, religiosa, territorial o comunitaria, cuya eficacia y credibilidad dependen de su capacidad para incidir y controlar gran parte de la conflictividad social que ocurre en sus esferas de influencia y, en algunos casos, también de su capacidad para transformar las condiciones o normas que dan origen a patrones reiterados de conflictividad<sup>438</sup>. En los dos últimos casos descritos, se transita de estados de divergencia a situaciones de convergencia social.

437 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., pp. 114 y ss.

438 MIGUEL EMILIO LA ROTA, SEBASTIÁN LALINDE y RODRIGO UPRIMNY. *Encuesta nacional de necesidades jurídicas: análisis general y comparativo para tres poblaciones*, Bogotá, Dejusticia, 2013, disponible en [<https://www.dejusticia.org/publication/encuesta-nacional-de-necesidades-juridicas/>], pp. 34 y ss.



Hay distintas vías por las cuales las situaciones divergentes pueden llegar al conocimiento de las instituciones estatales y del derecho. En ocasiones, será por la alarma social que explota frente a acciones sociales divergentes asociadas con el uso de violencia, las cuales suelen ser muy visibles y atraen la intervención de las entidades a cargo del control jurídico, sobre todo, penal. En otros casos, estas intervenciones se derivan de quejas, denuncias o demandas formuladas ante autoridades administrativas o del sistema judicial por las partes involucradas en la situación divergente y el conflicto de intereses que se desenvuelve en consecuencia, a fin de enmarcarlo en la forma de una situación que amerita una decisión administrativa o judicial. Naturalmente, solo son admitidas para conocimiento y trámite administrativo o judicial aquellas manifestaciones de divergencia social que sean objeto de una selección jurídica, con fundamento en determinados criterios sociales, económicos, políticos y, desde luego, jurídicos. Esto supone un juicio de valor, una intervención desde la dimensión descriptiva de la vida social, de acuerdo con definiciones jurídicas, por medio de la ejecución y verificación de operaciones y procedimientos formales fijados por el propio ordenamiento jurídico.

En todos los ámbitos del derecho, no solo en el campo penal, el sistema de control jurídico interviene sobre aquellos conflictos originados en situaciones de divergencia social cuyas proporciones los hacen relevantes para su selección con base en los criterios antes referidos. La teoría sobre el *proceso de criminalización*, positiva o negativa, desarrollada en el terreno de lo penal<sup>439</sup>, en realidad, es aplicable con ligeros ajustes a todas las situaciones sociales que involucran conflictos, con independencia de cuál dimensión del derecho aparezca involucrada. Entonces, aun cuando GERMÁN SILVA GARCÍA desarrolló la teoría de la divergencia desde el ámbito de la sociología jurídica penal, como tipo específico de acción social, puede estar involucrada con cualquier área del derecho o especialidad del control social jurídico. Por tanto, no se hablará de proceso de criminalización, sino de *proceso de juridificación*, como aquel mediante el cual son seleccionadas determinadas acciones sociales divergentes, mediante ciertos criterios sociales, políticos, económicos, culturales y jurídicos, para definir las

como infracciones (ilícitos, delitos, contravenciones, faltas, etc.), y a sus autores como infractores.

Así, las acciones divergentes definidas como infracciones, adquieren un estatus jurídico que las diferencia de otras formas de acción social, pues las intervenciones del control las califican como delictivas, ilícitas, ilegales, contravencionales, etc. Por tanto, hay una indisoluble interrelación entre las acciones sociales divergentes, que pertenecen al universo de lo descriptivo, que son empíricamente verificables y, desde luego, se expresan en la realidad social y, por otra parte, las intervenciones de los sistemas de control jurídico, cuya naturaleza es prescriptiva y se manifiesta a partir de juicios de valor traducidos en definiciones que, como tales, no son empíricamente constatables, son productos de decisiones con una naturaleza discursiva. En esa relación, el control social jurídico interviene sobre la divergencia por medio de los procesos de juridificación a fin de controlarlas. En esta interdependencia, las acciones divergentes que pueden llegar a ser calificadas como infracciones, cambian para evadir la reacción del sistema de control jurídico, y este, a su vez, está obligado a transformarse para ajustarse a nuevas situaciones<sup>440</sup>.

También puede ocurrir que el sistema de control social jurídico admita la divergencia al hacer un reconocimiento de la diversidad. En esa hipótesis se arriba a una situación de *pluralismo*. Mientras la diversidad es el componente esencial de la divergencia, de índole descriptiva, que se expresa como diferencias por intereses o ideologías, el pluralismo es un atributo del control social, de naturaleza prescriptiva, que se expresa como un reconocimiento de la diversidad<sup>441</sup>. También el control social jurídico puede reaccionar con una postura de *tolerancia*, caso en el que admite la divergencia social, no la reprime, pero tampoco la reconoce, es decir, no la valora.

440 GERMÁN SILVA GARCÍA. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, *Derecho y Realidad*, vol. 10, n.º 19, 2012, pp. 159 a 182, disponible en [[https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/view/4885](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4885)].

441 SILVA GARCÍA. *Criminología: teoría sociológica del delito*, cit., pp. 118 y ss.

## VII. REFLEXIONES FINALES

La sociología, y como continuación especializada de ella, la sociología jurídica, no estudia un hecho social como una “cosa” a la manera de ÉMILE DURKHEIM pues esa idea carece de precisión. No son propiamente cosas, no son fenómenos ajenos a las personas como la erupción de un volcán o un terremoto u objetos como una silla o una casa, de lo que se trata es de la acción social. Es decir, son actuaciones humanas, aunque no de cualquier tipo, sino aquellas que tienen un sentido significativo para los demás, es decir, que inciden sobre otros. A ellas se dedicarían, por lo menos en primera instancia, los estudios de la sociología tal como lo señaló MAX WEBER<sup>442</sup>. Y así mismo, en principio, lo haría también su especialidad jurídica<sup>443</sup>.

Esos hechos sociales que, entonces, deben ser leídos como acciones sociales, constituían condiciones materiales e históricas que repercutían sobre la sociedad y podían ser examinados en ambos casos con independencia de sus actores. Pero en ese evento, porque es imprescindible hacer una diferenciación para ganar en claridad, se trataría de estructuras sociales, producto de múltiples interacciones sociales a lo largo de la historia que cobran autonomía propia y son distintas respecto de las acciones sociales que las originan. Donde, además, esas estructuras influyen, a veces de un modo relevante, sobre la manera como se expresan o desarrollan las acciones sociales.

De tal modo, las acciones sociales se desarrollan en razón de variables estructurales (macrosociales), aunque también dependientes de variables propias de la interacción social (microsociales). Esto plantea la necesidad de hacer una sociología integral que tenga en cuenta las dos dimensiones anteriores (macro y micro), pero que en este capítulo se limitó al estudio de la segunda, por ser la tarea asignada, pese a algunas referencias indispensables.

El estatus, los procesos de socialización, los roles sociales y las expectativas de rol, las definiciones de la situación, los micro/órdenes sociales, las condiciones de existencia social e histórica, los saberes compartidos, las redes sociales, los grupos de referencia, junto a los

442 WEBER. *Economía y sociedad*, cit., pp. 5 y ss.

443 En cuanto a que los individuos interactúan, participan de conflictos, etc., teniendo como referente al derecho: VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Dykinson, 2000, pp. 60 y 61.

perfiles de la personalidad y las bases biológicas, como en términos generales, las reglas de la interacción social, son las variables de mayor ascendencia en la definición de las acciones sociales. En esas condiciones influyen tanto sobre la divergencia y la convergencia sociales, como sobre la reacción social.

La sociología jurídica se enfoca, al menos en uno de los componentes fundamentales de su objeto de estudio, en el análisis de las actuaciones que las personas y grupos despliegan frente al derecho y las instituciones vinculadas al mismo; también en las formas en que el derecho repercute sobre estas, porque la relación es de ida y vuelta. Se enfoca, de igual manera, en las acciones de los operadores y agentes del control social jurídico cuando ponen en práctica el derecho.

La explicación precedente debe haber dejado en claro que la sociología del derecho no estudia todas las acciones sociales, pues de ello se ocupa la sociología general. Estudia aquellas que son o pueden ser de interés o incumben al derecho o, mejor, al control social jurídico, pues este es la especificidad que define a la disciplina. Lo hace, en concreto, respecto de dos tipos singulares de acciones sociales. Por una parte, aquellas acciones ejecutadas por los operadores y agentes jurídicos, ya que el control social se ejerce con el concurso de personas, mediante acciones, y este tipo de acción ha sido llamado reacción social. En segunda instancia, respecto de aquellas posiciones y actuaciones que adoptan el común de las personas frente al derecho y las instituciones relacionadas con este, esa clase de acciones, que poseen atributos y condiciones singulares dada su especificidad, han sido denominadas y entendidas de forma muy distinta a lo largo de la historia de la sociología jurídica, tal como ha dado cuenta este capítulo. Aquí han sido comprendidas como acciones sociales divergentes y convergentes.

En la sociedad moderna, la divergencia y la convergencia sociales permanecen como expresiones de la interacción social en el mundo empírico, como fenómenos pertenecientes a la dimensión descriptiva de la vida social. En el ámbito del derecho y sus instituciones adyacentes, las acciones sociales divergentes solo adquieren algún sentido jurídicamente prescriptivo luego de que, mediada una intervención del control social, se surta el proceso de juridificación vertido en su tipificación normativa y asignación de los efectos correspondientes dentro de parámetros establecidos por el propio ordenamiento jurídico. De este modo, muchas acciones sociales divergentes son censuradas como resultado de intervenciones del control social jurídico, mientras que a la par, otras, también divergentes, son objeto de protección jurídica.

El orden jurídico a través de la actividad legislativa y de la operación judicial, define la admisibilidad de intereses y valores diversos que son reconocidos en la sociedad bajo una perspectiva pluralista, o apenas tolerados, así como el contenido y alcance del reconocimiento de sus correspondientes pretensiones de titularidades o derechos. El control social jurídico rotula como lícitas o ilícitas las diversas prácticas instrumentadas por los grupos que abogan por el reconocimiento político y jurídico de sus intereses divergentes ante el Estado. Su connotación prescriptiva, como ilícitas o lícitas, no obedece a las características o atributos inherentes a la situación de divergencia social empírica que le haya dado origen; en vez, surge de un proceso contenido en parámetros políticos y reglas legales o sociales, de naturaleza prescriptiva, obedece a su proceso de juridificación.

## REFERENCIAS

- ALLONES PÉREZ, CARLOS. “Teoría de la acción social: propuesta de un método”, *RIPS. Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, vol. 4, n.º 2, 2005, pp. 57 a 68, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/380/38040204.pdf>].
- ÁVILA MARTÍNEZ, ARIEL y BERNARDO PÉREZ SALAZAR.  *Mercados de criminalidad en Bogotá*, Bogotá, Taller de Edición Rocca y Corporación Nuevo Arco Iris, 2011.
- BECKER, GARY. “Crime and punishment: An economic approach”, *Journal of Political Economy*, vol. 76, n.º 2, 1968, pp. 169 a 217.
- BECKER, HOWARD.  *Outsiders: hacia una sociología de la desviación*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.
- BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN.  *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991.
- BERNARD, THOMAS J.  *The consensus-conflict debate: Form and content in social theories*, Nueva York, Columbia University Press, 1983.

- BEST, JOEL. "Whatever happened to social pathology? Conceptual fashions and the sociology of deviance", en TAMMY L. ANDERSON (ed.). *Understanding deviance: Connecting classical and contemporary perspectives*, Nueva York, Routledge, 2014.
- BOURDIEU, PIERRE. *Outline of a theory of practice*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977.
- BROOM, LEONARD y PHILIP SELZNICK. *Sociología*, México, Continental, 1979.
- BROWN, STEPHEN E.; FINN-AAGE ESBENSEN y GILBERT GEIS. *Criminology. Explaining crime and its context*, 4.<sup>a</sup> ed., Cincinnati, Anderson Publishing, 2001.
- CALHOUN; CRAIG, DONALD LIGHT y SUZANNE KELLER. *Sociología*, 7.<sup>a</sup> ed., Madrid, McGraw Hill, 1997.
- CALVO GARCÍA, MANUEL. *Teoría del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 2000.
- COHEN, IRA J. *Structuration theory: Anthony Giddens and the constitution of social life (theoretical traditions in the social sciences)*, Londres, Macmillan, 1989.
- COTTERRELL, ROGER. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *La justicia sometida. Análisis sociológico de una sentencia*, México, Miguel Ángel Porrúa - UNAM, 2000.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *Análisis sociológico del caso Stanley. La construcción social de las verdades jurídicas*, México, UNAM - SITESA, 2004.
- DAHRENDORF, RALF. *Homo sociologicus*, Madrid, Akal, 1975.
- DÍAZ GARCÍA, ELÍAS. *Sociología y filosofía del derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Taurus, 1980.

DURÁN HERAS, MARÍA ÁNGELES. “Las bases biológicas de la estructura social”, en SALUSTIANO DEL CAMPO (ed.). *Tratado de sociología*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Taurus, 1992.

DURKHEIM, ÉMILE. *Las reglas del método sociológico*, Barcelona, Folio, 2002.

ERIKSON, KAI T. “Notes on the sociology of deviance”, *Social Problems*, vol. 9, n.º 4, 1962, pp. 307 a 314.

FERRARI, VINCENZO. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989.

FERRARI, VINCENZO. “Los status quaestionis della sociologia del diritto”, en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.

FERRARI, VINCENZO. *Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Dykinson, 2000.

FERREIRA, ANTÔNIO CASIMIRO. *Sociologia do direito uma abordagem sociopolítica*, Porto, Vida Económica, 2019.

FORD, JAMES. *Social Deviation*, Nueva York, Macmillan, 1939.

FOUCAULT, MICHEL. *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, 1990.

FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1995.

GHEZZI, MORRIS L. “Per un pluralismo disfunzionale”, en VINCENZO FERRARI, PAOLA ROFANI y SILVIA STABILE (eds.). *Conflitti e diritto nella società transnazionale*, Milán, Franco Angeli, 2001.

GIDDENS, ANTHONY. *Central problems in social theory: Action, structure and contradiction in social analysis*, Londres, Macmillan, 1979.

- GIDDENS, ANTHONY. *Las nuevas reglas del método sociológico*, Buenos Aires, Amorrortu, 1997.
- GIDDENS, ANTHONY. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu, 1998.
- GOFFMAN, ERVING. *Interaction ritual: Essay on face-to-face interaction*, Garden City, NY, Anchor Books, 1967.
- GOFFMAN, ERVING. *Estigma: la identidad social deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. *Procesos de selección penal negativa*, Bogotá, Universidad Libre, 2013.
- GUARNIERI, CARLO y PATRIZIA PEDERZOLI. *Los jueces y la política: poder judicial y democracia*, Madrid, Taurus, 1999.
- HABERMAS, JÜRGEN. *Teoría de la acción comunicativa: racionalidad de la acción y racionalización social*, t. 1, Madrid, Taurus, 1992.
- HERRERA GÓMEZ, MANUEL y ROSA MARÍA SORIANO MIRAS. “La teoría de la acción social de Erving Goffman”, *Papers*, n.º 73, 2004, pp. 59 a 79.
- IGLESIAS DE USSEL, JULIO. “Socialización y control social”, en SALUSTIANO DEL CAMPO (ed.), *Tratado de sociología*, vol. 1, 2.ª ed., Madrid Taurus, 1992.
- KENNEDY, DUNCAN. “L’enseignement du droit et la reproduction des hiérarchies professionnelles”, en *Les professionnels et la reproduction du droit*, Vaucresson, 1985.
- LA ROTA, MIGUEL EMILIO; SEBASTIÁN LALINDE y RODRIGO UPRIMNY. *Encuesta nacional de necesidades jurídicas: análisis general y comparativo para tres poblaciones*, Bogotá, Dejusticia, 2013, disponible en [<https://www.dejusticia.org/publication/encuesta-nacional-de-necesidades-juridicas/>].



- LEMERT, EDWIN. "Primary and secondary deviation", en EARL RUBINGTON y MARTIN S. WEINBERG. *Deviance. The interactionist perspective*, 3.<sup>a</sup> ed., Nueva York, Macmillan, 1978.
- LUCKMANN, THOMAS. *Teoría de la acción social*, Barcelona, Paidós, 1996.
- LUMIA, GIUSEPPE. *Principios de teoría e ideología del derecho*, Madrid, Debate, 1989.
- LUTZ, BRUNO. "La acción social en la teoría sociológica: una aproximación", *Argumentos*, vol. 23, n.º 64, 2010, pp. 199 a 218, disponible en [<https://argumentos.xoc.uam.mx/index.php/argumentos/article/view/326>].
- MACFARLANE, KATHERINE. "Foreseeable Police Shootings", *Columbia Law Review Forum*, vol. 119, n.º 8, 2019, pp. 283 a 301, disponible en [<https://columbialawreview.org/content/foreseeable-police-shootings/>].
- MANIS, JEROME y BERNARD MELTZER. *Symbolic interaction: A reader in social psychology*, 3.<sup>a</sup> ed., Boston, Allyn and Bacon, 1978.
- MARX, KARL. *Contribución a la crítica de la economía política*, 9.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Siglo XXI, 2008.
- MARX, KARL y FRIEDRICH ENGELS. *La ideología alemana*, 5.<sup>a</sup> ed., Barcelona, Pueblos Unidos y Grijalbo, 1970.
- MARX, KARL y FRIEDRICH ENGELS. *Tesis sobre Feurbach y otros escritos filosóficos*, Caracas, Fundación Editorial El perro y la rana, 2010.
- MEAD, GEORGE HERBERT. *Espíritu, persona y sociedad*, México, D. F., Paidós, 1993.
- MERTON, ROBERT K. *Teoría y estructura sociales*, 4.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2002.

- MISSE, MICHEL. “Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria 'bandido'”, *Lua Nova*, n.º 79, 2010, pp. 15 a 38, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67315839003>].
- MOLANO SIERRA, EDWIN. “Análisis poscolonial del discurso de la cultura del incumplimiento en Latinoamérica”, en *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 12, n.º 2, 2019, pp. 333 a 356, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/16931>].
- PARSONS, TALCOTT. *The structure of social action*, Nueva York, The Free Press, 1949.
- PARSONS, TALCOTT. *El sistema social*, Madrid, Revista de Occidente, 1966.
- PLUMMER, KEN. *Symbolic interactionism*, tt. I y II, Aldershot, Edward Elgar, 1999.
- RINALDI, CIRUS. *Desviazioni, devianza, devianze, divergenze*, Roma, SAS, 2009.
- RITZER, GEORGE. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill, 1993.
- SALAZAR, ALONSO. *No nacimos pa' semilla: la cultura de las bandas juveniles de Medellín*, Bogotá, Aguilar, 2018.
- SCHUR, EDWIN. *Labeling deviant behavior*, Nueva York, Harper & Row, 1971.
- SCHUTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962.
- SCHUTZ, ALFRED y THOMAS LUCKMANN. *The structure of the life world*, t. II, Evanston, IL, Northwestern University Press, 1989.

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, en *Memorias del Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Le basi della teoria sociologica del delitto”, en *Sociologia del Diritto*, vol. 27, n.º 2, 2000, pp. 119 a 135.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. II: Las prácticas jurídicas, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología: teoría sociológica del delito*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2011, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “De la desviación a la divergencia: introducción a la teoría sociológica del delito”, *Derecho y Realidad*, vol. 10, n.º 19, 2012, pp. 159 a 182, disponible en [[https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho\\_realidad/article/view/4885](https://revistas.uptc.edu.co/index.php/derecho_realidad/article/view/4885)].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La teoria della divergenza”, en CIRUS RINALDI y PIETRO SAITTA. *Devianze e crimine. Antologia ragionata di teorie classiche e contemporanee*, Varazze, PM Edizioni, 2017.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “¿El derecho es puro cuento? Análisis crítico de la sociología jurídica integral”, *Novum Jus*, vol. 16, n.º 2, 2022, pp. 49 a 75, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/4676>].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Nuevas estrategias de construcción de la realidad del delito en el orden de las sociedades en red”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º Esp. 2, 2019, pp. 123 a 132, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27432>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN; FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Das distorções da criminologia do Norte global a uma nova cosmovisão na criminologia do Sul”, *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, vol. 15, n.º 1, 2022, pp. 179 a 199, disponible en [<https://revistas.ufrj.br/index.php/dilemas/article/view/37961>].
- SIMMEL, GEORG. *The sociology of Georg Simmel*, KURT H. WOLFF (ed.), Glencoe, IL, The Free Press, 1950.
- STONES, ROB. “Theories of social action”, en BRIAN S. TURNER (ed.). *The Blackwell companion to social theory*, Londres, Wiley-Blackwell, 2009.
- TANNENBAUM, FRANK. *Crime and community*, Nueva York, Columbia University, 1938.
- TURK, AUSTIN T. *Criminality and legal order*, Chicago, Rand McNally, 1972.
- VOLD, GEORGE B. *Theoretical criminology*, 4.ª ed., Nueva York, Oxford University, 1967.
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1964.
- ZIMBARDO, PHILIP. *El efecto Lucifer. El porqué de la maldad*, Barcelona, Paidós, 2008.







## CAPÍTULO QUINTO

## Educación jurídica: consolidación de un campo y antecedentes

ERIC EDUARDO PALMA<sup>444</sup>MARÍA FRANCISCA ELGUETA<sup>445</sup>

444 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile, Abogado y Magíster en Historia de la Universidad de Chile, Doctor en Derecho de la Universidad de Valladolid (España). Diplomado en Pedagogía Universitaria de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile), Diplomado en Gestión Universitaria de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile). Profesor titular (catedrático) Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: [epalmag@derecho.uchile.cl] ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-8804-6278].

445 Doctora en Educación de la Universidad de Valladolid (España), Diplomada en Pedagogía Universitaria de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile), Diplomada en Gestión Universitaria de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile). Profesora de la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación (Chile), Directora de la Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho, Directora de la *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, Profesora invitada Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Contacto: [cpudd2@derecho.uchile.cl] ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4212-3960].



## I. INTRODUCCIÓN

Pretendemos en este capítulo caracterizar la educación jurídica en estrecha vinculación con la sociología del derecho, para lo cual distinguiremos etapas y daremos una mirada global a la actividad latinoamericana. Dado el número relevante de países involucrados, aspiramos a identificar líneas gruesas que, con más o menos ajustes, puedan ser de utilidad para pensar el fenómeno en nuestras naciones.

Un conjunto de preguntas inspiró nuestra reflexión: ¿qué cambios están operando en nuestras sociedades latinoamericanas en el plano de la organización social y la cultura, y qué impacto han tenido en el derecho y la cultura jurídica?, como consecuencia de estos cambios, ¿estamos viviendo una nueva etapa de la historia de los estudios sobre educación jurídica?, ¿qué contribución ha venido haciendo en este sentido la sociología jurídica y la investigación empírica?, ¿esta nueva etapa se da en un contexto de un campo de estudio consolidado tratándose de la pedagogía jurídica?, los datos con que se cuenta ¿permiten sostener que estamos en presencia de una disciplina en vías de formación o sólo se trata de la delimitación de su objeto de estudio?

Trabajamos con la hipótesis de la existencia de una nueva etapa en la historia de los fenómenos de reforma de la educación jurídica, proceso que lleva a la consolidación de un campo de estudio y genera expectativas razonables sobre la emergencia de la pedagogía jurídica como disciplina<sup>446</sup>.

## II. CUATRO MOMENTOS EN EL INTERÉS POR LA REFORMA DE LA EDUCACIÓN JURÍDICA

ROGELIO PÉREZ PERDOMO ha dicho respecto de la proyección en el tiempo de la idea de reformar la enseñanza del derecho que para:

Para otros, más escépticos o viejos, las reformas sucesivas son esfuerzos grandes, como el de Sísifo arrastrando la piedra, para que al final del día la piedra vuelva a su mismo lu-

446

Este trabajo de investigación se efectuó en el contexto de las obligaciones del Plan de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

gar. Esto es lo que explicaría que la reforma de la educación jurídica permanezca en agenda desde hace tanto tiempo<sup>447</sup>.

Una mirada secular (fines del siglo XIX a fines del siglo XX), nos indica que a lo largo de 100 años los profesores que se han interesado por la educación jurídica han reflexionado de modo crítico sobre cómo se enseña derecho. Esta preocupación presenta una muy importante continuidad y permite identificar el énfasis de la reflexión: la didáctica tiene un papel central junto a la discusión sobre la universidad y el currículum. Se ha desplazado a un lugar marginal el interés por el profesorado, los estudiantes y la organización de la escuela de derecho, entre otros aspectos<sup>448</sup>.

En la primera fase, que proponemos fechar entre 1890 y 1950, es posible reconocer en distintos países un interés en pensar una nueva universidad con ocasión de la crisis del Estado liberal burgués provocada por la llamada cuestión social. A propósito de la caracterización de un nuevo rol para ella en la sociedad, se cuestionó la enseñanza universitaria y la enseñanza del derecho.

A las críticas de fines del siglo XIX y principios del XX, representada entre otros, por los profesores españoles RAFAEL ALTAMIRA y ADOLFO POSADA<sup>449</sup> (exponentes de la corriente del krausismo que impactó también en Uruguay y Argentina)<sup>450</sup>, por el chileno VALENTÍN LETE-

447 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Reformar la educación jurídica: ¿tarea para Sísifo?”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 3, n.º 1, 2016, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/41911>], p. 3.

448 Las expresiones “docencia universitaria”, “didáctica” y “pedagogía universitaria”, no son términos sinónimos. Las voces pedagogía y docencia se refieren a un conjunto de elementos de tipo estructural, aunque la pedagogía se ocupó de reflexionar la idea misma de universidad superando los alcances organizacionales característicos de la docencia. La primera se usó intensamente en el siglo XX y hoy se ha hecho dominante la segunda. La didáctica por su parte está referida al trabajo de aula, su diseño, implementación y evaluación.

449 LUIS LLOREDO ALIX. “Rafael Altamira y Adolfo Posada: dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica”, *Rechtsgeschichte - Legal History*, n.º 20, 2012, pp. 209 a 233, disponible en [[http://rg.rg.mpg.de/de/article\\_id/789](http://rg.rg.mpg.de/de/article_id/789)].

450 El krausismo, filosofía derivada de KARL KRAUSE, implicó en España un movimiento liberal progresista, partidario de separar la Iglesia del Estado. Declarado a favor de la institución libre de enseñanza, encontró allí las bases de la autonomía universitaria y de la educación laica. Influyó también en cuestiones prácticas como las residencias de estudiantes.

LIER<sup>451</sup> y el uruguayo CARLOS VAZ FERREIRA<sup>452</sup>, se sumó la invectiva de la juventud universitaria que reclamó en 1918 desde Córdoba, el derecho/deber de pensar un proyecto de nueva universidad latinoamericana. Este implicaba, entre otros aspectos, modificar los procedimientos de enseñanza:

Los métodos docentes estaban viciados de un estrecho dogmatismo, contribuyendo a mantener a la Universidad apartada de la Ciencia y de las disciplinas modernas. Las lecciones, encerradas en la repetición interminable de viejos textos, amparaban el espíritu de rutina y de sumisión. Los cuerpos universitarios, celosos guardianes de los dogmas, trataban de mantener en clausura a la juventud, creyendo que la conspiración del silencio puede ser ejercitada en contra de la Ciencia<sup>453</sup>.

En 1920 en Perú, la juventud universitaria reunida en el Primer Congreso Nacional de Estudiantes propuso la formación de la Universidad Popular, señalando respecto de la enseñanza: “7. La enseñanza será metódica, ordenada, sencilla y eminentemente objetiva (cinematógrafo, vistas fijas, cuadros murales, etc.), haciéndose ella por lecciones y conversaciones y sirviendo la conferencia sólo como síntesis y complemento de estas. 8. La enseñanza deberá estar exenta de todo espíritu dogmático y partidarista”<sup>454</sup>. La misma idea se expresó en 1921 en México, en el Primer Congreso Internacional de Estudiantes. La acción vivificadora y salvadora de la juventud la habían alentado desde media-

451 Linares, 16 de diciembre de 1852 - Santiago, 19 o 20 de junio de 1919.

452 Montevideo, 15 de octubre de 1872 – íd., 3 de enero de 1958.

453 ENRIQUE F. BARROS, HORACIO VALDÉS, ISMAEL C. BORDABEHERE, GURMENSINDO SAYAGO, ALFREDO CASTELLANOS, LUIS M. MÉNDEZ, JORGE L. BAZANTE, CEFERINO GARZÓN MACEDA, JULIO MOLINA, CARLOS SUÁREZ PINTO, EMILIO R. BIAGOSCH, ANGEL J. NIGRO, NATALIO J. SAIBENE, ANTONIO MEDINA ALLENDE y ERNESTO GARZÓN. *Manifiesto liminar*, Córdoba, 21 de junio de 1918, disponible en [<https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/manifiesto-liminar>].

454 DARDO CÚNEO (comp.). *La reforma universitaria 1918-1930*, s.l, Fundación Biblioteca Ayacucho, 1988, disponible en [[https://www.clacso.org.ar/biblioteca\\_ayacucho/detalle.php?id\\_libro=1630](https://www.clacso.org.ar/biblioteca_ayacucho/detalle.php?id_libro=1630)], p. 31.

dos del siglo XIX el chileno FRANCISCO BILBAO<sup>455</sup>, el peruano MANUEL GONZÁLEZ PRADA<sup>456</sup> y en 1900 el uruguayo JOSÉ ENRIQUE RODÓ<sup>457</sup>.

La comprensión de la crisis contó con los instrumentos de una naciente ciencia social, la sociología, que hizo del derecho su objeto de estudio para comprender su génesis y transformaciones. A fines del siglo XIX y principios del XX, el incipiente saber sociológico puso en tela de juicio una aproximación formalista para el conocimiento del derecho, promoviendo la transformación de la malla curricular, así como de la clase meramente expositiva. La formación jurídica requería de otras disciplinas para comprender su dimensión social, por ende, la nueva visión de la enseñanza criticó la aproximación sustantiva a la idea de derecho a través del conocimiento acabado del Código, así como a la memorización como medida del saber jurídico: saber puramente abstracto y centrado en el dominio de las interpretaciones exegeticas de los códigos<sup>458</sup>. Es característica de esta fase la dicotomía entre formación para la investigación/formación para la práctica. Los impulsores de la reflexión sobre la enseñanza del derecho defendían la formación de habilidades investigadoras y reprobaban la formación al uso como puramente técnica. El dominio de las normas para su aplicación era comprendido como dimensión práctica del derecho<sup>459</sup>. Es importante destacar que ello no implicaba enseñar la jurisprudencia de los tribunales.

La segunda fase, que va desde 1960 a principios de 1970, se caracterizó por darle un nuevo sentido al debate. La investigación se puso al servicio de la transformación social que es entendida como superación del capitalismo y no como mera corrección. La demanda de incorporación de cátedras que tensionaran la formación dada a partir de los códigos burgueses, profundizó la crítica de la primera fase: la

455 Santiago, 9 de enero de 1823 - Buenos Aires, 19 de febrero de 1865.

456 Lima, 5 de enero de 1844 - íd., 22 de julio de 1918.

457 Montevideo, 15 de julio de 1871 - Palermo, Reino de Italia, 1.º de mayo de 1917.

458 VALENTÍN LETELIER. "Teoría de la enseñanza universitaria", *Anales de la Universidad de Chile*, año 115, serie 4, n.º 105, 1957, pp. 99 a 124, disponible en [<https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/18976>]; ANÍBAL BASCUÑÁN VALDÉS. *Pedagogía jurídica*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1954.

459 JUAN ANTONIO IRIBARREN. "Los estudios jurídico sociales", *Anales de la Universidad de Chile*, n.º 72, tomo 134, 1914, pp. 421 a 542, disponible en [<https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/24887>].

sociología del derecho, la antropología jurídica y la metodología de la investigación debían preparar a las nuevas generaciones de abogados que acompañarían la transformación del capitalismo. La novedad de la etapa radica en que la investigación buscó ocuparse de la práctica, no entendida como el dominio de las interpretaciones exegeticas, sino como uso social del derecho. Surge el interés por la actividad de los jueces: se los identifica como responsables de la mantención de un derecho burgués que debe ser comprendido en sus mecanismos de operación para ser superado.

Esta nueva perspectiva, que implicó dirigir la investigación al uso social del derecho, no solo fue impulsada por partidos políticos de centro izquierda (inspirados en la tesis del desarrollismo) e izquierda, sino también por el gobierno norteamericano (Alianza para el Progreso<sup>460</sup>), y por fundaciones (como la Ford) que aspiraban a la modernización del capitalismo en América Latina contando con la colaboración de centros universitarios (entre los que destacan las universidades de Harvard, Stanford y Wisconsin).

La Pontificia Universidad Católica del Perú, apoyada económicamente por la Fundación Ford, implementó una reforma de los estudios inspirada en los métodos de clase activa practicados en Estados Unidos. Se ha dicho que “en su versión fuerte, el movimiento reformista expresaba su disconformidad con el ‘orden establecido’; sugería, por tanto, la necesidad de cambiar en forma ‘radical’ el modelo de enseñanza en la perspectiva de promover cambios sociales”<sup>461</sup>. A partir de esta reforma iniciada en 1965, la literatura sostiene que los estudios de derecho de esta institución universitaria se han convertido en referente de una modernización que no retrocedió a pesar de los vaivenes de la política. Con la entrada en vigencia de la reforma de 1967, “se marcó una notoria diferencia con la tradición previa: además de continuar con la idea de los cursos electivos, se puso énfasis en el método activo y se incorporaron cursos tales como sociología del derecho y metodología del aprendizaje jurídico”<sup>462</sup>.

460 Véase [<https://www.usaid.gov/who-we-are/usaid-history>].

461 GORKI GONZALES MANTILLA. “La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades”, *Derecho PUCP*, n.º 56, 2003, pp. 889 a 944, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10600>], p. 897.

462 *Ibíd.*, p. 898. Para la comprensión del alcance del fenómeno en Perú, puede verse también LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA. *La reforma de la enseñanza*

Desde Colombia, la Fundación Ford impulsó la creación de la Asociación para la Reforma de la Enseñanza del Derecho –ARED–, que fue decisiva para la creación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes. En ella se instauró por primera vez en el país la experiencia de la clínica jurídica. Como señalan FERNANDO CEPEDA ULLOA y LUIS FERNANDO MOLINA esta iniciativa involucró a la Pontificia Universidad Católica del Perú, a la Pontificia Universidad Católica de Chile, a la Universidad Santo Tomás de Colombia y a la de Río Piedras de Puerto Rico. Su propósito declarado era mostrar la posibilidad de trasladar a América Latina la metodología de enseñanza típica de la formación en los Estados Unidos<sup>463</sup>.

ROGELIO PÉREZ PERDOMO destaca que este esfuerzo (denominado movimiento derecho y desarrollo) corrió paralelo a otras iniciativas latinoamericanas, incluso gestadas con anterioridad, como ocurrió con el caso de Brasil. Coincide en que el balance del impacto es negativo. Sin embargo, llama la atención que el retiro de los profesores estadounidenses no implicó que cesarán los intentos de transformación impulsados por nacionales de distintos países<sup>464</sup>.

En esta etapa se realizaron encuentros a las que concurrieron facultades de derecho de varias latitudes: México, D. F. (1959), Lima (1961), Santiago (1963), Montevideo (1965) y Córdoba en Argentina (1974).

La fase se caracterizó por el intento de hacer de la sociología la disciplina que cambiaría la aproximación a la idea de derecho, así como su enseñanza. El código y los manuales solo eran expresión de una dimensión. La formación jurídica necesitaba de la comprensión cabal del fenómeno jurídico que se lograba conociendo los usos sociales del mismo. También trajo consigo una reflexión acerca de la idea de universidad.

---

*del derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP en las décadas del sesenta y setenta del siglo XX*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2019, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/136936>].

463 FERNANDO CEPEDA ULLOA y LUIS FERNANDO MOLINA LONDOÑO. *La Fundación Ford en Colombia (1962-2012)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2020.

464 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “El movimiento de Derecho y desarrollo y los intentos de cambio en los estudios jurídicos”, en JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, LUIS PIZARRO ARANGUREN y CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (eds.). *Homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181696>].

El tercer momento, que va desde la instalación de las dictaduras a la recuperación de la democracia, y que en términos generales puede situarse entre las décadas de 1970 y 1990, se caracterizó por el retorno a la formación exegética o dogmático-sistemática. Hay un retroceso en las reformas de 1970 y las mallas expulsan a las cátedras que conectaban al derecho con las ciencias sociales, o bien se las priva de su función emancipatoria. Desde México, el profesor chileno JORGE WITKER, condenado al exilio por la dictadura militar, logró sortear la represión contra la innovación y publicó en 1976 *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho* y en 1975 su libro *La enseñanza del derecho. Crítica metodológica*<sup>465</sup>.

En estas etapas se detecta una conexión entre la emergencia de la sociología jurídica y la preocupación por la enseñanza y la investigación. Para el caso chileno, la conexión la realiza el fundador de la sociología jurídica en ese país, el insigne VALENTÍN LETELIER. Su auge en la década de 1960 y principios de 1970, que se manifestó en la fundación del Instituto de Docencia e Investigación Jurídica, implicó que uno de los campos de estudio de la sociología fuese la educación jurídica y su transformación<sup>466</sup>. Es altamente probable que algo semejante ocurriera en toda América del Sur. Para el caso chileno, argentino y colombiano, por señalar algunos ejemplos, la vinculación es estrecha<sup>467</sup>.

465 JORGE WITKER. *La enseñanza del derecho: crítica metodológica*, México, D. F., Edit. Nacional, 1977; JORGE WITKER. *Los problemas de la enseñanza del derecho*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1978; JORGE WITKER. *Lineamientos metodológicos y técnicas para el aprendizaje del derecho*, México, D. F., Porrúa, 1987; JORGE WITKER. *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.

466 Véase por todo, el importante trabajo de EDMUNDO FUENZALIDA. “Derecho y cultura jurídica en Chile”, en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pp. 195 a 230. El Instituto publicó un Boletín entre 1971 y 1975.

467 MANUELA GONZÁLEZ, MARÍA GABRIELA MARANO, CAROLA BIANCO y MARÍA CECILIA CARRERA. “Estado del arte de la educación jurídica a diez años del Congreso Nacional de Sociología Jurídica”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 9, n.º 17, 2011, pp. 175 a 218, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/17/estado-del-arte-de-la-educacion-juridica.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/17/estado-del-arte-de-la-educacion-juridica.pdf)]; ANTONIO MILLA. “Ranking y estado de la investigación en las facultades de derecho en Colombia”, *Revista Republicana*, n.º 25, 2018 pp. 87 a 116, disponible en [<http://ojs>.

Entre 1890 y 1950 se dio una interesante aproximación de tres campos de estudios incipientes: sociología del derecho, historia del derecho y educación jurídica. Esta confluencia se comprende como la articulación de saberes críticos con una formación profesionalizante. Solo dos de ellos alcanzaron el estatus de disciplina en este tiempo más que centenario. ¿Por qué no lo logró la pedagogía jurídica?, a modo de hipótesis, sostenemos que existen varias explicaciones estrechamente vinculadas: 1. Por su carácter de conocimiento subordinado, esto es, porque estuvo al servicio de la crítica de una malla curricular que se quería modificar para permitir el ingreso de estos dos nuevos saberes que nacen hermanados (la historia del derecho es considerada por LETELIER como sociología más historia de la legislación); 2. Porque las figuras que sostuvieron el discurso crítico de la enseñanza se ocuparon principalmente de la proyección de la disciplina jurídica que cultivaban; 3. Porque ningún jurista fue reconocido como didacta del derecho, esto es, un experto cuyo dominio disciplinar es la pedagogía jurídica<sup>468</sup>.

La producción de conocimiento en torno a la educación jurídica desde fines del siglo XIX y hasta la década de 1970, es una manifestación de la crisis de la primera formulación del derecho liberal burgués provocada por la cuestión social. La crítica se profundizó a lo largo del siglo XX generando como reacción los golpes de Estado de las décadas de 1960 y 1970. Esto marca una relevante diferencia con los primeros años del siglo XXI en que la preocupación acerca de cómo se enseña en la universidad, y por ende en las facultades de derecho, se inserta en la implementación de políticas para el éxito de la globalización capitalista y la ideología neoliberal que la sostiene.

En países como Ecuador, Bolivia, Chile, México y Brasil, la irrupción del movimiento indigenista, del movimiento estudiantil escolar y universitario (cabe resaltar la tesis según la cual la participación estudiantil es un elemento de identidad característico de la universidad la-

---

[urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/%20view/486](http://urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/%20view/486)]; JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTINEZ. “La educación legal y los centros de investigación sociojurídica en Colombia”, en INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS. *La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2009, pp. 73 a 102.

468 Para la noción de didacta del derecho, véase ERIC EDUARDO PALMA G. y MARÍA FRANCISCA ELGUETA R. *Aprendizaje y didáctica del derecho*, México, D. F., Tirant lo Blanch, 2019.



tinoamericana<sup>469</sup>), del movimiento feminista y de la diversidad sexual, configuran un nuevo conjunto de fuerzas que se suman al construido por la globalización capitalista para la reforma de la enseñanza del derecho. Ambas fuerzas, incluso siendo opuestas, refuerzan la pedagogía jurídica en la medida que cuestionan las formas tradicionales de la enseñanza del derecho.

El momento actual, la cuarta fase, que se inicia en el siglo XXI, se caracteriza por un retorno al interés por la práctica, pero esta vez se trata del ejercicio de la profesión, no del dominio de la interpretación exegética y menos del uso social del derecho. La enseñanza debe habilitar para el desempeño profesional en un nuevo contexto socioeconómico caracterizado por la innovación, el emprendimiento, la formación continua y la internacionalización.

La voz de aprendizaje se promueve para criticar y superar la enseñanza tradicional del derecho. Las metodologías activas, promocionadas sin éxito por los centros universitarios norteamericanos en la década de 1970, se popularizan y tensionan todo el proceso formativo. El dominio del código, vara de medida del aprendizaje desde su puesta en vigencia a mediados del siglo XIX, es puesto en tela de juicio como norte del proceso formativo.

La sociología jurídica ha demostrado en las últimas décadas que la concepción que el académico tiene acerca del derecho, así como su cultura jurídica, influye en cómo se enseña y, por ende, en el aprendizaje de los estudiantes<sup>470</sup>. Esto permite sostener que la pedagogía jurídica no solo se justifica en coyunturas de reforma, sino permanen-

469 RAFAEL GUARGA (COORD.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba. Hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, p. 16.

470 Véase por todo, NANCY CARDINAUX. “Las investigaciones sobre educación legal universitaria en la Argentina: diagnósticos y perspectivas”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 2 n.º 1, 2015, pp. 13 a 39, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/36701>]; FORERO MEDINA, HENRY y JOSÉ DANIEL FONSECA SANDOVAL. “Educación jurídica para la dominación: de la pedagogía moderna iuspositivista a la pedagogía crítica transdisciplinar y pluricultural”, *Iberoamérica*, vol. 20, n.º 1, 2018, pp. 63 a 140; FÉLIX MORALES LUNA. “Cambios en Derecho, cambios en su enseñanza”, *Derecho PUCP*, n.º 58, 2005, pp. 433 a 452, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3102>].

temente el derecho se recrea y se crea también en el proceso formativo que se vive en las escuelas de derecho. Conocer este proceso es una contribución a una formación de calidad.

Las cuatro fases descritas, con sus matices y énfasis nacionales, no pueden entenderse como momentos de acumulación, sin embargo, el desenvolvimiento histórico de la reflexión en torno a la educación jurídica, permite identificar recurrencias centenarias: 1. Los profesores abogados que se han ocupado de la reflexión sobre la enseñanza se ocupan también de problematizar la visión y función de la universidad, así como las decisiones gubernamentales al respecto; 2. La existencia de un análisis crítico de la clase magistral tradicional por su excesivo formalismo y por fomentar la pasividad estudiantil; 3. Se construye una oposición entre formación para la investigación y la formación para la práctica (que es entendida como conducente a una formación puramente técnica); 4. Se maneja un distinto alcance de la voz práctica: según la época refiere al dominio de las interpretaciones exegeticas, al uso social del derecho o al adecuado desempeño en el campo profesional; 5. Se procura comprender la enseñanza del derecho inserta en el fenómeno mayor de la cultura jurídica, la que ha sido estudiada con instrumental y teoría sociológica; 5.1. Se ha venido destacando la relación entre la concepción del derecho y su enseñanza, avanzando un paso más en la inserción del fenómeno jurídico en el seno de las ciencias sociales<sup>471</sup>; 6. La propuesta de modificación de la enseñanza implica una transformación de la didáctica y la malla curricular.

En las dos primeras décadas del siglo *xxi* ha habido también interés por ocuparse de los actores (profesores y estudiantes) a través de estudios empíricos que recurren a instrumentos y/o teorías sociológicas, aunque son todavía escasos. A vía de ejemplo y sin ánimo de agotar el listado de investigaciones, en Argentina tenemos los trabajos

471 En alguna medida la labor de JORGE WITKER expresa esta recurrencia. A sus obras de 1975 y 1985 cabe añadir: JORGE WITKER. *Metodología de la enseñanza del derecho*, Bogotá, Temis, 1991; JORGE WITKER. *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, D. F., Porrúa, 2008. En la obra en homenaje a su trayectoria académica de 40 años se escribieron varios trabajos relativos a la enseñanza del derecho que permiten una aproximación al estado actual de la materia en México, cfr. WENDY A. GODÍNEZ MÉNDEZ y JOSÉ HERIBERTO GARCÍA PEÑA (coords.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, México, UNAM, 2015.

de CARLOS LISTA, ANA BRÍGIDO y SILVANA BEGALA<sup>472</sup>; el de SILVINA PEZZETTA<sup>473</sup>; ANA M. GARCÍA DE FANELLI y MARIANA Moguillansky<sup>474</sup>; en México el de LUIS FERNANDO PÉREZ<sup>475</sup>; en Chile la publicación de MARÍA FRANCISCA ELGUETA, ERIC PALMA con FRANCISCO ZAMORANO y JOSÉ MIGUEL SANHUEZA<sup>476</sup>; en Colombia la de MARÍA ADELAIDA CEBALLOS BEDOYA<sup>477</sup> y la monumental investigación de

- 472 CARLOS LISTA y ANA MARÍA BRIGIDO. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002; CARLOS LISTA y SILVANA BEGALA. “La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante”, *Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, año 1, n.º 2, 2003, pp. 147 a 171; ANA MARÍA BRÍGIDO, CARLOS LISTA, SILVANA BEGALA y ADRIANA TESSIO. *La socialización de los estudiantes de abogacía: crónica de una metamorfosis*, Córdoba, Edit. Hispania, 2009.
- 473 SILVINA PEZZETTA. “La enseñanza del Derecho desde una perspectiva sociológico jurídica. Un estudio de caso en una Facultad de Derecho”, *Revista de Derecho (Coquimbo en línea)*, vol. 15, n.º 2, 2008, pp. 133 a 154, disponible en [<https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1866>].
- 474 ANA GARCÍA DE FANELLI y MARIANA MOGUILLANSKY. “La docencia universitaria en Argentina: obstáculos en la carrera académica”, *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, vol. 22, n.º 47, 2014, pp. 1 a 18, disponible en [<https://epaa.asu.edu/index.php/epaa/article/view/1757>].
- 475 LUIS FERNANDO PÉREZ. *La futura generación de abogados mexicanos: estudio de las escuelas y los estudiantes de derecho*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2009.
- 476 MARÍA FRANCISCA ELGUETA y ERIC EDUARDO PALMA. “Cultura jurídica chilena y docencia: rememorando una hipótesis de trabajo enunciada en 1988”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEL, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile. Homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014, pp. 115 a 133; MARÍA FRANCISCA ELGUETA, FRANCISCO ZAMORANO FIGUEROA y ERIC EDUARDO PALMA. *Primer Estudio Nacional de Caracterización de Estudiantes de Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2015; JOSÉ MIGUEL SANHUEZA DE LA CRUZ, MARÍA FRANCISCA ELGUETA ROSAS y ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ. “Masificación, segmentación y satisfacción en estudiantes de educación superior en Chile: el caso de la carrera de derecho”, *Revista Espacios*, vol. 39, n.º 52, 2018 pp. 1 a 23, disponible en [<https://www.revistaespacios.com/a18v39n52/a18v39n52p27.pdf>].
- 477 MARÍA ADELAIDA CEBALLOS BEDOYA. “Educación jurídica, abogados y movilidad social en Colombia” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2016, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/58172>].

GERMÁN SILVA GARCÍA<sup>478</sup>; en Venezuela, ROGELIO PÉREZ PERDOMO; en Ecuador MARÍA HELENA CARBONELL; en Perú, aunque en este caso se trata de una investigación de la década de 1980, LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA<sup>479</sup>, etc.

Por lo tanto, frente a la pregunta ¿qué se hace cuando se investiga en pedagogía jurídica?, podemos contestar que históricamente se ha venido reflexionando en torno a algunas de las siguientes temáticas: 1. La idea de universidad; 2. La clase magistral; 3. El tipo de formación que se imparte distinguiendo entre preparación teórica/práctica y formación en investigación/y para la práctica (no siendo unívoca la voz práctica); 4. La comprensión del fenómeno de la enseñanza dentro del fenómeno de la cultura jurídica; 4.1. La concepción del derecho y su vinculación con el tipo de enseñanza que se imparte<sup>480</sup>; 5. La reforma de la enseñanza que ha implicado ocuparse de la malla curricular y la didáctica; 6. Las prácticas de los profesores y de los estudiantes.

¿Qué tipo de investigación se ha desarrollado? De manera mayoritaria bibliográfica o documental, aunque en las últimas décadas según dan cuenta las experiencias de México, Perú, Colombia, Argentina, Venezuela y Chile, se viene realizando investigación de campo o empírica usando instrumentos de recolección de datos del campo de la sociología. Todavía es excepcional iluminar la investigación con teorías sociológicas sobre las profesiones y la universidad. Un caso particular, por su importante desarrollo, es el de los estudios sobre cultura jurídica (uno de cuyos componentes en la enseñanza del derecho).

Estas recurrencias permiten afirmar que la pedagogía jurídica ha venido configurando un campo de estudio a lo largo de la historia, caracterizado por la concurrencia de la sociología del derecho, la investigación educativa, la didáctica, la historia y el derecho. La investigación empírica en educación jurídica viene empleando los instrumentos de la sociología y la etnografía para realizar tanto estudios cuantitativos

478 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. I-IV, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, dedica un apartado a la educación profesional.

479 LORENZO ZOLEZZI IBÁRCENA. *La profesión de abogado en Lima (una aproximación empírica)*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1982.

480 ANGELA MAE KUPENDA. "Collaborative learning in the constitutional law classroom: adapting the concept of inevitable disagreement in seven steps", *Journal of Legal Education*, vol. 68, n.º 2, 2019, pp. 284 a 302, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss2/6/>].

como cualitativos. Los cuestionarios, las entrevistas en profundidad, el *focus group*, etc., son usualmente empleados como instrumentos para la recolección de datos.

### III. FENÓMENOS QUE INCIDEN EN LAS CARACTERÍSTICAS DE LA FASE ACTUAL

¿Qué fenómenos sociales, políticos, económicos, tecnológicos y de cultura están en la base del interés actual por la educación jurídica? Nos parece que, entre otros, los siguientes: 1. La globalización<sup>481</sup>, el desarrollo de la sociedad de la información y del conocimiento y las TICs; 2. La proliferación de universidades fundamentalmente por iniciativa privada; 3. La masificación de la universidad con su consecuente heterogeneidad estudiantil<sup>482</sup> y el ingreso de profesorado inexperto al aula; 3.1. La masificación vía universidad privada sin selectividad<sup>483</sup>; 4. La inclusión y equidad en las universidades tradicionales con alta selectividad<sup>484</sup>; 5. La demanda de quienes controlan el empleo por una

481 Para una mirada con matices sobre la legitimidad del discurso globalizador, véase ROSA KIM. "Globalizing the law curriculum for twenty-first-century lawyering", *Journal of Legal Education*, vol. 67, n.º 4, 2018, pp. 905 a 948, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol67/iss4/2/>].

482 Respecto del impacto de este fenómeno en la transformación del tipo de estudiante y la aparición del estudiante de postgrado como especie nueva, con sus implicancias políticas y socioculturales, véase los trabajos publicados en la revista *Universidades*, n.º 60 de 2014, que dedicó la edición a los "nuevos" estudiantes universitarios.

483 Para este fenómeno véase: CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–. *Educación superior en Iberoamérica: informe 2007*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2007, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2007/>]; CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–, JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER y ROCÍO FERRADA (eds.). *Educación superior en Iberoamérica: informe 2011*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2011, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2011/>]; CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–, JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER y DANIEL ANDRÉS MIRANDA (eds.). *Educación superior en Iberoamérica: informe 2016*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2016, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2016/>].

484 La literatura norteamericana parece indicar que este proceso será más efectivo si se ingresa a una escuela de derecho con alta selectividad que a una sin selectividad o de selectividad no competitiva, ERIC J. SEGALL y

formación práctica y no teórica; 6. El desarrollo de la investigación educativa<sup>485</sup>; 7. Las nuevas concepciones acerca del aprendizaje (neu-roeducación); 8. El avance en la formación de la didáctica universitaria como especialidad de la didáctica<sup>486</sup>; 9. Los procesos de acreditación ante la crisis de calidad de los servicios de educación superior; 10. Los avances en la fusión de tecnologías digitales, físicas y biológicas; 11. El auge del derecho internacional de los derechos humanos y el avance en la protección de las minorías; 12. La constitucionalización del derecho; 13. El surgimiento del derecho constitucional andino<sup>487</sup>. Todo lo cual incide también en un cambio de la cultura jurídica.

Incluso Paraguay, que por tradición ha estado fuera de los circuitos de transformación de la educación superior y jurídica, presenta en el siglo XXI alguno de los rasgos del momento que vivimos: aumento

---

ADAM FELDMAN. "The elite teaching the elite: who gets hired by the top law schools?", *Journal of Legal Education*, vol. 68, n.º 3, 2019, pp. 614 a 622, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss3/6/>].

485 La literatura fecha en la década de 1980 los inicios de los estudios sobre la profesión académica con los trabajos pioneros de TONY BECHER, MARTIN FINKELSTEIN, BURTON CLARK, PIERRE BOURDIEU, PHILLIP ALTBACH, etc., concurriendo estudios de sociología profesional, los estudios comparados de la educación superior y los estudios sociales de la ciencia y la tecnología. Cfr. ADRIANA CHIANCONE y ENRIQUE MARTÍNEZ LARRECHEA. "La profesión académica en Uruguay: circuitos institucionales y perspectivas de desarrollo", *Integración y Conocimiento*, vol. 6, n.º 2, 2017, pp. 187 a 205, disponible en [<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/integracionyconocimiento/article/view/18719>].

486 Véase KRIS FRANKLIN. "Do we need subject matter-specific pedagogies?", *Journal of Legal Education*, vol. 65, n.º 4, 2016, pp. 839 a 863.

487 Hemos desarrollado varios de estos aspectos en MARÍA FRANCISCA ELGUETA y ERIC EDUARDO PALMA. "La reforma educacional y sus desafíos a los estudios de Derecho: reflexiones conceptuales para una pedagogía universitaria", *Rexe Revista de Estudios y Experiencias en Educación*, vol. 2, n.º 3, 2003, pp. 67 a 82, disponible en [<http://www.rexe.cl/ojournal/index.php/rexe/article/view/261>]; MARÍA FRANCISCA ELGUETA y ERIC EDUARDO PALMA. "Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la facultad de derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, 2014, pp. 907 a 924, disponible en [<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/137041>]; MARÍA FRANCISCA ELGUETA. "Currículo sociocrítico y competencias reflexivas en la formación profesional. El caso de la Universidad de Chile", en JOSEFA RUIZ (ed.). *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014; PALMA y ELGUETA. *Aprendizaje y didáctica del derecho*, cit.

en el número de universidades, fundación de universidades privadas, crecimiento de la matrícula en universidades privadas que desplazan a las públicas en el número total de estudiantes que forman, mayor presencia de mujeres que superan ya la cifra del 50%, diversificación de carreras e interés por el perfeccionamiento docente<sup>488</sup>.

Al respecto, EDUARDO FERNÁNDEZ señala:

El desafío para los docentes ahora irá en dos líneas complementarias. Por un lado, a través de la profesionalización de la docencia, esto es, evolucionando de la práctica artesanal a una práctica profesional, ampliando los modelos y estrategias de enseñanza. La segunda línea será la del apoyo institucional a la docencia: inducción al trabajo de aula, tiempo para la preparación de clases, nuevas pedagogías y uso de las TIC's<sup>489</sup>.

El capitalismo globalizado ha impulsado una visión de la universidad como industria y de las tareas universitarias como actividad econó-

488 DOMINGO RIVAROLA. "La universidad paraguaya, hoy", *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 13, n.º 2, 2008, pp. 555 a 578, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=219114873013>]. Señala al respecto ROCÍO ROBLEDO YUGUEROS. *Educación superior en Iberoamérica. Informe 2016. Informe nacional: Paraguay*, Santiago de Chile, CINDA, 2016, disponible en [<https://cinda.cl/wp-content/uploads/2019/01/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2016-informe-nacional-paraguay.pdf>]. "Así mismo, la docencia universitaria está altamente demandada debido a la proliferación de la oferta académica, y para ejercer la docencia universitaria es obligatoria la capacitación docente", p. 4. Sin embargo, según datos de 2013, citados por ROBLEDO YUGUEROS a partir de un estudio realizado por RODRÍGUEZ y VÁZQUEZ en 2013: "según encuesta a 44 universidades, treinta y siete privadas y siete públicas, permitiendo observar que la modalidad de contratación más utilizada por las universidades es la contratación por horas cátedra con un 79%, seguida por la contratación de medio tiempo con un 18% y solo 3% de los contratados tienen la modalidad de jornada completa. En cuanto al grado académico de los docentes contratados el 70% tiene título de grado, 23% tienen maestría y/o especialización y 7% de los contratados son doctores", p. 15.

489 EDUARDO FERNÁNDEZ. "El sistema-mundo del capitalismo académico: procesos de consolidación de la universidad emprendedora", *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, vol. 17, n.º 21, 2009, pp. 1 a 43, disponible en [<https://epaa.asu.edu/index.php/epaa/article/view/387>].

mica. Los poderes que sostienen la transformación que interesa al capitalismo global, al manifestar expresamente la necesidad de la transformación de la educación jurídica, han desenvuelto fuerzas que están generando un salto cualitativo en el estado de la reflexión. Se trata de contribuir a una nueva fase de desarrollo del capitalismo global y de la economía de mercado<sup>490</sup>. El cambio está impulsado por fuerzas que no portan una agenda emancipatoria o de liberación. Se destaca en este sentido:

La progresiva mercantilización y privatización del conocimiento comandada por las grandes corporaciones multinacionales [...] De esta manera, la educación se convirtió en una pieza clave del engranaje neoliberal: las agendas de investigación y los productos del conocimiento se pusieron directa, pero sobre todo indirectamente, al servicio de las grandes corporaciones e intereses imperialistas y se alejan cada vez más de los intereses propios de un desarrollo nacional<sup>491</sup>.

El Espacio Europeo de Educación Superior ha puesto de relieve expresamente los aportes pedagógicos esperados del profesorado universitario ya no en función de la enseñanza, sino del aprendizaje de los estudiantes, para lo cual se cuenta con nuevas metodologías docentes, nuevas tecnologías de la información y la comunicación<sup>492</sup> y nuevas formas de evaluación<sup>493</sup>. Todo esto, sin que se desenvuelva paralela-

490 JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER. *Educación superior en Chile: instituciones, mercados y políticas gubernamentales (1967-2007)*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2009.

491 YOLANDA ALFARO. “La (re) orientación de la política de educación superior, investigación e innovación en el contexto del buen vivir”, *Universidades*, n.º 69, 2016, pp. 75 a 84, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/455>].

492 El uso del PC en las salas universitarias no tiene un aval consolidado en la literatura como un factor que contribuye de modo significativo al aprendizaje, véase COLLEEN P. MURPHY, CHRISTOPHER J. RYAN JR. y YAJNI WARNAKALA. “Note-taking mode and academic performance in two law school courses”, *Journal of Legal Education* vol. 68, n.º 2, 2018, pp. 207 a 229, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss2/3/>].

493 JOSÉ ÁNGEL SOTILLO, IRENE RODRÍGUEZ, ENARA ECHART y TAHINA OJEDA. *El espacio Iberoamericano de educación superior diagnóstico y propues-*



mente con la misma fuerza un discurso emancipatorio. La filosofía del Espacio Europeo de Educación Superior está orientada por las exigencias de la globalización y de las nuevas tecnologías, y una de sus metas es contribuir a la empleabilidad. En el caso español, ello ha implicado que la metodología docente sea uno de los componentes a evaluar para determinar la efectiva contribución de la formación universitaria al empleo<sup>494</sup>. Se critica, dicen los autores citados: “que sus egresados ya no serían ‘profesionales’, sino graduados con una formación excesivamente teórica”<sup>495</sup>, resultando necesario cambiar la metodología docente. Proponen implementar “metodologías de aprendizaje interactivo que favorecen la transferencia del conocimiento como: 1) el aprendizaje basado en problemas [...] 2) el aprendizaje basado en proyectos [...] y 3) el aprendizaje colaborativo”<sup>496</sup>.

El predominio de la óptica neoliberal impacta con la misma fuerza en Brasil, donde se recurre a la expresión “capitalismo académico” para designar un fenómeno caracterizado por la distorsión de la función social de la universidad y la mercantilización de la universidad por transnacionales<sup>497</sup>. Sin embargo, dado que el proceso se da en una sociedad democrática, el mismo está abierto a la confluencia de distintos actores, alguno de los cuales procura darle un sentido emancipatorio a esta corriente transformadora: estamos pensando en el movimiento feminista (que también estuvo presente en el movimiento de Cór-

---

*tas institucionales*, Madrid, Fundación Carolina - CeALCI, 2009, disponible en [<https://www.ucm.es/data/cont/docs/599-2013-11-16-EIBES.pdf>].

494 GLORIA CABALLERO FERNÁNDEZ, MIGUEL LÓPEZ-MIGUENS y JESÚS LAMPÓN. “La universidad y su implicación con la empleabilidad de sus graduados”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 146, 2014, pp. 23 a 46, disponible en [[https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_146\\_021397045559107.pdf](https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_146_021397045559107.pdf)].

495 *Ibíd.*, p. 24.

496 *Ibíd.*, p. 42.

497 ROSA VIRGÍNIA DINIZ y PEDRO L. GOERGEN. “Educação superior no Brasil: panoramada contemporaneidade”, *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 24, n.º 3, 2019, pp. 573 a 593, disponible en [<https://www.scielo.br/j/aval/a/KWJWLBPfjBKbzSXw7TStb/?format=pdf&lang=pt>]; VALDEMAR SGUISSARDI sostiene que luego de la caída de la presidenta DILMA ROUSSEF, la agenda neoliberal cobró nuevo impulso. Cfr. VALDEMAR SGUISSARDI. “O trabalho docente na educação superior no Brasil: heterogeneidade, insegurança e futuro incerto”, *Integración y Conocimiento*, vol. 6, n.º 2, 2017, disponible en [<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/integracionyconocimiento/article/view/18695>].

doba<sup>498</sup>) y su demanda por una educación no sexista, así como en los movimientos que promueven el pluralismo jurídico. El impacto de la noción del “Buen Vivir” significó para Ecuador abrir la posibilidad de:

Generar condiciones para una acumulación y redistribución del conocimiento justa, sostenible y en armonía con la naturaleza y, por otra parte, reorientar la creatividad, la tecnología, la innovación y los conocimientos tradicionales hacia la satisfacción de las necesidades de la población. Se trata de una medida que propone, al menos en teoría, un cambio de raíz en la matriz cognitiva<sup>499</sup>.

Para RENATE MARSISKE, el predominio de esta visión reduccionista o mercantilista atentaría contra elementos constitutivos de la identidad de la universidad latinoamericana, como son la vinculación con la política contingente y el compromiso activo con las demandas de los sectores populares<sup>500</sup>. Describiendo la injerencia del capitalismo globalizado, FERNÁNDEZ sostiene que la inserción de la universidad latinoamericana en el sistema mundo del capitalismo académico, se hace en beneficio de “algunos países (centrales y dominantes) –que– podrán expandir y autoimpulsar sus sistemas de Educación Superior, mientras que otros (periféricos y dependientes) solo podrán hacerlo como reflejo de esa expansión” y está implicando la aparición de la “universidad emprendedora” como fenómeno característico de un cuasi mercado universitario<sup>501</sup>. Explicando este impacto en Brasil y

498 CÉSAR TCACH. “La reforma de Córdoba: caleidoscopio de ideas y laboratorio de experiencias en América Latina y el Caribe”, en RAFAEL GUARGA (coord.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba: hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372647>], p. 25.

499 ALFARO. “La (re) orientación de la política de educación superior, investigación e innovación en el contexto del buen vivir”, cit., p. 81.

500 RENATE MARSISKE. “La universidad latinoamericana en el siglo xx: una aproximación”, *Universidades*, vol. 66, n.º 65, 2015, pp. 59 a 68, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/358>].

501 FERNÁNDEZ. “El sistema-mundo del capitalismo académico procesos de consolidación de la universidad emprendedora”, cit., pp. 1 a 43; Véase también THERESA KAISER-JARVIS. “Preparing students for global practice: developing competencies and providing guidance”, *Journal of Legal Educa-*

en América del Sur, JOÃO DOS REIS SILVA JÚNIOR, DANIEL SCHUGURENSKY y JULIANA BORGES DE ARAUJO<sup>502</sup> reparaban en el 2015 que las reformas, cuyo trasfondo es la eficiencia como dogma y fundamento político vinculada a la innovación, son una proyección del modelo estadounidense que intensificó, a partir de la década de 1980, la relación con la industria y el mercado en Suramérica, tendencia identificada ya en la década de 1990 e intensificada en la actualidad.

La universidad del siglo XXI, señala JOSÉ BELTRÁN LLAVADO debe: “volver a recuperar un papel al que nunca debió renunciar: formar parte de una suerte de conciencia de la sociedad, sin pretender tener el monopolio del saber y de la verdad, pero comprometida en la reconstrucción de la ciudadanía, y procurando, desde la vigilancia epistemológica, que los fines emancipadores no queden suplantados por fines meramente instrumentales”<sup>503</sup>. La perspectiva institucional, integral, humanista o universitaria, propiamente tal, comprende la necesidad de la transformación de la universidad ante los cambios; sin embargo, se propone, como dijimos en 2007, investigar y reflexionar la globalización desde el punto de vista de su contribución a la superación del hambre y la pobreza mundial. Le interesa comprender el fenómeno de la globalización atendiendo a los actores principales, pero también al punto de vista y la protección de los intereses de las poblaciones nacionales más desprotegidas (minorías indígenas, sectores de pequeños agricultores, de pequeños pescadores, etc.). Rechaza la concepción de la universidad pública que promueve el economicismo.

La Conferencia Mundial sobre la Educación Superior celebrada en París en 1998<sup>504</sup>, contiene los fundamentos de esta visión. El Consejo

---

tion, vol. 67, n.º 4, 2018, pp. 949 a 961, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol67/iss4/3/>].

502 JOÃO DOS REIS SILVA JÚNIOR, DANIEL SCHUGURENSKY y JULIANA BORGES DE ARAUJO. “Ciencia académica, intelectuales y el trabajo del profesor universitario en Brasil: convergencia y hegemonía”, *Revista de la Educación Superior*, vol. XLIV (1), n.º 173, 2015, pp. 157 a 179, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=60436859006>].

503 JOSÉ BELTRÁN LLAVADOR. “Por una educación superior política e histórica: el regreso de la ciudadanía”, *Universidades*, vol. 66, n.º 64, 2015, pp. 9 a 22, disponible en [<http://www.udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/340>].

504 Véase el texto de la declaración de la Cumbre en [<http://www.crue.org/dfunesco.htm>]. Se señala en el mismo, entre otras cuestiones, que los sistemas de educación superior “deben aumentar su capacidad para vivir en medio de

Universitario Iberoamericano –CUIB–, entre otros, entidad conformada también en 1998 en reunión verificada en la Universidad de Valladolid, España, la configuró para el mundo iberoamericano. Concurrieron a su formación universidades de Argentina, Brasil, Bolivia, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, España, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En 2003, el Consejo acuñó la expresión *globalización cooperativa* para poner de relieve su interés por los cambios, sin que ello implique compartir la visión economicista del fenómeno, hacerlo podría implicar el abandono de la educación superior como instrumento de inclusión social. Ocupados en la creación de un programa iberoamericano de cooperación universitaria, señalaron que debía centrar sus objetivos en acciones con el mayor impacto social y efecto multiplicador, como la eliminación de la pobreza, la protección del medio ambiente, el desarrollo científico y tecnológico, la mejora de la calidad de vida y la formación del personal docente en todos los niveles de la educación.

En marzo de 2006, en consecuencia con lo acordado en la Conferencia Mundial de Educación Superior –CMES– de la UNESCO, celebrada en París en 1998, decidieron declarar ante la Organización Mundial del Comercio –OMC– la educación superior como un bien público no susceptible de comerciar. La defensa de la educación superior como derecho humano tiene entre otros impactos, el debilitar la perspectiva de mercado<sup>505</sup>. En el 2005, la xv Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno, creó el Espacio Iberoamericano del Conocimiento –EIC–, acordó la celebración anual de un Foro Iberoamericano de Responsables de Educación Superior, Ciencia e Innovación y la constitución de la Unidad Coordinadora del EIC, en la que operan el Consejo Universitario Iberoamericano –CUIB–, la Secretaría General Iberoamericana –SEGIB– y la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura –OEI–. Las reuniones del CUIB se han mantenido en el tiempo, sin embargo, su vinculación con la iniciativa

---

la incertidumbre, para transformarse y provocar el cambio, para atender a las necesidades sociales y fomentar la solidaridad y la igualdad; preservar y ejercer el rigor y la originalidad científicos con espíritu imparcial por ser un requisito previo decisivo para alcanzar y mantener un nivel indispensable de calidad”.

505 SOTILLO, RODRÍGUEZ, ECHART y OJEDA. *El espacio iberoamericano de educación superior diagnóstico y propuestas institucionales*, cit.

del Banco de Santander, UNIVERSIA, debilitó su nítida identidad como foco de una visión contrapuesta a la mercantilista. El mismo impacto ha tenido su relación institucional con la SEGIB y el programa de las Cumbres Iberoamericanas de Jefes de Estado y de Gobierno.

En el 2014 se suscribió la “Carta Universia Río 2014, Claves estratégicas y propuestas para las universidades iberoamericanas”<sup>506</sup>. Se mencionan el rol social de la universidad y la inclusión, pero están ausentes las voces que permitan calificar la propuesta como humanista o integral. Se cuestiona incluso el modelo de gobierno universitario promovido desde 1918<sup>507</sup>.

Algo semejante se denuncia para el caso de la Segunda Conferencia Regional de Educación Superior (CRES 2008), en que por influencia del Banco Mundial se expuso a la educación superior a las pretensiones de la OMC de ver la educación como bien de consumo<sup>508</sup>. Finalmente, se acordó fomentar una “internacionalización solidaria” y pedir a los gobiernos regular la educación como derecho. La iniciativa de formación del Espacio Iberoamericano de Educación Superior –EIBES– dio noticia de este fenómeno:

Pero, además, se presentan las dos visiones de la educación superior, como bien público al servicio de la sociedad o como bien privado al servicio del mercado [...] La toma de postura respecto a este debate dará lugar al predominio de un determinado modelo de educación superior, como derecho humano, y por tanto de todos, o como institución elitista al alcance de unos pocos<sup>509</sup>.

506 “Carta Universia Río 2014. Claves estratégicas y propuestas para las universidades iberoamericanas”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, vol. v, n.º 14, 2014, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=299132095010>].

507 CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–, BRUNNER y MIRANDA (eds.). *Educación superior en Iberoamérica: informe 2016*, cit., pp. 28 y ss.

508 ANA LUCÍA GAZZOLA. “La CRES 2008 como eje de la acción de América Latina y el Caribe en los contextos regional e internacional en educación superior”, en RAFAEL GUARGA (coord.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba. Hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, pp. 1 a 49.

509 SOTILLO, RODRÍGUEZ, ECHART y OJEDA. *El espacio iberoamericano de educación superior diagnóstico y propuestas institucionales*, cit., p. 19.

Lo que se dice sobre el CUIB en lo relativo a su compromiso con una perspectiva humanista o integral, cabe señalarlo también respecto de la Conferencia Regional de Educación Superior –CRES–, que reunida en Córdoba en 2018 (su tercera reunión desde 1996) reafirmó su compromiso con la exigencia a los Estados de abordar la educación superior como bien público y derecho humano social.

Cabe recordar que en 1991 se fundó la Asociación de Universidades Grupo Montevideo –AUGM–, a partir de nueve universidades públicas de Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay con el fin de hacer frente a la embestida neoliberal contra la universidad pública, fomentando lazos de cooperación y solidaridad entre ellas; en la actualidad la integran también universidades de Bolivia y Chile y suma en total 40 instituciones<sup>510</sup>. En la formulación de su Plan Estratégico 2020-2030 se contempla: “sostener y afianzar a la educación superior como bien público social, derecho humano universal, así como la obligatoriedad indelegable de los estados en su financiación y sostenibilidad, en todos los ámbitos internacionales”<sup>511</sup>.

JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER<sup>512</sup> se ha ocupado de dar noticia de lo que llama sociología de la educación superior, cuya gestación la sitúa en la década de 1970 como fenómeno desarrollado particularmente fuera de América Latina (área geográfica que caracteriza como poco interesada en el desarrollo de teoría) e identifica sus temas de interés, que poco tienen que ver con el devenir de la universidad latinoamericana en el esfuerzo, a partir de 1918, de construir su identidad. Sin embargo, las temáticas se refieren a factores que inciden en una nueva etapa de la pedagogía jurídica, así, por ejemplo, estudios sobre retención, deserción, profesión académica, etc.<sup>513</sup>.

510 Véase su sitio web en [<http://grupomontevideo.org/site/>].

511 Ver [<http://grupomontevideo.org/planestrategico/wp-content/uploads/2020/04/CUADRO-RESUMEN-PLAN-ESTRAT%C3%89GIO.pdf>].

512 JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER. “Apuntes sobre sociología de la educación superior en contexto internacional, regional y local”, *Estudios Pedagógicos*, vol. XXXV, n.º 2, 2009, pp. 203 a 230, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173514137012>].

513 Ídem; Para una visión de lo que venía ocurriendo en la década de 1980-1990, véase con provecho de CINDA su serie *Pedagogía universitaria en América Latina*, tres obras publicadas entre 1984 y 1987, LUIS EDUARDO GONZÁLEZ (ed.). *Calidad de la docencia universitaria en América Latina y el Caribe. Políticas, gestión y recursos. Estudios de casos*, Santiago, Centro Interuniversitario de Desarrollo –CINDA–, 1990, disponible en [<https://>

Iberoamérica cuenta en la actualidad con un total de 3.724 universidades según informe del año 2019 de la OEI. De ellas, 500 están entre las mejores del mundo, pero solo una, la Universidad de São Paulo, entre las 150 mejores<sup>514</sup>. Según el índice Shanghái, la segunda universidad a nivel latinoamericano es la Universidad de Buenos Aires, le sigue la Universidad Nacional Autónoma de México y en cuarto lugar está la Universidad de Chile<sup>515</sup>.

En la fase actual se ha producido un aumento sostenido de la matrícula de estudiantes, de hecho, en el 2017 llegó a casi 28 millones. La ampliación se materializa comparativamente en el número de estudiantes por cada diez mil habitantes, así, al año 2010 eran 348, y al 2017 llega a 430<sup>516</sup>. Si analizamos el crecimiento de estudiantes por países, las naciones que más ascenso han experimentado entre 2010 y 2017 son: Perú (93,1%), Argentina (71,6%), México (55,6%), Uruguay (48,0%), Colombia (46,1%), Honduras (44%) y Bolivia (33,3%). En el otro extremo tienen un crecimiento negativo: Cuba (-56,9%) y Puerto Rico (-13,4%)<sup>517</sup>. Otro antecedente para considerar en el análisis es el aumento de la matrícula en universidades privadas en un mayor porcentaje que en las públicas, de hecho, en comparación, en el 2010 el porcentaje de matrícula era del 51,7% y al año fue del 54,65%<sup>518</sup>.

---

[cinda.cl/publicacion/calidad-de-la-docencia-universitaria-en-america-latina-y-el-caribe-politicas-gestion-y-recursos-estudios-de-casos/](http://cinda.cl/publicacion/calidad-de-la-docencia-universitaria-en-america-latina-y-el-caribe-politicas-gestion-y-recursos-estudios-de-casos/)], donde identificaron como metas del mejoramiento docente, entre otras: “6) Desarrollar nuevas estrategias para motivar e incentivar al docente respecto a su capacitación pedagógica y para que perfeccione su desempeño universitario. 7) Fortalecer la relación entre docencia e investigación como una forma de incidir sobre la transferencia de información y el intercambio entre profesores y alumnos. 8) Promover proyectos innovativos en lo curricular y, en general, en lo docente, articulando servicios interfacultades, sensibilizando a los docentes para la innovación e interviniendo en los factores que resulten más sensibles para el cambio”, p. 432.

514 JORGE SÁINZ GONZÁLEZ Y RAFAEL BARBERÁ DE LA TORRE. *Diagnóstico de la Educación Superior en Iberoamérica 2019*, Madrid, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura –OEI–, 2019, disponible en [<https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/diagnostico-de-la-educacion-superior-en-iberoamerica-2019>], pp. 11 y ss.

515 [<https://www.shanghairanking.com/>].

516 SÁINZ GONZÁLEZ Y BARBERÁ DE LA TORRE. *Diagnóstico de la Educación Superior en Iberoamérica 2019*, cit., p. 19.

517 Ibid., p. 18.

518 Ibid., p. 19.

#### IV. FORMACIÓN JURÍDICA Y CONTEXTO UNIVERSITARIO

La formación jurídica y la enseñanza del derecho en América Latina ha sido impactada de manera más o menos semejante: se critica al formalismo y a la clase magistral tradicional o expositiva, aunque esta vez en función de poner la profesión en sintonía con las demandas del mercado laboral<sup>519</sup>. También se presenta, hoy por hoy, una corriente crítica que implica reponer, aunque revisadas, las perspectivas que impulsaron los cambios en las décadas de 1960 y 1970<sup>520</sup>. Como señala GORKI GONZÁLES MANTILLA para el caso peruano, pero que es perfectamente extensible a otros escenarios, ha venido ganando en importancia:

La reflexión en torno a la democracia constitucional, el enfoque interdisciplinario del derecho desde la filosofía, la historia o la sociología, y, con ello, el posicionamiento de los valores éticos en el derecho y en la comprensión de la política como acto cultural, diluido en los noventa. Se abre, pues, un espacio para la reflexión jurídica crítica atenta a las necesidades históricas y sociales del país<sup>521</sup>.

La cultura jurídica latinoamericana luego de la recuperación de la democracia, ha recibido también el impacto del avance del derecho internacional de los derechos humanos, de la constitucionalización del derecho y del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Todos estos fenómenos superan la visión estrecha de una dogmática positivista,

519 Por todos, véase HÉCTOR FIX-FIERRO y SERGIO LÓPEZ AYLLÓN. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho”, en JORGE WITKER. *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.

520 Véase MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y CÉSAR A. RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/derecho-y-sociedad-en-america-latina-un-debate-sobre-los-estudios-juridico-criticos/>].

521 GONZÁLES MANTILLA. “La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades”, cit., pp. 889 a 944; Véase también, GORKI GONZÁLES MANTILLA. *La enseñanza del derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades*, Lima, Palestra, 2008.



exegética y sistemática, demandando nuevas concepciones de lo jurídico que permitan una adecuada explicación de las transformaciones. El juez cobra una nueva relevancia, en particular el juez constitucional. Toda esta transformación trajo consigo de nuevo la necesidad de conectar el derecho con la política, la filosofía, la sociología, la historia y la antropología jurídica. No se trata, por cierto, de un fenómeno exento de resistencia y conflicto en la medida que entre los operadores que deben activar las nuevas categorías se encuentran, tal como ocurrió en el pasado, elementos que hacen resistencia al cambio. Los acalorados debates en torno al activismo judicial, la interpretación constitucional, el nuevo constitucionalismo, la vigencia del derecho indígena y los nuevos derechos fundamentales, son expresión de esta tensión.

En Bolivia, la reflexión se orienta a la comprensión del impacto de la globalización y la TIC, pero también incorpora el pluralismo jurídico<sup>522</sup>. En medio del debate sobre la crisis de la profesión y de la enseñanza se ha planteado, entre otras cosas, que: “La enseñanza del Derecho en la universidad pública debe estar basada en el contexto socio cultural, aplicando la teoría y la práctica por medio de la interacción social como pilares fundamentales y la búsqueda de nuevos paradigmas en el proceso enseñanza aprendizaje”<sup>523</sup>, teniendo a la vista el enfoque del pluralismo jurídico y su perspectiva globalizadora internacional. En México detectamos que ocuparse de las exigencias globalizadoras, no ha implicado desatender la transformación que demanda la diversidad sexual en la enseñanza<sup>524</sup>.

522 RUBÉN RAMIRO RODRÍGUEZ JEMIO. “Nuevos desafíos para la enseñanza del derecho”, en *Revista Jurídica Derecho*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 145 a 154, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982937>]; ISRAEL HUGO CENTELLAS VARGAS. “La enseñanza del derecho y su interdisciplinariedad es un reto constante para el docente universitario”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 97 a 100, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982916>]; FARIT ROJAS TUDELA. “La necesaria reforma de la enseñanza del derecho”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 1, n.º 2, 2015, pp. 103 a 106, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982927>].

523 MAURICIO ERNESTO FARFÁN ESPINOZA. “Crisis de justicia y la formación del abogado (a) y/o jurista”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 3, n.º 4, 2016, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982935>], p. 121.

524 A vía de ejemplo, el artículo de JUAN CARLOS HERRERA HERRERA, YAZMIN GUERRERO PRADO y LOURDES SÁNCHEZ ROSAS. “Teoría Queer en la enseñanza del derecho”, *Revista de Educación y Derecho*, n.º 10, 2014, dis-

En este contexto, la necesidad de una nueva didáctica del derecho es evidente. ANA MARÍA BRÍGIDO, CARLOS LISTA, SILVANA BEGALA y ADRIANA TESSIO, en un estudio cualitativo de la educación legal argentina, identificaron con claridad la práctica de docencia formalista. El modelo jurídico dominante es: “el análisis lógico, la abstracción y la deducción que rempazan el análisis sustantivo y material del derecho, y al estudio de las condiciones institucionales, de sus efectos sociales, económicos y políticos a la investigación histórica”<sup>525</sup>.

Para el caso de Brasil y de toda Iberoamérica, se destacaba en el 2013 los acuerdos de la Segunda Cumbre Mundial de la Educación Superior (2009) y su impacto directo en el trabajo de aula<sup>526</sup>. La Ley paraguaya de educación superior, 4995/2013 establece en su artículo 38 que, “los requisitos para ser docente o investigador universitario, entre los cuales se introduce la capacitación pedagógica en educación superior, lo que trasciende –en mucho– a la requerida hasta la fecha en didáctica universitaria”<sup>527</sup>. Estamos, como hemos dicho, en una nueva etapa de la pedagogía jurídica: se ve fortalecida gracias al influjo de estas dos corrientes de transformación social y cultural, en un

---

ponible en [<https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10703>].

Para una crítica con enfoque tradicional incorporando los desafíos de la globalización y las nuevas tecnologías, véase RAFAEL SÁNCHEZ VÁZQUEZ. “Algunas consideraciones sobre la docencia jurídica en México”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 21, 2015, pp. 35 a 79, disponible en [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2412>].

525 BRÍGIDO, LISTA, BEGALA y TESSIO. *La socialización de los estudiantes de abogacía: crónica de una metamorfosis*, cit., p. 60; Véase también JUAN ANTONIO PÉREZ LLEDÓ. *La enseñanza del derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima, Palestra y Temis, 2006, p. 130.

526 DILVO RISTOFF. “Os desafios da educação superior na Ibero-América: inovação, inclusão e qualidade”, *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 18, n.º 3, 2013, pp. 519 a 545, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/2191/219128819002.pdf>]. El impacto en el derecho puede verse en RENATO DURO DÍAS. “La educación jurídica en Brasil: una lectura crítica de las directrices curriculares nacionales brasileñas para el derecho y sus formas de recontextualización a partir de las teorías de Basil Bernstein”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 72 a 87, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/35964>].

527 ROBLEDO YUGUEROS. *Educación superior en Iberoamérica. Informe 2016. Informe nacional: Paraguay*, cit.

contexto de legitimación de la didáctica universitaria como especialidad de la didáctica<sup>528</sup>.

A mayor abundamiento, cabe destacar otro fenómeno que se viene desenvolviendo con claridad y contundencia, como es la modificación del perfil del profesional académico. Los estudios mexicanos al respecto, indican que mientras en las décadas de 1980 y 1990 ser profesor era una opción, incluso para el que no tuviera vocación, porque había exceso de oferta de plazas, en la última década el fenómeno es el inverso en la medida en que se compite con otros y los postulantes tienen una importante formación en postgrado<sup>529</sup>. La relevancia de este asunto es que podría ocurrir perfectamente, porque tendría viabilidad como exigencia, que la política fomentará el requisito de la capacitación en docencia para ingresar al aula.

Cabe destacar el gran aporte que están realizando las seis revistas de pedagogía jurídica<sup>530</sup> relativo al volumen total de publicaciones en formato de artículos científicos, monográficos y recensiones, llegando a un total de 1.021 publicaciones. La mayoría de los trabajos relatan experiencias o son reflexiones basadas en investigación documental, siendo escasas todavía las investigaciones de tipo empírico o con enfoque sociológico. Existe un grupo de investigadores que cultivan el área y a través de sus investigaciones configuran una comunidad, un campo, un objeto de estudio, marcos teóricos comunes y debatidos, métodos de investigación (con predominio de la investigación documental o bibliográfica y una incipiente investigación usando los instrumentos de la investigación sociológica). Junto a ellos, un grupo no menor de docentes da noticia de sus innovaciones en el aula y propone metodologías para la enseñanza de la disciplina que cultiva.

528 JUAN C. LÓPEZ GUTIÉRREZ, ISARELIS PÉREZ ONES y JOSÉ MARÍA LALAMA AGUIRRE. "Didáctica universitaria: una didáctica específica comprometida con el aprendizaje en el aula universitaria", *Dominio de la Ciencias*, vol. 3, n.º 3, 2017, pp. 1.290 a 1.308, disponible en [<https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/542>].

529 JESÚS FRANCISCO GALAZ FONTES y MANUEL GIL ANTÓN. "La profesión académica en México: un oficio en proceso de reconfiguración", *REDIE. Revista Electrónica de Investigación Educativa*, vol. 11, n.º 2, 2009, pp. 1 a 31, disponible en [<https://redie.uabc.mx/redie/article/view/237>].

530 Son: *Revista de Pesquisa e Educação Jurídica*; *Revista Academia*; *Revista de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*; *revista Educación y Derecho*; *Revista Docencia y Derecho*; *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa*.

Los fenómenos descritos impactan en la cultura jurídica y también en la posición de poder desde la cual la pedagogía jurídica es impulsada. Mientras desde fines del siglo XIX y hasta la década de 1970 la pedagogía es normalmente sostenida en su legitimidad por las ciencias del derecho, lo que implica que la promueven profesores con escaso peso simbólico en la organización del currículum y en la distribución del poder al interior de las facultades de derecho, hoy es respaldada por quienes inciden en la organización universitaria y en la distribución del poder en el medio socioeconómico: interesa a los grandes estudios jurídicos (empresarios vinculados a una de las facetas más relevantes de la profesión jurídica), así como a numerosos *stakeholders* (partes interesadas). Nuestra hipótesis, es que estamos en presencia de algo por entero nuevo: hoy interviene en el campo de disputa promoviendo la transformación un poder que de manera usual estuvo desinteresado, o hizo, en forma directa, resistencia a la reforma de la enseñanza por considerarla vinculada a intereses de la izquierda política y cultural.

Por otra parte, también resulta atendible la hipótesis según la cual el avance y resistencia a la pedagogía jurídica ha estado ligada a la suerte de las ciencias auxiliares en un campo de acción dominado por los dogmáticos y los profesores-litigantes, y donde existe un predominio de la idea de derecho y de la idea de universidad formalista, es decir, aséptica ante la dimensión social. En la lucha que libraron la sociología del derecho, la historia del derecho y las clínicas jurídicas contra el predominio de una visión formalista del derecho, y una supervaloración de la exégesis de los códigos y de la sistemática, la pedagogía apareció como un recurso más. La promoción de los cambios en la didáctica y en la concepción de la universidad en que se inserta la facultad, ha estado determinada por dicho lugar accesorio en la lucha de tales disciplinas por instalar “una pica en Flandes”.

## **V. IMPACTO EN LA PEDAGOGÍA JURÍDICA: CONSOLIDACIÓN DE UN CAMPO DE ESTUDIO Y EMERGENCIA DE UNA DISCIPLINA**

Los cambios impulsados por la globalización y las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, los avances de la neuroeducación, así como las transformaciones en el campo normativo jurídico impulsados por el derecho internacional de los derechos humanos y el

nuevo constitucionalismo latinoamericano (Ecuador, Bolivia, Colombia, etc.), entre otros factores, han contribuido a generar un nuevo escenario de relevancia para la pedagogía y la didáctica jurídica. El nuevo lenguaje sustituye la expresión enseñanza por aprendizaje, promueve las metodologías activas y un papel central del estudiante en el proceso.

MIGUEL ÁNGEL ZABALZA BERAZA y otros, señalan a este respecto que en el 2000 el informe Kellogg proponía para las universidades estatales de los Estados Unidos,

que la tradicional tríada de la misión universitaria, docencia-investigación-extensión (*teaching-research-service*) se alterara en favor de otra más sensible a las actuales prioridades institucionales: aprendizaje-descubrimiento-servicio (*learning, discovery and service*). Resulta interesante en esta nueva propuesta la prioridad que se le da al tema del aprendizaje en menoscabo de la enseñanza como elemento nuclear de la misión institucional<sup>531</sup>.

RAMÓN LARRAURI TORROELLA estudiando la educación jurídica reconoció, en 2006, un campo de estudio en el que concurre tanto la investigación en educación como el derecho con sus respectivas epistemes:

Educación jurídica no reducida a la didáctica o la pedagogía aplicadas al derecho, sino como disciplina con un desarrollo epistemológico propio que permita el desarrollo de metodologías autogeneradas o transferidas de otras disciplinas educativas y sociales que permitan un saber más certero sobre la enseñanza, el aprendizaje, tanto en el ámbito profesional como en el resto de niveles educativos sobre el derecho y los valores jurídicos<sup>532</sup>.

531 MIGUEL ÁNGEL ZABALZA BERAZA, ALFONSO CID SABUCEDO y FELIPE TRILLO ALONSO. "Formación docente del profesorado universitario. El difícil tránsito a los enfoques institucionales", *Revista Española de Pedagogía*, año LXXII, n.º 257, 2014, pp. 39 a 54, disponible en [<https://revistadepedagogia.org/wp-content/uploads/2014/02/257-03.pdf>].

532 RAMÓN LARRAURI TORROELLA. "La educación jurídica, como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 3, 2005/2006, pp. 61 a 96, disponible en [[https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8746/educacion\\_larrauri\\_RU\\_2006.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8746/educacion_larrauri_RU_2006.pdf)]. Los académicos ecuatorianos identifican

¿Existe un campo de estudio consolidado tratándose de la educación jurídica? ¿Los datos con que se cuenta permiten sostener que estamos en presencia de una disciplina en vías de formación, o solo se trata de la delimitación de su objeto de estudio? La literatura disponible permite identificar los elementos que configuran una disciplina científica: 1. La existencia de un campo de trabajo o de un objeto de estudio; 2. Investigación relativa a dicho campo; 3. Cuerpo de académicos que se ocupan de investigar en dicho campo y dar a conocer los resultados de dichas investigaciones; 4. La manifestación de una “cultura académica” cultivada por los especialistas; 5. Formulación de conceptos que expliquen el objeto de estudio que se construye y teorías que orientan la investigación. 6. Una proyección hacia la sociedad para contribuir a resolver problemas sociales<sup>533</sup>.

Supone, dicen los autores, una distinción en el seno del conocimiento científico y en la tarea de una comunidad. CARLOS AUGUSTO HERNÁNDEZ y JULIANA LÓPEZ sostienen al respecto:

Aunque la palabra disciplina señale en primera instancia una región del conocimiento, sugiere al mismo tiempo un campo de trabajo y de relación social a los cuales se accede a través de un proceso de formación caracterizado por la importancia que se reconoce al ejercicio de la investigación. Las prácticas disciplinarias son de diferente naturaleza y la investigación propiamente dicha es solo una de esas prácticas<sup>534</sup>.

Los autores en comento, reparan en que cultivar una disciplina, cualquiera que ella sea, implica una conexión intergeneracional:

12 métodos, JUAN CABRERA, ABIGAIL LARA y VÍCTOR VELA. “Métodos de enseñanza en clases para ciencias jurídicas en educación superior”, *Revista Espacios*, vol. 41, n.º 28, 2020, pp. 1 a 14, disponible en [<https://www.revistaespacios.com/a20v41n28/20412810.html>].

533 CARLOS ALBERTO OSPINA. “Disciplina, saber y existencia”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 2, n.º 2, 2004, pp. 1 a 22, disponible en [<https://revistaumanizales.cinde.org.co/rlicsnj/index.php/Revista-Latinoamericana/article/view/316>].

534 CARLOS AUGUSTO HERNÁNDEZ y JULIANA LÓPEZ CARRASCAL. *Disciplinas*, Bogotá, ICFES, 2002, p. 13.

Formarse en una disciplina significa heredar una tradición con el ánimo de enriquecerla. Los más entusiastas partidarios de poner en evidencia los procesos de transformación reconocen la importancia del patrimonio acumulado por las disciplinas en los nuevos espacios de interacción y de producción de conocimientos<sup>535</sup>.

Lo que entronca fluidamente con el significado que alcanzó la voz disciplina en el seno de la universidad medieval: “ella expresa una relación con el trabajo intelectual determinada por la conciencia de que un compromiso intenso con el conocimiento exige una dedicación especial, una constancia, un esfuerzo continuado”<sup>536</sup>.

ALICIA GIANELLA afirma que las disciplinas científicas en tanto formas de organización del conocimiento se justifican por: “criterios temáticos u ontológicos, así como por criterios históricos y también socio-institucionales o por una combinación de los tres<sup>537</sup>”. SUSANA FINQUELIEVICH<sup>538</sup> sostiene que es posible identificar indicadores que muestran que un campo de estudio es una disciplina científica:

Número de investigaciones realizadas sobre el tema, número de posgrados (maestrías y doctorados) sobre la materia y sus aspectos más relevantes, número de centros de investigación que trabajan específicamente esta temática, libros, artículos y revistas que traten sobre aspectos de la materia.

Nos parece que lo que ocurrió entre 1890 y fines de 1990 es, precisamente, que no operó con intensidad suficiente este proceso de distinción. Ello, como hemos dicho, por su posición instrumental. La crítica a la enseñanza tradicional apuntaba a abrir un forado por donde pe-

535 Ibid., p. 16.

536 Ibid., p. 22.

537 ALICIA GIANELLA. “Las disciplinas científicas y sus relaciones”, *Anales de la Educación Común*, vol. 2, n.º 3, 2006, pp. 74 a 83, disponible en [<https://cendie.abc.gob.ar/revistas/index.php/revistaanales/article/view/84>].

538 SUSANA FINQUELIEVICH. “El debate: la sociedad de la información: ¿una nueva disciplina científica?”, *CTC*, 28 de junio de 2010, disponible en [<http://www.revistacts.net/el-debate-la-sociedad-de-la-informacion-iuna-nueva-disciplina-cientifica/>].

netraran las ciencias sociales, no a transformar la pedagogía jurídica en un objeto de estudio autónomo y diferenciado. Si bien es cierto se reconoce la relevancia de la actividad docente, en tanto campo de innovación, como ocurre, por ejemplo, en el caso argentino<sup>539</sup>.

Un signo característico de esta nueva etapa es la mayor fortaleza de la reflexión pedagógica jurídica, manifestada en la existencia de revistas científicas especializadas; una investigación de campo incipiente pero sostenida; un número relevante de congresos nacionales e internacionales cuyo tema central es la pedagogía jurídica<sup>540</sup>; la organización de jornadas sobre la temática (seminarios) organizadas por distintas facultades de derecho<sup>541</sup>; incipientes cátedras de enseñanza del derecho o de la pedagogía jurídica en el pregrado y cursos consolidados en el postgrado<sup>542</sup>; y la formación en educación que presentan algunos profesores que han obtenido el diplomado en educación superior, el grado de magíster en educación superior o aún más el doctorado en educa-

539 MÓNICA MARÍA MARQUINA. “Una revisión histórica de la docencia en la universidad reformista Argentina: el difícil equilibrio entre la faz académica y la política”, *Universidades*, vol. 66, n.º 65, 2015, pp. 69 a 80, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/359>].

540 En Argentina, la Universidad Nacional de la Plata ha celebrado a la fecha cuatro congresos internacionales y fundó un Observatorio de la Enseñanza del Derecho. En Chile, la Facultad de Derecho ha organizado a la fecha nueve congresos nacionales y cinco internacionales. En México, el Centro de Estudios sobre la Enseñanza y el Aprendizaje del Derecho –CEEAD– ha implementado cinco congresos y convocó el del año 2021; en Bolivia, la Universidad Privada de Santa Cruz ha organizado dos congresos.

541 Es el caso del Seminario de Enseñanza del Derecho organizado en Chile desde el año 2012 por la Agrupación de Facultades de Derecho Católicas –AFDC– y con convocatoria abierta. Véase, KATHERINE BECERRA VALDIVIA (coord.). “Nuevos paradigmas e innovaciones en la enseñanza del derecho”, en *Actas II Seminario de Enseñanza del Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015; ERIKA SANDOVAL GUZMÁN (coord.). *Consolidación de prácticas pedagógicas de calidad en el ámbito jurídico IV Actas del Seminario de Enseñanza del Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2017.

542 Sabemos de su existencia en el pregrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en la Facultad de Derecho de Pelotas en Brasil como experiencias de innovación. Un caso consagrado es el curso de “Técnicas de la enseñanza del derecho” en la Maestría en Derecho en México; y la línea de investigación en Pedagogía Jurídica del Doctorado en Derecho de la UNAM. El programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires ha impartido el curso de “Pedagogía Jurídica” de manera esporádica.



ción; así como la existencia de centros especializados en docencia en las escuelas. El caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile muestra, tras diez años de existencia, desarrollo de investigación, docencia, vinculación con el medio e internacionalización<sup>543</sup>.

La consolidación de la pedagogía jurídica como disciplina, parece ser la vía para dar satisfacción a la sentida necesidad identificada por el colombiano HENRY BOCANEGRA ACOSTA en el 2012, de contar con una didáctica especializada:

Esto se complementa con el establecimiento de programas generales y especializados de formación docente, superando los programas de formación en pedagogía y didácticas generales, para apuntar al reconocimiento y construcción de estrategias didácticas y metodológicas específicas, acordes con el nivel de educación superior y con el objeto de estudio de la disciplina<sup>544</sup>.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Estamos, como hemos dicho, en una nueva etapa de la pedagogía jurídica caracterizada por su auge. Distintas fuerzas sociales expresadas como movimientos sociales o grupos de poder, portadoras de una agenda modernizadora del capitalismo o emancipatoria respecto de este, están promoviendo la transformación de la enseñanza poniendo el acento en el aprendizaje del estudiante. La etapa es peculiar en la medida en que fuerzas tradicionalmente opuestas están hoy día apostando a un mismo objetivo: adecuar la formación al proceso de cambio que se impulsa.

543 ERIC EDUARDO PALMA G. y MARÍA FRANCISCA ELGUETA R. *Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho: Memoria institucional 2008-2018*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2019, disponible en [[https://www.ericeduardopalma.cl/images/Documentos/publicaciones-3/libro\\_Memoria\\_de\\_la\\_Unidad\\_de\\_Pedagogi%CC%81a\\_2008-2018.pdf](https://www.ericeduardopalma.cl/images/Documentos/publicaciones-3/libro_Memoria_de_la_Unidad_de_Pedagogi%CC%81a_2008-2018.pdf)].

544 HENRY BOCANEGRA ACOSTA. “La enseñanza del derecho y la formación de los abogados”, *Revista Republicana*, n.º 12, 2012, pp. 323 a 347, disponible en [<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/50>].

La nueva fase se da en un contexto de legitimación de la didáctica universitaria como didáctica especial, así como de la investigación educativa. Ambos fenómenos favorecen la idea de la posibilidad de formar una disciplina, la pedagogía jurídica, que viene configurando su campo de estudio hace más de 100 años. En tanto que disciplina y en estricta coherencia con las investigaciones que han venido configurando el campo, puede llegar a ser un caso feliz de análisis del derecho con enfoque múltiple favoreciendo estudios interdisciplinarios.

Hemos sostenido que, en un primer momento, la crítica a la enseñanza tradicional permitió abrir el espacio a las ciencias sociales en el currículum, siendo la reflexión sobre el acto pedagógico un instrumento de combate. Luego, se convirtió en uno de los objetos centrales de la sociología jurídica y la ha acompañado en los éxitos, pesares y sinsabores de la inserción de los estudios sociológicos en la malla curricular de derecho.

Hoy por hoy, el campo de estudio y los actores que lo cultivan y visitan, parecen reunir características que permiten concebir la factibilidad de construir a la pedagogía jurídica como disciplina. Los estudios sobre la universidad, los académicos, las profesiones, así como las investigaciones en sociología jurídica relativas a la enseñanza, la profesión de abogado y los estudiantes de derecho, vienen conformando un área de conocimiento a la que concurren distintas disciplinas como la sociología, la historia, la didáctica y la investigación educativa. Ello hace suponer que la pedagogía jurídica cuyo campo de estudio es poroso, también será porosa y, por ende, se conformará en plena concordancia con las exigencias actuales en materia de colaboración disciplinar y diseños de investigación complejos.

El avance de la figura del profesional académico en la universidad latinoamericana, tiene como una de sus señas de identidad el interés institucional por la formación pedagógica de este docente. Su práctica de docencia tradicional no le permitirá enfrentar con éxito los desafíos que debe abordar en el proceso formativo como consecuencia de la globalización, las TIC, la inteligencia artificial y la robótica por una parte, y que se vinculan de manera estrecha con un nuevo estadio del capitalismo; así como los desafíos que trae consigo la neurociencia y la nueva cultura jurídica gestada a la luz del auge del derecho internacional de los derechos humanos, la protección de la minorías, el pluralismo jurídico, las demandas feministas y el nuevo constitucionalismo latinoamericano. Esta concurrencia de múltiples factores encuentra a la pedagogía jurídica más preparada que nunca para reclamar un

espacio legítimo en las facultades de derecho. Las últimas décadas han sido favorables para su desarrollo. Se ha configurado un saber experto que permite superar y descartar soluciones fundadas en meras opiniones (lastre tradicional de los intentos frustrados por reformar la enseñanza del derecho).

## REFERENCIAS

- ALFARO, YOLANDA. “La (re) orientación de la política de educación superior, investigación e innovación en el contexto del buen vivir”, *Universidades*, n.º 69, 2016, pp. 75 a 84, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/455>].
- ALTAMIRA, RAFAEL. “El patriotismo y la universidad”, *Boletín de la Institución Libre de Enseñanza*, vol. 22, n.º 462, 1898, pp. 257 a 327, disponible en [<https://www.cervantesvirtual.com/obra/el-patriotismo-y-la-universidad/>].
- BARROS, ENRIQUE F.; HORACIO VALDÉS, ISMAEL C. BORDABEHERE, GURMENSINDO SAYAGO, ALFREDO CASTELLANOS, LUIS M. MÉNDEZ, JORGE L. BAZANTE, CEFERINO GARZÓN MACEDA, JULIO MOLINA, CARLOS SUÁREZ PINTO, EMILIO R. BIAGOSCH, ANGEL J. NIGRO, NATALIO J. SAIBENE, ANTONIO MEDINA ALLENDE Y ERNESTO GARZÓN. *Manifiesto liminar*, Córdoba, 21 de junio de 1918, disponible en [<https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/manifiesto-liminar>].
- BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Pedagogía jurídica*, Santiago de Chile, Edit. Jurídica de Chile, 1954.
- BASCUÑÁN VALDÉS, ANÍBAL. *Universidad: cinco ensayos para una teoría de la universidad latinoamericana*, Santiago de Chile, Edit. Andrés Bello, 1963.
- BECERRA VALDIVIA, KATHERINE (coord.). “Nuevos paradigmas e innovaciones en la enseñanza del derecho”, en *Actas II Seminario de Enseñanza del Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2015.

- BELTRÁN LLAVADOR, JOSÉ. “Por una educación superior política e histórica: el regreso de la ciudadanía”, *Universidades*, vol. 66, n.º 64, 2015, pp. 9 a 22, disponible en [<http://www.udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/340>].
- BOCANEGRA ACOSTA, HENRY. “La enseñanza del derecho y la formación de los abogados”, *Revista Republicana*, n.º 12, 2012, pp. 323 a 347, disponible en [<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/view/50>].
- BRÍGIDO, ANA MARÍA; CARLOS LISTA, SILVANA BEGALA y ADRIANA TESSIO. *La socialización de los estudiantes de abogacía: crónica de una metamorfosis*, Córdoba, Edit. Hispania, 2009.
- BRUNNER, JOSÉ JOAQUÍN. “Apuntes sobre sociología de la educación superior en contexto internacional, regional y local”, *Estudios Pedagógicos*, vol. xxxv, n.º 2, 2009, pp. 203 a 230, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173514137012>].
- BRUNNER, JOSÉ JOAQUÍN. *Educación superior en Chile: instituciones, mercados y políticas gubernamentales (1967-2007)*, Santiago de Chile, Universidad Diego Portales, 2009.
- CABALLERO FERNÁNDEZ, GLORIA; MIGUEL LÓPEZ-MIGUENS y JESÚS LAMPÓN. “La universidad y su implicación con la empleabilidad de sus graduados”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 146, 2014, pp. 23 a 46, disponible en [[https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_146\\_021397045559107.pdf](https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_146_021397045559107.pdf)].
- CABRERA, JUAN; ABIGAIL LARA y VÍCTOR VELA. “Métodos de enseñanza en clases para ciencias jurídicas en educación superior”, *Revista Espacios*, vol. 41, n.º 28, 2020, pp. 1 a 14, disponible en [<https://www.revistaespacios.com/a20v41n28/20412810.html>].
- CARBONELL YÁNEZ, MARÍA HELENA. “Género y educación superior. La representación de las mujeres en las facultades de derecho de la ciudad de Quito”, en *Universidades*, vol. 70, n.º 79, 2019, pp. 19 a 31, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/5>].

- CARDINAUX, NANCY. “Las investigaciones sobre educación legal universitaria en la Argentina: diagnósticos y perspectivas”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 2 n.º 1, 2015, pp. 13 a 39, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/36701>].
- CARR, WILFRED y STEPHEN KEMMIS. *Becoming critical: education knowledge and action research*, Nueva York, Taylor & Francis, 2004.
- “Carta Universia Río 2014. Claves estratégicas y propuestas para las universidades iberoamericanas”, *Revista Iberoamericana de Educación Superior*, vol. v, n.º 14, 2014, disponible en [<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=299132095010>].
- CARVAJAL MARTINEZ, JORGE ENRIQUE. “La educación legal y los centros de investigación sociojurídica en Colombia”, en INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS. *La educación legal y la garantía de los derechos en América Latina*, Bogotá, ILSA, 2009.
- CEBALLOS BEDOYA, MARÍA ADELAIDA. “Educación jurídica, abogados y movilidad social en Colombia” (tesis de maestría), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2016, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/58172>].
- CENTELLAS VARGAS, ISRAEL HUGO. “La enseñanza del derecho y su interdisciplinariedad es un reto constante para el docente universitario”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2014, pp. 97 a 100, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982916>].
- CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–. *Educación superior en Iberoamérica: informe 2007*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2007, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2007/>].

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–, JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER y ROCÍO FERRADA (eds.). *Educación superior en Iberoamérica: informe 2011*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2011, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2011/>].

CENTRO INTERUNIVERSITARIO DE DESARROLLO –CINDA–, JOSÉ JOAQUÍN BRUNNER y DANIEL ANDRÉS MIRANDA (eds.). *Educación superior en Iberoamérica: informe 2016*, Santiago de Chile, RIL Editores, 2016, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2016/>].

CEPEDA ULLOA, FERNANDO y LUIS FERNANDO MOLINA LONDOÑO. *La Fundación Ford en Colombia (1962-2012)*, Bogotá, Ediciones Uniandes, 2020.

CHIANCONE, ADRIANA y ENRIQUE MARTÍNEZ LARRECHEA. “La profesión académica en Uruguay: circuitos institucionales y perspectivas de desarrollo”, *Integración y Conocimiento*, vol. 6, n.º 2, 2017, pp. 187 a 205, disponible en [<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/integracionyconocimiento/article/view/18719>].

CÚNEO, DARDO (comp.). *La reforma universitaria 1918-1930*, s.l., Fundación Biblioteca Ayacucho, 1988, disponible en [[https://www.clacso.org.ar/biblioteca\\_ayacucho/detalle.php?id\\_libro=1630](https://www.clacso.org.ar/biblioteca_ayacucho/detalle.php?id_libro=1630)].

DINIZ, ROSA VIRGÍNIA y PEDRO L. GOERGEN. “Educação superior no Brasil: panorama da contemporaneidade”, *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 24, n.º 3, 2019, pp. 573 a 593, disponible en [<https://www.scielo.br/j/aval/a/KWJWLBPHPfJBKbzsXw7Tstb/?format=pdf&lang=pt>].

DOS REIS SILVA JÚNIOR, JOÃO; DANIEL SCHUGURENSKY y JULIANA BORGES DE ARAUJO. “Ciencia académica, intelectuales y el trabajo del profesor universitario en Brasil: convergencia y hegemonia”, *Revista de la Educación Superior*, vol. XLIV (1), n.º 173, 2015, pp. 157 a 179, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=60436859006>].

DURO DÍAS, RENATO. “La educación jurídica en Brasil: una lectura crítica de las directrices curriculares nacionales brasileñas para el derecho y sus formas de recontextualización a partir de las teorías de Basil Bernstein”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 72 a 87, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/35964>].

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA. “Currículo sociocrítico y competencias reflexivas en la formación profesional. El caso de la Universidad de Chile”, en JOSEFA RUIZ (ed.). *Política, economía y método en la investigación y aprendizaje del derecho*, Madrid, Dykinson, 2014.

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA y ERIC EDUARDO PALMA. “La reforma educacional y sus desafíos a los estudios de Derecho: reflexiones conceptuales para una pedagogía universitaria”, *Rexe Revista de Estudios y Experiencias en Educación*, vol. 2, n.º 3, 2003, pp. 67 a 82, disponible en [<http://www.rexe.cl/ojournal/index.php/rexe/article/view/261>].

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA y ERIC EDUARDO PALMA. “Cultura jurídica chilena y docencia: rememorando una hipótesis de trabajo enunciada en 1988”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEL, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile. Homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado, 2014.

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA y ERIC EDUARDO PALMA. “Una propuesta de clasificación de la clase magistral impartida en la facultad de derecho”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, n.º 3, 2014, pp. 907 a 924, disponible en [<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/137041>].

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA; FRANCISCO ZAMORANO FIGUEROA y ERIC EDUARDO PALMA. *Primer Estudio Nacional de Caracterización de Estudiantes de Derecho*, Santiago de Chile, LOM Ediciones, 2015.

FARFÁN ESPINOZA, MAURICIO ERNESTO. “Crisis de justicia y la formación del abogado (a) y/o jurista”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 111 a 122, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982935>].

- FERNÁNDEZ, EDUARDO. “El sistema-mundo del capitalismo académico: procesos de consolidación de la universidad emprendedora”, *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, vol. 17, n.º 21, 2009, pp. 1 a 43, disponible en [<https://epaa.asu.edu/index.php/epaa/article/view/387>].
- FINQUELIEVICH, SUSANA. “El debate: la sociedad de la información: ¿una nueva disciplina científica?”, *CTC*, 28 de junio de 2010, disponible en [<http://www.revistacts.net/el-debate-la-sociedad-de-la-informacion-iuna-nueva-disciplina-cientifica/>].
- FIX-FIERRO, HÉCTOR y SERGIO LÓPEZ AYLLÓN. “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la globalización del derecho”, en JORGE WITKER. *Antología de estudios sobre enseñanza del Derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.
- FORERO MEDINA, HENRY y JOSÉ DANIEL FONSECA SANDOVAL. “Educación jurídica para la dominación: de la pedagogía moderna iuspositivista a la pedagogía crítica transdisciplinar y pluricultural”, *Iberoamérica*, vol. 20, n.º 1, 2018, pp. 63 a 140.
- FRANKLIN, KRIS. “Do we need subject matter-specific pedagogies?”, *Journal of Legal Education*, vol. 65, n.º 4, 2016, pp. 839 a 863.
- FUENZALIDA, EDMUNDO. “Derecho y cultura jurídica en Chile”, en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- GALAZ FONTES, JESÚS FRANCISCO y MANUEL GIL ANTÓN. “La profesión académica en México: un oficio en proceso de reconfiguración”, *REDIE. Revista Electrónica de Investigación Educativa*, vol. 11, n.º 2, 2009, pp. 1 a 31, disponible en [<https://redie.uabc.mx/redie/article/view/237>].
- GARCÍA DE FANELLI, ANA y MARIANA MOGUILLANSKY. “La docencia universitaria en Argentina: obstáculos en la carrera académica”, *Archivos Analíticos de Políticas Educativas*, vol. 22, n.º 47, 2014, pp. 1 a 18, disponible en [<https://epaa.asu.edu/index.php/epaa/article/view/1757>].



- GARCÍA RUIZ, PEDRO ENRIQUE y CARLOS OLIVA MENDOZA. “Función social de las universidades y su estrecha relación con las políticas nacionales”, *Universidades*, vol. 67, n.º 71, 2017, pp. 51 a 56, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/444>].
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y CÉSAR A. RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/derecho-y-sociedad-en-america-latina-un-debate-sobre-los-estudios-juridico-criticos/>].
- GAZZOLA, ANA LUCÍA. “La CRES 2008 como eje de la acción de América Latina y el Caribe en los contextos regional e internacional en educación superior”, en RAFAEL GUARGA (coord.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba. Hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018.
- GIANELLA, ALICIA. “Las disciplinas científicas y sus relaciones”, *Anales de la Educación Común*, vol. 2, n.º 3, 2006, pp. 74 a 83, disponible en [<https://cendie.abc.gob.ar/revistas/index.php/revistaanales/article/view/84>].
- GODÍNEZ MÉNDEZ, WENDY A. y JOSÉ HERIBERTO GARCÍA PEÑA (coords.). *Metodologías: enseñanza e investigación jurídicas. 40 años de vida académica. Homenaje al doctor Jorge Witker*, México, UNAM, 2015.
- GONZÁLEZ, LUIS EDUARDO (ed.). *Calidad de la docencia universitaria en América Latina y el Caribe. Políticas, gestión y recursos. Estudios de casos*, Santiago, Centro Interuniversitario de Desarrollo –CINDA–, 1990, disponible en [<https://cinda.cl/publicacion/calidad-de-la-docencia-universitaria-en-america-latina-y-el-caribe-politicas-gestion-y-recursos-estudios-de-casos/>].
- GONZALES MANTILLA, GORKI. “La enseñanza del derecho en el Perú: cambios, resistencias y continuidades”, *Derecho PUCP*, n.º 56, 2003, pp. 889 a 944, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/10600>].

GONZÁLEZ MANTILLA, GORKI. *La enseñanza del derecho o los molinos de viento. Cambios, resistencias y continuidades*, Lima, Palestra, 2008.

GONZÁLEZ, MANUELA; MARÍA GABRIELA MARANO, CAROLA BIANCO y MARÍA CECILIA CARRERA. “Estado del arte de la educación jurídica a diez años del Congreso Nacional de Sociología Jurídica”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 9, n.º 17, 2011, pp. 175 a 218, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/17/estado-del-arte-de-la-educacion-juridica.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/17/estado-del-arte-de-la-educacion-juridica.pdf)].

GUARGA, RAFAEL (coord.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba. Hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018.

HERNÁNDEZ, CARLOS AUGUSTO y JULIANA LÓPEZ CARRASCAL. *Disciplinas*, Bogotá, ICFES, 2002.

HERRERA HERRERA, JUAN CARLOS; YAZMIN GUERRERO PRADO y LOURDES SÁNCHEZ ROSAS. “Teoría Queer en la enseñanza del derecho”, *Revista de Educación y Derecho*, n.º 10, 2014, disponible en [<https://revistes.ub.edu/index.php/RED/article/view/10703>].

IRIBARREN, JUAN ANTONIO. “Los estudios jurídico sociales”, *Anales de la Universidad de Chile*, n.º 72, tomo 134, 1914, pp. 421 a 542, disponible en [<https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/24887>].

KAISER-JARVIS, THERESA. “Preparing students for global practice: developing competencies and providing guidance”, *Journal of Legal Education*, vol. 67, n.º 4, 2018, pp. 949 a 961, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol67/iss4/3/>].

KIM, ROSA. “Globalizing the law curriculum for twenty-first-century lawyering”, *Journal of Legal Education*, vol. 67, n.º 4, 2018, pp. 905 a 948, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol67/iss4/2/>].

- KUPENDA, ANGELA MAE. “Collaborative learning in the constitutional law classroom: adapting the concept of inevitable disagreement in seven steps”, *Journal of Legal Education*, vol. 68, n.º 2, 2019, pp. 284 a 302, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss2/6/>].
- LAIN, ERIN C. “Racialized interactions in the law school classroom: pedagogical approaches to creating a safe learning environment”, *Journal of Legal Education*, vol. 67, n.º 3, 2018, pp. 780 a 801, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol67/iss3/7/>].
- LARRAURI TORROELLA, RAMÓN. “La educación jurídica, como campo de investigación desde una conceptualización epistemológica”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 3, 2005/2006, pp. 61 a 96, disponible en [[https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8746/educacion\\_larrauri\\_RU\\_2006.pdf](https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/8746/educacion_larrauri_RU_2006.pdf)].
- LETELIER, VALENTÍN. “Teoría de la enseñanza universitaria”, *Anales de la Universidad de Chile*, año 115, serie 4, n.º 105, 1957, pp. 99 a 124, disponible en [<https://anales.uchile.cl/index.php/ANUC/article/view/18976>].
- LISTA, CARLOS y ANA MARÍA BRIGIDO. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002.
- LISTA, CARLOS y SILVANA BEGALA. “La presencia del mensaje educativo en la conciencia de los estudiantes: resultados de la socialización en un modelo jurídico dominante”, *Academia. Revista sobre la Enseñanza del Derecho*, año 1, n.º 2, 2003, pp. 147 a 171.
- LISTA, CARLOS y SILVANA BEGALA: “Los resultados de una socialización exitosa: la reproducción del modelo jurídico dominante”, en ANA MARÍA BRÍGIDO, CARLOS LISTA, SILVANA BEGALA y ADRIANA TESSIO. *La socialización de los estudiantes de abogacía: crónica de una metamorfosis*, Córdoba, Hispania, 2009, pp. 129 a 159.
- LLOREDO ALIX, LUIS. “Rafael Altamira y Adolfo Posada: dos aportaciones a la socialización del derecho y su proyección en Latinoamérica”, *Rechtsgeschichte - Legal History*, n.º 20, 2012, pp. 209 a 233, disponible en [[http://rg.rg.mpg.de/de/article\\_id/789](http://rg.rg.mpg.de/de/article_id/789)].

LÓPEZ GUTIÉRREZ, JUAN C., ISARELIS PÉREZ ONES y JOSÉ MARÍA LALAMA AGUIRRE. “Didáctica universitaria: una didáctica específica comprometida con el aprendizaje en el aula universitaria”, *Dominio de la Ciencias*, vol. 3, n.º 3, 2017, pp. 1.290 a 1.308, disponible en [<https://dominiodelasciencias.com/ojs/index.php/es/article/view/542>].

LOREA LEITE, MARÍA CECILIA y JOSÉ OCTAVIO SERRA VAN-DÚNEM: “Imagens da justiça produzidas por estudantes ingressantes no curso de Direito: diálogos Brasil e Angola”, en MARÍA CECILIA LOREA LEITE (comp.). *Imagens da justiça, currículo e educação jurídica*, Porto Alegre, Edit. Salina, 2014, pp. 169 a 188.

MARQUINA, MÓNICA MARÍA. “Una revisión histórica de la docencia en la universidad reformista Argentina: el difícil equilibrio entre la faz académica y la política”, *Universidades*, vol. 66, n.º 65, 2015, pp. 69 a 80, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/359>].

MARSISKE, RENATE. “La universidad latinoamericana en el siglo xx: una aproximación”, *Universidades*, vol. 66, n.º 65, 2015, pp. 59 a 68, disponible en [<http://udualerreu.org/index.php/universidades/article/view/358>].

MILLA, ANTONIO. “Ranking y estado de la investigación en las facultades de derecho en Colombia”, *Revista Republicana*, n.º 25, 2018 pp. 87 a 116, disponible en [<http://ojs.urepublicana.edu.co/index.php/revistarepublicana/article/%20view/486>].

MORALES LUNA, FÉLIX. “Cambios en Derecho, cambios en su enseñanza”, *Derecho PUCP*, n.º 58, 2005, pp. 433 a 452, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/3102>].

MURPHY, COLLEEN P.; CHRISTOPHER J. RYAN JR. y YAJNI WARNAPALA. “Note-taking mode and academic performance in two law school courses”, *Journal of Legal Education* vol. 68, n.º 2, 2018, pp. 207 a 229, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss2/3/>].

- OSPINA, CARLOS ALBERTO. “Disciplina, saber y existencia”, *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 2, n.º 2, 2004, pp. 1 a 22, disponible en [<https://revistaumanizales.cinde.org.co/rllcsnj/index.php/Revista-Latinoamericana/article/view/316>].
- PALLADINO, ENRIQUE. *La teoría y la práctica: un enfoque interdisciplinario para la acción*, Buenos Aires, Espacio Editorial, 2002.
- PALMA G., ERIC EDUARDO y MARÍA FRANCISCA ELGUETA R. “Responsabilidad del Estado con la universidad de Chile ¿Retórica o derechos y deberes? Aportes al encuentro universitario: la universidad de Chile y el Estado, hacia un nuevo trato”, en ERIC EDUARDO PALMA. *En defensa de la educación pública, del derecho a la educación y la legalidad universitaria*, Santiago de Chile, Lom impresiones, 2014.
- PALMA G., ERIC EDUARDO y MARÍA FRANCISCA ELGUETA R. *Aprendizaje y didáctica del derecho*, México, D. F., Tirant lo Blanch, 2019.
- PALMA G., ERIC EDUARDO y MARÍA FRANCISCA ELGUETA R. *Unidad de Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho: Memoria institucional 2008-2018*, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2019, disponible en [[https://www.ericeduardopalma.cl/images/Documentos/publicaciones-3/libro\\_Memoria\\_de\\_la\\_Unidad\\_de\\_Pedagogi%CC%81a\\_2008-2018.pdf](https://www.ericeduardopalma.cl/images/Documentos/publicaciones-3/libro_Memoria_de_la_Unidad_de_Pedagogi%CC%81a_2008-2018.pdf)].
- PÉREZ LLEDÓ, JUAN ANTONIO. *La enseñanza del derecho. Dos modelos y una propuesta*, Lima, Palestra y Temis, 2006.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Bogotá, Externado 2002.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “El movimiento de Derecho y desarrollo y los intentos de cambio en los estudios jurídicos”, en JAVIER DE BELAUNDE LÓPEZ DE ROMAÑA, ALFREDO BULLARD GONZÁLEZ, LUIS PIZARRO ARANGUREN y CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA (eds.). *Homenaje a Jorge Avendaño*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181696>].

- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Educación jurídica, abogados y globalización en América Latina”, *Revista Sistemas Judiciales*, n.º 9, 2005, pp. 255 a 275, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/article/view/8691>].
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Reformar la educación jurídica: ¿tarea para Sísifo?”, *Revista Pedagogía Universitaria y Didáctica del Derecho*, vol. 3, n.º 1, 2016, pp. 3 a 27, disponible en [<https://pedagogiaderecho.uchile.cl/index.php/RPUD/article/view/41911>].
- PÉREZ, LUIS FERNANDO. *La futura generación de abogados mexicanos: estudio de las escuelas y los estudiantes de derecho*, México, D. F., Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2009.
- PEZZETTA, SILVINA. “La enseñanza del Derecho desde una perspectiva sociológico jurídica. Un estudio de caso en una Facultad de Derecho”, *Revista de Derecho (Coquimbo en línea)*, vol. 15, n.º 2, 2008, pp. 133 a 154, disponible en [<https://revistaderecho.ucn.cl/article/view/1866>].
- RISTOFF, DILVO. “Os desafios da educação superior na Ibero-América: inovação, inclusão e qualidade”, *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 18, n.º 3, 2013, pp. 519 a 545, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/2191/219128819002.pdf>].
- RIVAROLA, DOMINGO. “La universidad paraguaya, hoy”, *Avaliação: Revista da Avaliação da Educação Superior*, vol. 13, n.º 2, 2008, pp. 555 a 578, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=219114873013>].
- ROBLEDO YUGUEROS, ROCÍO. *Educación superior en Iberoamérica. Informe 2016. Informe nacional: Paraguay*, Santiago de Chile, CINDA, 2016, disponible en [<https://cinda.cl/wp-content/uploads/2019/01/educacion-superior-en-iberoamerica-informe-2016-informe-nacional-paraguay.pdf>].
- RODRÍGUEZ JEMIO, RUBÉN RAMIRO. “Nuevos desafíos para la enseñanza del derecho”, en *Revista Jurídica Derecho*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 145 a 154, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982937>].

- ROJAS TUDELA, FARIT. “La necesaria reforma de la enseñanza del derecho”, *Revista Jurídica Derecho*, vol. 1, n.º 2, 2015, pp. 103 a 106, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8982927>].
- SÁINZ GONZÁLEZ, JORGE y RAFAEL BARBERÁ DE LA TORRE. *Diagnóstico de la Educación Superior en Iberoamérica 2019*, Madrid, Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, la Ciencia y la Cultura –OEI–, 2019, disponible en [<https://oei.int/oficinas/secretaria-general/publicaciones/diagnostico-de-la-educacion-superior-en-iberoamerica-2019>].
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RAFAEL. “Algunas consideraciones sobre la docencia jurídica en México”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n.º 21, 2015, pp. 35 a 79, disponible en [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/2412>].
- SANDOVAL GUZMÁN, ERIKA (coord.). *Consolidación de prácticas pedagógicas de calidad en el ámbito jurídico IV Actas del Seminario de Enseñanza del Derecho*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, 2017.
- SANHUEZA DE LA CRUZ, JOSÉ MIGUEL; MARÍA FRANCISCA ELGUETA ROSAS y ERIC EDUARDO PALMA GONZÁLEZ. “Masificación, segmentación y satisfacción en estudiantes de educación superior en Chile: el caso de la carrera de derecho”, *Revista Espacios*, vol. 39, n.º 52, 2018 pp. 1 a 23, disponible en [<https://www.revistaespacios.com/a18v39n52/a18v39n52p27.pdf>].
- SEGALL, ERIC J. y ADAM FELDMAN. “The elite teaching the elite: who gets hired by the top law schools?”, *Journal of Legal Education*, vol. 68, n.º 3, 2019, pp. 614 a 622, disponible en [<https://jle.aals.org/home/vol68/iss3/6/>].
- SGUISSARDI, VALDEMAR. “O trabalho docente na educação superior no Brasil: heterogeneidade, insegurança e futuro incerto”, *Integración y Conocimiento*, vol. 6, n.º 2, 2017, disponible en [<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/integracionyconocimiento/article/view/18695>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. I-IV, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

SOTILLO, JOSÉ ÁNGEL; IRENE RODRÍGUEZ, ENARA ECHART y TAHINA OJEDA. *El espacio Iberoamericano de educación superior diagnóstico y propuestas institucionales*, Madrid, Fundación Carolina - CEALCI, 2009, disponible en [<https://www.ucm.es/data/cont/docs/599-2013-11-16-EIBES.pdf>].

TCACH, CÉSAR. “La reforma de Córdoba: caleidoscopio de ideas y laboratorio de experiencias en América Latina y el Caribe”, en RAFAEL GUARGA (coord.). *A cien años de la reforma universitaria de Córdoba: hacia un nuevo manifiesto de la educación superior latinoamericana*, Caracas, UNESCO-IESALC y Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2018, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000372647>].

VÁSQUEZ, RODOLFO. “Modelos teóricos y enseñanza del derecho”, en *La enseñanza del derecho en México. Diagnóstico y propuestas: alianza por la excelencia académica*, México, D. F., Porrúa, 2007.

WITKER, JORGE. *La enseñanza del derecho: crítica metodológica*, México, D. F., Edit. Nacional, 1977.

WITKER, JORGE. *Los problemas de la enseñanza del derecho*, Valencia, Universidad de Carabobo, 1978.

WITKER, JORGE. *Lineamientos metodológicos y técnicas para el aprendizaje del derecho*, México, D. F., Porrúa, 1987.

WITKER, JORGE. *Metodología de la enseñanza del derecho*, Bogotá, Temis, 1991.

WITKER, JORGE. *Metodología de la enseñanza del derecho*, México, D. F., Porrúa, 2008.

WITKER, JORGE. *Antología de estudios sobre enseñanza del derecho*, México, Ediciones Coyoacán, 2013.



ZABALZA BERAZA, MIGUEL ÁNGEL; ALFONSO CID SABUCEDO y FELIPE TRILLO ALONSO. “Formación docente del profesorado universitario. El difícil tránsito a los enfoques institucionales”, *Revista Española de Pedagogía*, año LXXII, n.º 257, 2014, pp. 39 a 54, disponible en [<https://revistadepedagogia.org/wp-content/uploads/2014/02/257-03.pdf>].

ZEICHNER, KENETH M. y HILARY G. CONKLIN. “Teacher education programs”, en MARILYN COCHRAN-SMITH y KENNETH M. ZEICHNER (eds.). *Studying teacher education: the report of the AERA Panel on Research and Teacher Education*, Washington, Routledge, 2009.

ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. *La profesión de abogado en Lima (una aproximación empírica)*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1982.

ZOLEZZI IBÁRCENA, LORENZO. *La reforma de la enseñanza del derecho en la Facultad de Derecho de la PUCP en las décadas del sesenta y setenta del siglo XX*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 2019, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/136936>].

## CAPÍTULO SEXTO

## Cultura jurídica

ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>545-546</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La idea de cultura tiene una larga historia y la palabra tiene distintos significados según se aplique a individuos (“persona culta”), a grupos sociales en general (etnias), a determinados aspectos de la vida social (la gastronomía o la política, por ejemplo). Aplicada a la sociedad, o a grupos sociales como los habitantes de una ciudad o de una nación, es un concepto comprensivo que incluye todo lo que ese grupo social ha construido en sus interacciones y que se opone a los aspectos puramente biológicos o a la naturaleza. CLIFFORD GEERTZ ha señalado:

545 Agradezco a GERMÁN SILVA GARCÍA las observaciones a la primera versión de este trabajo y a VICTORIA CAPRILES la lectura cuidadosa y correcciones a la versión final.

546 Doctor en Derecho de la Universidad Central de Venezuela. Magíster en Derecho de Harvard University. Abogado de la Universidad Central de Venezuela. Profesor e investigador de la Universidad Metropolitana en Caracas.

“El hombre es un animal suspendido en redes de significado que él mismo ha tejido [...] esas redes son la cultura”<sup>547</sup>. En esta comprensión de la cultura, el derecho mismo sería parte de ella: así el lenguaje jurídico, las leyes, las costumbres, la producción doctrinal, los valores, los símbolos (como la estatua de Temis o la balanza) son creaciones culturales o parte de la cultura de un pueblo o nación. También son parte de la cultura la religión, las artes, la tecnología, las ciencias y otros aspectos de la actividad humana. La explicación de los rasgos nacionales o de grupos étnicos a partir de la cultura, se opuso en el siglo XIX a la explicación racial, que era una explicación biológica.

Podría entenderse como *cultura jurídica* la parte de la cultura relacionada con el derecho. Las constituciones y los códigos, por ejemplo, serían monumentos culturales, aunque los abogados por lo general no consideran esa dimensión, sino que los toman instrumentalmente, como las personas religiosas ven en una catedral un lugar para asistir a servicios o para orar. Los filósofos del derecho tienden a usar la expresión en ese sentido general, pero buscándola en las obras filosófico-jurídicas. Por ejemplo, un filósofo del derecho como LUIGI FERRAJOLI, la define como “conjunto de teorías, filosofías y doctrinas jurídicas elaboradas por juristas y filósofos del derecho en una determinada fase histórica”<sup>548</sup>. En ese sentido, cultura jurídica se asociaría con la concepción difusa del derecho predominante en un período y espacio determinado y que uno puede encontrar, como propone FERRAJOLI, en los juristas académicos del período.

Una idea cercana a la de cultura jurídica es la de *tradición jurídica*, muy usada en el derecho comparado. JOHN HENRY MERRYMAN la define como el:

Conjunto de actitudes profundamente enraizadas e históricamente condicionadas sobre la naturaleza del derecho, sobre su papel en la sociedad y en la política, acerca de la adecuada organización y operación del sistema jurídico, y acerca de la manera cómo el derecho debe ser hecho, aplicado, estudiado, perfeccionado y enseñado. La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la

547 CLIFFORD GEERTZ. *The interpretation of cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973, p. 5.

548 LUIGI FERRAJOLI. *Cultura jurídica y paradigma constitucional: la experiencia italiana del siglo XX*, Lima, Palestra, 2010.

cual es expresión parcial. Pone el sistema jurídico en una perspectiva cultural<sup>549</sup>.

La referencia es claramente a la acepción amplia de cultura jurídica, aunque tiene una cierta conexión con la cultura jurídica profesional, es decir, de los jueces, abogados y profesores de derecho. La idea de tradición jurídica ha sido especialmente usada en el derecho comparado, pero mucho menos en los estudios de sociología jurídica. Una tendencia reciente en el derecho comparado, es ocuparse de la comparación de culturas jurídicas en un sentido más restringido que luego explicaremos, más que de las tradiciones<sup>550</sup>.

Los historiadores del derecho también usan el término. PETER WORMAID<sup>551</sup> se plantea si el llamado derecho romano vulgar era la cultura jurídica de las provincias romanizadas. Por ejemplo, los reyes visigodos trataron de recoger el derecho efectivamente vigente en las áreas que conquistaron. WORMAID es escéptico: la población en su mayoría analfabeta de Hispania del siglo VI, probablemente no estaba familiarizada con los textos recogidos por ALARICO en la *Lex Romana Visigothorum*. Cultura jurídica, sería aquí, conocimiento y uso de un ordenamiento jurídico específico.

## II. LA CULTURA JURÍDICA COMO PARTE DEL SISTEMA JURÍDICO: CULTURA PROFESIONAL Y GENERAL

Existe también una manera más restringida de entender la *cultura jurídica* como uno de los elementos o partes del sistema jurídico. Este sistema estaría constituido también por normas o reglas, el aparato

549 JOHN HENRY MERRYMAN y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO. *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 4.<sup>a</sup> ed., Stanford, Stanford University Press, 2019.

550 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. "Versión escrita de la conferencia pronunciada por el galardonado al recibir el Premio Internacional de Investigación en Derecho 'Héctor Fix-Zamudio' 2014. 'El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana'", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 146, 2016, pp. 477 a 504, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/10522>].

551 PETER WORMAID. *Legal culture in the early medieval west: Law as text, image and experience*, Londres, Hambledon Press, 1999.

institucional de creación y aplicación del derecho (o estructuras jurídicas) y los actores principales como jueces, abogados y policías. En esta acepción restringida, la cultura jurídica serían los valores, actitudes, opiniones, conocimientos y conductas relacionadas con el derecho. Se acepta generalmente que ese sentido de la expresión fue acuñado por LAWRENCE FRIEDMAN en 1969<sup>552</sup>, aunque este reconoce que ADAM PODGORECKI había usado una noción similar unos años antes<sup>553</sup>. El propio FRIEDMAN ha indicado que ese concepto derivó de su lectura de la obra de GABRIEL ALMOND y SIDNEY VERBA<sup>554</sup> sobre cultura política (comunicación personal). El uso frecuente que se hace de él desde entonces, entre los sociólogos del derecho, revela que fue una noción útil para el análisis de los sistemas jurídicos en su relación con la sociedad y la cultura en general que los envuelve. Su fortuna también ha traído la dificultad que cada quien la ha usado con muy diversos propósitos y con sentidos cambiantes.

La diversidad de significados ha complicado su uso<sup>555</sup>. Y la polise-mia e imprecisión ha conducido a ROGER COTTERRELL<sup>556</sup> a proponer su sustitución por *ideología jurídica*. Esta propuesta ha carecido de resonancia. La utilidad de la noción es agrupar aspectos que tienen que ver con el funcionamiento del sistema jurídico como un todo distinto a las reglas de derecho contenidas en leyes y otros instrumentos identificados como jurídicos, y diferente también a los aspectos organizativos del sistema tales como los tribunales o el aparato administrativo estatal. En este sentido, es una noción útil con un núcleo duro de significado. No es reducible a las conductas transgresoras o conformes de la población, a la conciencia o conocimiento del derecho, a la opinión

552 FRIEDMAN, LAWRENCE M. "Legal culture and social development", *Law and Society Review*, vol. 4, n.º 1, 1969, pp. 29 a 44. Mayor elaboración en LAWRENCE M. FRIEDMAN. *The legal system: A social science perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975, pp. 194 a 267.

553 FRIEDMAN. *The legal system: A social science perspective*, cit., p. 194; La obra de ADAM PODGORECKI. *Knowledge and opinion about law*, Londres, M. Robertson, 1973.

554 GABRIEL ABRAHAM ALMOND y SIDNEY VERBA. *The civic culture: Political attitudes and democracy in five nations*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

555 DAVID NELKEN. "Using legal culture: Purpose and problems", *Journal of Comparative Law*, n.º 5, 2010, pp. 1 y ss.

556 ROGER COTTERRELL. "The concept of legal culture", en DAVID NELKEN (ed.). *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997.

pública sobre el derecho y sus instituciones, al derecho informal o popular, a las ideas sobre el derecho transmitidas en la literatura didáctica o al pensamiento de los juristas y filósofos del derecho, aunque tiene una relación con estos aspectos y los agrupa bajo la noción de cultura jurídica. Esto es de indudable interés para explicar las relaciones entre el derecho y la sociedad.

Hay sociólogos del derecho que han estudiado la cultura jurídica a través de cuestionarios, grupos focales, entrevistas y documentos que permiten conocer las opiniones, valores y actitudes de una determinada población sobre el derecho. JOSÉ JUAN TOHARIA<sup>557</sup> es probablemente el más persistente en estudiar la cultura jurídica con esta aproximación. En cambio, ERHARD BLANKENBURG<sup>558</sup> abogó por considerar fundamentalmente las conductas de las personas como expresión de su cultura jurídica y no presta atención a las opiniones. Esto muestra la variedad de enfoques y el uso que se hace del concepto.

FRIEDMAN introdujo una distinción fundamental entre la cultura jurídica interna y la externa<sup>559</sup>. La primera se refiere a las conductas, opiniones, conocimiento y actitudes de los profesionales del derecho en relación con el sistema jurídico. Podemos llamarla también la cultura jurídica profesional. En cambio, las conductas, opiniones y actitudes del público en general, serían la “cultura jurídica externa”. Esta distinción es clara e intuitiva, pues el conocimiento del derecho y las actitudes frente a las instituciones seguramente es diferente entre las personas dedicadas profesionalmente a la operación del sistema jurídico y aquellos que tienen una conexión mucho menor con el derecho y un conocimiento mucho más limitado sobre el mismo. Este ensayo analizará esos dos aspectos de la cultura jurídica, y tratará de explorar algunas de sus conexiones entre sí y con el sentido más amplio de cultura jurídica antes explicado.

557 JOSÉ JUAN TOHARIA CORTES. *¡Pleitos tengas! Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas y Siglo XXI, 1987; JOSÉ JUAN TOHARIA CORTES. *Opinión pública y justicia: la imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001; JOSÉ JUAN TOHARIA CORTES y JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO. *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.

558 ERHARD BLANKENBURG. “Patterns of legal culture: The Netherlands compared to neighboring Germany”, *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n.º 1, 1998, pp. 1 a 41.

559 FRIEDMAN. *The legal system: A social science perspective*, cit., pp. 223 y ss.

La cultura interna o profesional, es por lo general más homogénea porque es transmitida, en primer lugar, por las instituciones de enseñanza del derecho. Sin embargo, cuando se trata de describirla y analizarla en el cuadro de un país determinado, las dificultades y diferencias se hacen patentes. Por ejemplo, en Chile el esfuerzo de análisis de la cultura jurídica del país, dio lugar a una discusión del mayor interés<sup>560</sup>. En varios países, la creciente variedad de escuelas de derecho, con orientaciones, valores y currículos muy diversos, lo mismo que la estratificación y creciente parcelamiento de la profesión jurídica, conduce a cuestionar este aserto de la cultura jurídica homogénea<sup>561</sup>.

También existen culturas muy específicas, como es el caso de los jueces y tribunales. GLADYS J. MACKINSON<sup>562</sup> describió rituales judiciales en Buenos Aires no necesariamente previstos en la legislación. Respecto a Perú, hay varios trabajos. En la década de 1980, LUIS PÁSARA<sup>563</sup> analizó la procedencia social, formación intelectual y el formalismo extremo de los jueces peruanos. RICARDO LEÓN PASTOR<sup>564</sup> realizó el estudio 15 años después con algunos resultados diferentes, pero el formalismo se mantenía. GORKI GONZÁLEZ MANTILLA ha destacado el control político sobre ellos<sup>565</sup>. JARIS MUJICA<sup>566</sup> refirió la actividad en los pasillos del Palacio de Justicia de Lima, incluyendo las redes de corrupción que funcionan en esos espacios.

560 AGUSTÍN SQUELLA (ed.). *La cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1992; AGUSTÍN SQUELLA (ed.). *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.

561 Para educación jurídica: LUIS FERNANDO PÉREZ HURTADO. *La futura generación de los abogados mexicanos. Estudio de las escuelas de derecho y los estudiantes de derecho en México*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México y CEEAD, 2009; ROGELIO PÉREZ PERDOMO. "Educación jurídica y política en Venezuela revolucionaria", en GORKI GONZALES MANTILLA (ed.) *La educación jurídica como política pública en América Latina*, Lima, Palestra, 2018.

562 GLADYS J. MACKINSON DE SOROKIN. *Sociología del poder judicial*, Buenos Aires, Ediciones Sociología del Derecho, 1987.

563 LUIS PÁSARA. *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Cedys, 1982.

564 RICARDO LEÓN PASTOR. *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*, Lima, Academia de la Magistratura, 1996.

565 GORKI GONZALES MANTILLA. *Los jueces: carrera judicial y cultura jurídica*, Lima, Palestra, 2009.

566 JARIS MUJICA. *Micropolíticas de la corrupción: redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*, Lima, Asamblea Nacional de Rectores, 2011.

También se ha estudiado la cultura jurídica de los profesores y de las escuelas de derecho. Es una cultura que ha tenido cambios que han sido especialmente intensos en las últimas décadas al agregar la investigación y la publicación como tareas importantes para los profesores, cambiar los métodos educativos y deslastrarse del positivismo legalista<sup>567</sup>.

La cultura jurídica externa tiene variaciones importantes según el nivel educativo de las personas, la ocupación a la que se dedican e incluso las regiones de un país. Por ejemplo, es un lugar común que las personas que viven en zonas de montaña tienen valoraciones y maneras de ser diferentes a quienes viven en áreas de la costa o del llano, o que los campesinos tienen opiniones distintas a quienes habitan en grandes ciudades, y esto se refleja en sus actitudes hacia el sistema jurídico y sus valoraciones sobre el mismo. Las personas altamente educadas, generalmente tienen actitudes y conductas frente al derecho, los jueces, los abogados y los policías diferentes de los analfabetos o de quienes solo tienen una educación primaria. También es tradicional reconocer diferencias según la nacionalidad o el grupo étnico de pertenencia. En Chile, algunos resultados de la investigación sobre la percepción de la justicia de los pobres diferían de lo esperado por los profesionales del derecho<sup>568</sup>. Resultados similares había arrojado antes un estudio en Venezuela<sup>569</sup>. Sin embargo, hay investigaciones que han mostrado mayor homogeneidad en la cultura jurídica en aspectos específicos, como el estudio de MARÍA INÉS BERGOGLIO y JULIO

567 MARÍA FRANCISCA ELGUETA y ERIC EDUARDO PALMA. “Cultura jurídica chilena y docencia: rememorando una hipótesis de trabajo enunciada en 1988”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEI, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile: libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado y Universidad de Chile, 2014; JAVIER COUSO. “The transformations of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America”, en JAVIER COUSO, ALEXANDRA HUNEES y RACHEL SIEDER (eds.). *Cultures of legality. Judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge Cambridge University Press, 2010; ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Los juristas académicos de Venezuela: historia institucional y biografía colectiva*, Caracas, Universidad Metropolitana, 2014.

568 JORGE CORREA SUTIL y LUIS BARRIOS LEZAETA (eds.). *Justicia y marginalidad: percepciones de los pobres*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1993.

569 ROGELIO PÉREZ PERDOMO (coord.). *Justicia y pobreza en Venezuela*, Caracas, Monte Ávila, 1987.



CARBALLO, quienes encontraron que las actitudes frente a la pena de muerte son básicamente similares entre los distintos grupos sociales en Córdoba, Argentina<sup>570</sup>. LAWRENCE FRIEDMAN encuentra que la sociedad globalizada ha producido una cierta unificación de la cultura jurídica en ciertas regiones del planeta<sup>571</sup>.

La cultura jurídica externa o general, y la cultura interna o profesional, no coinciden necesariamente. Los abogados pueden tener una mejor opinión sobre sí mismos que la que tiene el público general, y los profesionales del derecho se sienten más cómodos en el ambiente de los tribunales que una persona que solo ocasionalmente los visita y en oportunidades no necesariamente agradables.

Los estudios descriptivos de la cultura jurídica externa aparecieron tempranamente en el desarrollo de la sociología del derecho. Cabe destacar los estudios de ADAM PODGORECKI<sup>572</sup>, JOSE-JUAN TOHARIA<sup>573</sup> y ERHARD BLANKENBURG y FREEK BRUINSMA<sup>574</sup> realizados sobre distintos países y con perspectivas muy diferentes. Otros estudios sobre cultura jurídica plantean problemas sobre los que se discutía sin ningún rigor y que la aplicación de los métodos de las ciencias sociales ha ayudado a clarificar. Son preguntas fundamentales como: ¿cuál es el papel de los abogados?; ¿promueven conflictos y litigios, o tienden a evitarlos y a que se resuelvan pacíficamente?; ¿los ciudadanos mismos son propensos a plantear sus conflictos y litigar, o prefieren evadirlos?; ¿las conductas de los ciudadanos pueden ser explicadas por las normas jurídicas, por los incentivos económicos o por la cultura jurídica?; ¿los ciudadanos perciben a la justicia como accesible?

Seguramente el mayor tema de investigación relacionado con cultura jurídica es el de la litigiosidad. TAKEYOSHI KAWASHIMA<sup>575</sup> explicó la baja litigiosidad de los japoneses en una cultura impregnada por las

570 MARÍA INÉS BERGOGLIO y JULIO CARBALLO. "La homogeneidad de la cultura jurídica", *Revista de Sociología del Derecho*, n.º 8, 1993.

571 LAWRENCE M. FRIEDMAN. "Is there a modern legal culture?", *Ratio Juris*, vol. 7, n.º 2, 1994, p. 117; LAWRENCE M. FRIEDMAN. *Human rights culture: A study in history and context*, Nueva Orleans, Quid pro Quo Books, 2011.

572 PODGORECKI. *Knowledge and opinion about law*, cit.

573 TOHARIA. *¡Pleitos tengas! Introducción a la cultura legal española*, cit.

574 ERHARD BLANKENBURG y FREEK BRUINSMA. *Dutch Legal Culture*, Deveter, Kluwer, 1991.

575 TAKEYOSHI KAWASHIMA. "Dispute resolution in contemporary Japan", en ARTHUR VON MEHREN (ed.). *Law in Japan. The legal order in a changing society*, Cambridge, Harvard University Press, 1963.

ideas de CONFUCIO, quien consideraba al derecho y la coerción como una forma degradada de dirigir la sociedad o conducirse en ella. Esta baja litigiosidad implica también un número reducido de abogados y jueces, en términos comparativos con países como Alemania o Estados Unidos. Estos parámetros de comparación no son escogidos al azar. El derecho constitucional japonés es influido por Estados Unidos y el derecho privado por Alemania: sus reglas no son muy diferentes. Los tres países son altamente industrializados. KAWASHIMA encontró la explicación en la cultura jurídica, pero no fue universalmente aceptada. JOHN HALEY<sup>576</sup> argumentó con gran fuerza que hay factores estructurales y de políticas públicas (como la limitación del número de abogados y el bajo número de jueces) que explican mejor el menor número de litigios en Japón.

La cultura jurídica japonesa y su relativa baja litigiosidad, se convirtió en un tema sobre el cual muchos investigadores japoneses y no japoneses han hecho contribuciones importantes. Pero Japón no es el único centro de interés, DAVID ENGEL y JARUWAN ENGEL<sup>577</sup> estudiaron casos de responsabilidad civil extracontractual en Tailandia (generalmente daños por accidentes de tránsito), en los cuales la mayor parte de las víctimas no reclamaban. La creencia en el karma y, en general, en el budismo, disuaden a las víctimas de quejarse y eventualmente utilizar la vía judicial. En un trabajo posterior, DAVID ENGEL<sup>578</sup> mostró que la litigiosidad de los estadounidenses es un mito, y más bien son pocos quienes reclaman. Las razones son varias y son predominantemente psico-sociales, es decir culturales. Los obstáculos económicos y normativos también pueden existir, pero en Estados Unidos son de menos peso que las barreras culturales.

Sobre América Latina existen varios estudios que, en general, consideran que la propensión al litigio es baja. MARÍA INÉS BERGOGLIO estudió con detalle el tema en Córdoba, Argentina. La justicia es una de las instituciones que inspiran menos confianza<sup>579</sup> y esta actitud se

576 JOHN OWEN HALEY. "The myth of the reluctant litigant", *The Journal of Japanese Studies*, vol. 4, n.º 2, 1978, pp. 359 a 390.

577 DAVID M. ENGEL y JARUWAN S. ENGEL. *Tort, custom and karma: Globalization and legal conscience in Thailand*, Redwood City, Stanford University Press, 2010.

578 DAVID M. ENGEL. *The myth of the litigious society: Why we don't sue*, Chicago, Chicago University Press, 2016.

579 MARÍA INÉS BERGOGLIO. *Litigar en Córdoba: investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Triunfar, 2001, p. 40.

refleja en la conducta de reserva frente al sistema judicial. Aun entre aquellos que son litigantes frecuentes hay una visión implícita o medianamente negativa, sobre todo por la percepción del alto costo en tiempo y dinero<sup>580</sup>. ROGELIO PÉREZ PERDOMO analizó el litigio en Caracas y encontró que en el ambiente de los negocios el recurso a la justicia tiene una connotación ética negativa, dada la corrupción y lentitud del sistema. Tales circunstancias lo llevaron a analizar quiénes usaban los tribunales además de quienes están obligados porque son demandados: llamó litigantes instrumentales a quienes los utilizan porque pueden sacar ventaja del mal funcionamiento y litigantes expresivos a quienes están dispuestos a sufrir los disgustos y altos costos con tal de afirmar sus derechos y no permitir el abuso de otros<sup>581</sup>.

En su estudio comparativo de las conductas respecto al reclamo y el litigio, HERBERT KRITZER<sup>582</sup> privilegió los elementos normativos y estructurales del sistema jurídico y los incentivos (o desincentivos) económicos para litigar, pero está consciente que esto deja una parte sin explicar. Recurre entonces a la cultura jurídica, que se convierte así en una categoría residual. Este es un uso muy limitado y, a la vez, una especie de comodín o rótulo para explicar lo que no puede ser explicado de otra manera. La cultura jurídica puede también ser usada como una categoría comprensiva para agrupar elementos psico-sociales relacionados con el funcionamiento de un ordenamiento jurídico y destacar la conexión entre esos elementos. En realidad, los componentes estructurales y normativos de un sistema jurídico no bajan del cielo, ni resultan ineluctablemente de ciertas relaciones económicas. Tienen relación con las valoraciones predominantes en un país y una época, con sus proyectos políticos. El interés de la noción de cultura jurídica no está en que se puede poner como causa de conductas, sino como una especie de hilo que permite relacionar distintos aspectos del funcionamiento del sistema jurídico y vincularlo con las ideas, actitudes y opiniones presentes en una sociedad.

580 Ibid., pp. 165 y ss.

581 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. "De la justicia y otros demonios", en MARÍA EUGENIA BOZA y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (comp.). *Seguridad jurídica y competitividad*, Caracas, IESA, 1996, pp. 117 y ss.

582 HERBERT KRITZER. "The antecedents of disputes: complaining and claiming", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, n.º 6, 2011, disponible en [[https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=faculty\\_articles](https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=faculty_articles)].

En América Latina disponemos de trabajos que abordan en su conjunto temas de cultura jurídica para la región o lo hacen respecto a determinados países. Entre los que tienen enfoques para la región, se encuentran las obras de HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>583</sup>, CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO<sup>584</sup>, ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>585</sup> y PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM G. DALY<sup>586</sup>. Para la cultura jurídica general, son importantes los estudios del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (HUGO CONCHA CANTÚ, HÉCTOR FIX-FIERRO, JULIA FLORES y DIEGO VALADÉS<sup>587</sup>; HÉCTOR FIX-FIERRO, ALBERTO A. SUÁREZ ÁVILA y EDGAR CORZO SOSA<sup>588</sup>; LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO<sup>589</sup>).

Uno de los lugares comunes en referencia a la cultura jurídica de América Latina, es el del incumplimiento generalizado de las leyes, lugar que ha sido documentado en el artículo de EDWIN MOLANO SIERRA<sup>590</sup>. A la inversa, otro grupo de sociólogos del derecho ha desta-

- 
- 583 HÉCTOR FELIPE FIX-FIERRO, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- 584 CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- 585 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Gente del derecho y cultura jurídica de América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- 586 PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM G. DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.
- 587 HUGO CONCHA CANTÚ, HÉCTOR FIX-FIERRO, JULIA FLORES y DIEGO VALADÉS. *Cultura de la constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- 588 HÉCTOR FELIPE FIX-FIERRO, ALBERTO ABAD SUÁREZ ÁVILA y EDGAR CORZO SOSA. *Entre un buen arreglo y un mal pleito: Encuesta Nacional de Justicia*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- 589 LUIS DE LA BARREDA SOLÓRZANO. *La sociedad mexicana y los derechos humanos: encuesta nacional de derechos humanos, discriminación y grupos vulnerables*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- 590 EDWIN MOLANO SIERRA. "Análisis poscolonial del discurso de la cultura del incumplimiento en Latinoamérica", *Dilemas - Revista de Estudios de Conflito e Controle Social*, vol. 12, n.º 2, 2019, pp. 333 a 356, disponible en [<https://www.redalyc.org/journal/5638/563860269007/html>].

cado la juridificación y judicialización creciente de la política y otros aspectos de la vida social. Ambos aspectos se analizarán con detenimiento más adelante.

Hay una pluralidad de obras que abordan temas como la profesión jurídica en su contexto cultural (GERMÁN SILVA GARCÍA<sup>591</sup>; ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>592</sup>; MANUEL GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>593</sup>), o que tratan temas más específicos, como la educación jurídica en tanto formadora de una cultura jurídica (IRENE TORRES ARENDS<sup>594</sup>; CARLOS LISTA y ANA MARÍA BRIGIDO<sup>595</sup>; ROGELIO PÉREZ PERDOMO y JULIA RODRÍGUEZ TORRES<sup>596</sup>; GORKI GONZÁLEZ MANTILLA<sup>597</sup>) o reforma de la justicia (LUIS PÁSARA<sup>598</sup>; ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ<sup>599</sup>). En relación a los temas específicos, se remite a los otros capítulos de este *Tratado*.

En este capítulo, se hará uso de la noción de cultura jurídica en relación con problemas específicos del funcionamiento de los sistemas jurídicos en América Latina o, al menos, en algunos países de la región. Hemos escogido analizarla en relación con problemas im-

- 
- 591 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia*, IV t., Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- 592 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Los abogados en Venezuela*, Caracas, Monte Ávila, 1981; ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina*, Bogotá, Externado, 2004; PÉREZ PERDOMO. *Gente del derecho y cultura jurídica de América Latina*, cit.
- 593 MANUEL ALEJANDRO GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Big law in Latin America and Spain: globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018.
- 594 IRENE TORRES ARENDS. *Cultura jurídica y estudiantes de derecho: una medición de la cultura jurídica en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2002.
- 595 CARLOS A. LISTA y ANA MARÍA BRIGIDO. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editores, 2002.
- 596 ROGELIO PÉREZ PERDOMO y JULIA RODRÍGUEZ TORRES (comp.). *La formación jurídica de América Latina: tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*, Bogotá, Externado, 2006.
- 597 GORKI GONZALES MANTILLA. *La enseñanza del derecho o los molinos de viento: cambios, resistencias y continuidades*, Lima, Palestra, 2008; GORKI GONZALES MANTILLA (ed.). *La educación legal como política pública en América Latina*, Lima, Palestra, 2018.
- 598 LUIS PÁSARA (comp.). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma judicial en América Latina*, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004.
- 599 ALFREDO FUENTES HERNÁNDEZ (ed.). *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.

portantes en América Latina, aunque no son exclusivos del área. El primero será la implantación de regímenes autoritarios y el papel que los juristas han desempeñado en ellos. Este es un problema histórico importante. En el siglo XIX los juristas se preparaban para dirigir el Estado<sup>600</sup> conforme a los principios de lo que en la época se llamaba el gobierno constitucional, pero en la práctica, en la mayor parte de los Estados de la región, les tocó colaborar con caudillos y dictadores. La expresión contemporánea de este problema es la referida a la educación para actuar dentro del Estado de derecho y el respeto de los derechos humanos, tema que será tratado bajo la rúbrica de legalización, Estado de derecho y judicialización.

El segundo problema será tratado en el siguiente acápite, que se refiere a patologías de la vida político-jurídica representadas en la violencia y la corrupción que afectan a una parte bastante importante de los países latinoamericanos. Estas tendencias, al menos parcialmente contradictorias, lleva a plantearse la aparente paradoja de un crecimiento del uso del derecho en un cuadro de debilitamiento del Estado.

### III. LA CULTURA CONSTITUCIONAL DE LOS JURISTAS Y EL PERSONALISMO AUTORITARIO

En la configuración de la cultura jurídico-profesional, la educación jurídica tiene un papel fundamental. En la tradición romanista, las escuelas de derecho y la literatura didáctica que en ellas se usa, proveen a los estudiantes del conocimiento de los conceptos, principios y reglas fundamentales del derecho al igual que la estructura del sistema jurídico. Las habilidades prácticas se adquieren en pasantías formales o informales, en algunos países en los consultorios jurídicos y de modo creciente en experiencias educativas, como la clínica jurídica y las situaciones simuladas (juicios o negociaciones). La educación provee también una formación ética. En algunos casos se ofrecen cursos

---

600 SOL SERRANO. *Universidad y nación: Chile en el siglo XIX*, Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 1994; JULIO GAITÁN BOHÓRQUEZ. *Huestes de Estado: la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002, disponible en [<https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/huestes-de-estado-la-formacion-universitaria.pdf>]; PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina*, cit.

específicos en ética o ética profesional, pero más importante que esto, los contenidos apprehendidos tienen una carga ética (o formación de valores) que debemos destacar. También los profesores comunican valores con su actividad educativa, y estos valores pueden ser coincidentes o distintos a los propuestos por la asignatura como tal o por los materiales didácticos utilizados. Una de las características de la formación ética –o de cualquier formación intelectual–, es que no está determinada por los mensajes que el estudiante recibe, que pueden ser dispares, sino por la integración que hace de ellos.

Los textos legales que constituyen el eje de la formación de los juristas modernos, la Constitución y el Código Civil, tienen una carga valorativa enorme. Son los grandes monumentos del derecho moderno, y como tales pueden ser estudiados culturalmente, destacando los valores implícitos. Respecto al Código Civil, JEAN ETIENNE PORTALIS<sup>601</sup> lo reconoce en su *Discurso preliminar*. El Código fue posible una vez que la revolución había aplanado a la sociedad francesa, haciendo desaparecer los privilegios formales de la nobleza y el clero, y cuando se había tranquilizado el efecto perturbador de la revolución. ANDRÉ-JEAN ARNAUD<sup>602</sup> lo llamó las reglas de juego de la paz burguesa.

La concepción moderna de la Constitución tiene todavía más que ver con la fijación de las reglas de juego de la vida política. Los orígenes intelectuales son muy antiguos<sup>603</sup>, pero la idea de Constitución como un documento o acto jurídico que organiza el Estado, fija los límites de las ramas del poder público y garantiza los derechos de los ciudadanos debe mucho al pensamiento del siglo XVIII y a las revoluciones con las cuales finalizó ese siglo<sup>604</sup>. En su acepción moderna original, la Constitución está dirigida a limitar el ejercicio del poder a aquellos que lo detentan en un momento determinado y garantizar una esfera de libertad a los ciudadanos. La Constitución no es solo el

601 JEAN-ÉTIENNE-MARIE PORTALIS. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, disponible en [[https://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf)].

602 ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: La règle du jeu de la paix bourgeoise*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1973.

603 CARL J. FRIEDRICH. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*, 4.ª ed., Waltham, Blaisdell, 1968.

604 OLIVIER BEAUD. *La puissance de l'état*, París, Presses Universitaires de France, 1994.

acta de nacimiento o configuración de un Estado, es también la carta magna del liberalismo político.

La literatura constitucional del siglo XIX lo reconoce: el *Curso* de BENJAMIN CONSTANT<sup>605</sup> fue el texto usado para la enseñanza del derecho constitucional en toda América Latina en la primera mitad del siglo XIX. CONSTANT es bien conocido como teórico del liberalismo político. Entre las obras importantes del pensamiento político constitucional de la época, está la del cubano-venezolano FRANCISCO JAVIER YANES<sup>606</sup> y la del argentino JUAN BAUTISTA ALBERDI<sup>607</sup>. A partir de la década de 1870 el texto didáctico más difundido fue el de FLORENTINO GONZÁLEZ<sup>608</sup>, que prestó gran atención a la Constitución federal de Estados Unidos, a la cual consideraba el gran modelo. Es cierto que a final del siglo XIX y comienzos del XX el espíritu liberal cedió ante una interpretación distinta de la Constitución: la idea de una Constitución “orgánica”, distinta a la constitución formal o “de papel”, y que hoy en día muchos solo quieren ver como un documento que expresa un proyecto político.

En líneas generales, puede afirmarse que las ideas jurídicas dominantes fueron liberales. Las constituciones que se continuaron aprobando en el siglo XIX y primera mitad del XX correspondían a la tradición liberal, como lo fueron los códigos civiles y la mayor parte de los códigos penales. En el derecho administrativo se acogió el principio de legalidad, que limita el ejercicio del poder público a lo establecido en la constitución y las leyes. La expectativa de los juristas que las sociedades latinoamericanas fueran regidas por las constituciones y las leyes resultó una ilusión. En realidad, lo que pasó es que la mayor parte de los gobernantes fueron personalistas que no estaban dispuestos a someterse a las restricciones constitucionales. Caudillos como ROSAS en Argentina, SANTACRUZ en Bolivia, LÓPEZ DE SANTA ANNA en México, MONAGAS o GUZMÁN BLANCO en Venezuela, dominaron la política en esos países en el siglo XIX y hasta pusieron sus nombres en códigos y constituciones, pero claramente no aceptaban limitacio-

605 BENJAMIN CONSTANT. *Curso de política constitucional*, Madrid, Taurus, 1968.

606 FRANCISCO JAVIER YANES. *Manual político del venezolano*, Caracas, Academia Nacional de Historia y Universidad Metropolitana, 2009.

607 JUAN BAUTISTA ALBERDI. *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina* (1852), Buenos Aires, Jackson, 1946.

608 FLORENTINO GONZÁLEZ. *Lecciones de derecho constitucional*, 2.ª ed., París, Rosa & Bouret, 1871.



nes constitucionales o legales. A finales del siglo XIX y comienzos del XX, PORFIRIO DÍAZ en México y JUAN VICENTE GÓMEZ en Venezuela, fueron dictadores que no vacilaron en matar o torturar oponentes y que, sin embargo, contaron con la colaboración de los juristas en el otro aspecto de su gestión, la consolidación del Estado y la pacificación de la sociedad.

Sabemos también que hubo juristas que fueron críticos de los gobernantes personalistas. Lamentablemente no disponemos de una biografía colectiva de juristas latinoamericanos para poner números en uno y otro campo, pero sabemos que juristas muy eminentes apoyaron a dictadores y algunos explicaron con argumentos cuidadosos esa colaboración. Dos casos que pueden ser mencionados son EMILIO RABASA<sup>609</sup> y PEDRO MANUEL ARCAYA<sup>610</sup>, colaboradores de PORFIRIO DÍAZ y JUAN VICENTE GÓMEZ, respectivamente. En tiempos más recientes, el profesor de derecho constitucional JAIME GUZMÁN fue un cercano colaborador de AUGUSTO PINOCHET, y FERNANDO TRAZEGNIES respecto de ALBERTO FUJIMORI. Esta colaboración de juristas muy importantes con dictadores no se ha producido solo en América Latina: CARL SCHMITT apoyó a ADOLFO HITLER, LUIS LEGAZ Y LACAMBRA a FRANCISCO FRANCO y ALFREDO ROCCO a BENITO MUSSOLINI.

En líneas generales, los juristas eminentes que colaboraron con dictadores separaron a la constitución de sus raíces liberales y apreciaban en los dictadores la consolidación de un determinado orden social y económico. Este pensamiento puede percibirse todavía en el elogio que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>611</sup> hace de HUGO CHÁVEZ y su defensa de NICOLÁS MADURO. Por supuesto, esto no descarta que pueda haber motivaciones relacionadas con las gratificaciones materiales que provee el poder político.

609 EMILIO RABASA. *La constitución y la dictadura*, Coyoacán, Conaculta, 2002.

610 ARCAYA, PEDRO MANUEL. *Venezuela y su actual régimen*, Washington, D. C., Sun Printing Office, 1935; PEDRO MANUEL ARCAYA. *Memorias del doctor Pedro Manuel Arcaya*, 2.ª ed., Caracas, Librería Historia, 1983.

611 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. "Chávez: el legado y los desafíos", *Envío*, n.º 373, 2013, disponible en [<https://www.envio.org.ni/articulo/4672>]; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. "En defensa de Venezuela", ANTONI AGUILÓ y JOSÉ LUIS EXENI RODRÍGUEZ (trads.). *Question Digital*, 26 de julio de 2017, disponible en [<https://questiondigital.com/boaventura-de-sousa-santos-en-defensa-de-venezuela/>].

Como podrá verse a continuación, entre los juristas se ha fortalecido la idea de la centralidad de la constitución que, de manera creciente, se aprecia como un documento jurídico y de la importancia de los derechos humanos que tienen resguardos constitucionales e internacionales. A la vez, y como se verá más adelante, hay también quienes observan la tendencia contraria: la ascendente ilegalidad y hasta la violencia delictiva en nuestra época.

#### IV. LEGALIZACIÓN, ESTADO DE DERECHO Y JUDICIALIZACIÓN

Entre los juristas de América Latina, pueden apreciarse la frecuencia de los estudios normativos que destacan la importancia de los derechos humanos y del Estado de derecho. Este último es la aspiración de que los gobernantes actúen dentro los límites que le asignan la constitución, los tratados internacionales y las leyes. El llamado neo-constitucionalismo es cada vez más importante en las escuelas de derecho y tiene implicaciones en la práctica del derecho<sup>612</sup>. Mientras que el respeto a los principios y reglas del Estado de derecho parece un tema que concierne especialmente a los juristas, el tema de los derechos humanos tiene un atractivo mayor en la sociedad y son numerosas las organizaciones que se dedican a su promoción y defensa. Los derechos humanos son también parte de la cultura en sentido amplio<sup>613</sup>. Derechos humanos y Estado de derecho se han convertido en la “nueva ortodoxia”<sup>614</sup>. Diversas obras notan esto como una tendencia mundial, pero también es especialmente válida para la América Latina<sup>615</sup>.

612 COUSO. “The transformations of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America”, cit.

613 FRIEDMAN. *Human rights culture: A study in history and context*, cit.

614 YVES DEZALAY y BRYANT GARTH. “Legitimizing the new legal orthodoxy”, en YVES DEZALAY y BRYANT GARTH (eds.). *Global prescriptions: The production, exportation, and importation of new legal orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002.

615 MIGUEL CARBONELL, WISTANO OROZCO y RODOLFO VÁZQUEZ (coords.). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, ITAM y Siglo XXI, 2002; HÉCTOR FIX-ZAMUDIO. “Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneos”, en RICARDO COMBELLAS (coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Comparado, Edit. Panapo, 1996.

En las etapas iniciales de la vida independiente de los países de América Latina, la constitución se percibió como un documento político, pero no se pensaba que contenía preceptos jurídicos. Fijaba los principios generales y reglas de la organización del Estado, pero los derechos ciudadanos eran una especie de lista de buenos deseos. Esta situación se complementaba con un número reducido de abogados, los cuales, en su mayor parte, desempeñaban altos cargos públicos o actuaban en política. A partir de la segunda mitad del siglo xx, el número de abogados se incrementó y la constitución se comenzó a ver como un documento relevante para el ejercicio del derecho. En otras palabras, tanto la constitución como la sociedad se juridificaron.

Prácticamente en todos los países de América Latina se han hecho reformas constitucionales o producido constituciones nuevas. Una de las innovaciones son organismos encargados de la defensa de los derechos humanos, tales como comisiones de derechos humanos o defensorías del pueblo y cortes constitucionales que faciliten la protección de los derechos ciudadanos y otras acciones de protección de la constitucionalidad<sup>616</sup>.

La centralidad que se otorga al derecho, llevó también a plantearse formas más accesibles de proveer servicios jurídicos y de resolver conflictos respetando los derechos. El acceso a la justicia, esto es, la atención de necesidades jurídicas insatisfechas, se convirtió así en un movimiento de gran impacto que implicó también reformas, inversiones y una creciente consideración en la academia jurídica<sup>617</sup>. De todas maneras, es interesante señalar que el informe general de MAURO CA-

616 FIX-ZAMUDIO. “Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneos”, cit.

617 MAURO CAPPELLETTI (ed.). *Access to justice*, 4 vols., Milán, European University Institute y Dott Giuffrè, and Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan der Rijn, 1979; MIGUEL EMILIO LA ROTA, SEBASTIÁN LALINDE ORDÓÑEZ, SANDRA SANTA MORA y RODRIGO UPRIMNY YEPES. *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, disponible en [[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_665.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_665.pdf)]; ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Acceso a la justicia en América Latina cuatro décadas después”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, GILBERTO HERRERA BERNAL y SAÚL LÓPEZ NORIEGA (coords.). *Fortalecimiento de derechos, ampliación de libertades*, t. II. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2018.

PPELLETTI y BRYANT GARTH<sup>618</sup> detectó que el conocimiento desigual del derecho y las actitudes diferentes frente a los abogados y la justicia era uno de los mayores obstáculos, pero no lo denominan “cultura jurídica”. Incluso el cuestionario que sirvió de base a la investigación, no hace ninguna pregunta en relación a los temas de cultura jurídica: el enfoque era mucho más económico y normativo. El tema de la cultura jurídica surgió en el análisis posterior.

Existen indicadores de juridificación (o legalización) de la sociedad. El más obvio es el incremento del número de abogados (ver el capítulo sobre la profesión jurídica en este *Tratado*). El aumento del número de los profesionales del derecho es un dato importante para la cultura jurídica, implica que los ciudadanos usan más el derecho. En la medida que el derecho es una disciplina especializada que no está al alcance de todos, las sociedades necesitan personas especializadas que ayuden a utilizarlo. En América Latina de comienzos del siglo xx el número de abogados por cada 100.000 habitantes estaba en las decenas bajas. A mediados de siglo había subido a las decenas altas y a final del siglo se cuenta en centenas. Estos son números relativos a la población e indican un crecimiento mucho más rápido que el crecimiento de la población<sup>619</sup>. Las cifras absolutas son mucho más impresionantes, por ejemplo, a comienzos del siglo xx Brasil tenía 5.000 abogados, y en 2015, 900.000, las cifras para México son de 3.700 y 321.000, para Venezuela de 250 y 181.300, respectivamente<sup>620</sup>.

Estas cifras indican que un número creciente de personas consulta a los abogados, formaliza contratos con la ayuda de estos y, con menos frecuencia, utiliza los tribunales. Esto puede ser medido, por ejemplo, en el número de documentos notariados<sup>621</sup>. Por supuesto, el cambio no es solo numérico: los abogados han dejado de verse como agentes del Estado o como hombres de honor o personas de alto estatus, a estar más cerca de sus clientes y depender más de ellos, es un acer-

618 CAPPELLETTI (ed.). *Access to justice*, cit.

619 PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina*, cit., p. 114.

620 GÓMEZ y PÉREZ PERDOMO. *Big law in Latin America and Spain: globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, cit., p. 8.

621 JOHN HENRY MERRYMAN, DAVID SCOTT CLARK y LAWRENCE M. FRIEDMAN. *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: a handbook of legal and social indicators*, Stanford, Stanford University Law School, 1979.

camiento al mercado<sup>622</sup>. La profesión tiene un aspecto más empresarial, lo cual es especialmente visible en las firmas de abogados<sup>623</sup>, pero también en mayor disponibilidad de servicios jurídicos en distintos niveles sociales<sup>624</sup>.

El interés por el derecho y la justicia parecen haber alcanzado la cultura popular. Un ejemplo interesante es la llamada justicia televisiva. Son programas de televisión dedicados al gran público, de los cuales se ha observado que presentan una visión muy simplificada y hasta deformada del papel de los jueces y del contenido del derecho<sup>625</sup>. Pero también es cierto que estos jueces televisivos son profesionales del derecho, y aunque usan un lenguaje accesible al gran público y no se interesan en los problemas interpretativos del derecho, frecuentemente se refieren al derecho formal.

Una observación frecuente, es que el uso del derecho y del aparato de justicia no garantiza el respeto a los derechos humanos, sino que puede contribuir con su violación. La justicia penal configura la parte más dramática de esa violación<sup>626</sup>. Por ejemplo, un porcentaje alto de personas sometidas a prisión en América Latina estaba en prisión preventiva: eran personas técnicamente inocentes y podían pasar años en tal situación<sup>627</sup>. Los jueces chilenos y también de otros países se rehusaron a hacer algo para evitar la violación masiva de los derechos

622 IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI. “Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado”, *Informes de Investigación*, año 4, n.º 10, 2002, pp. 193 a 216, disponible en [[https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/10\\_Losabogados\\_Estadomercado\\_Inig\\_delaMaza.pdf](https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/10_Losabogados_Estadomercado_Inig_delaMaza.pdf)].

623 GÓMEZ y PÉREZ PERDOMO. *Big law in Latin America and Spain: globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, cit.

624 TOSCA HERNÁNDEZ y CARMEN LUISA REYNA DE ROCHE. *Todo legal. Bufete de abogados populares*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2013.

625 LAWRENCE M. FRIEDMAN y ANA CRISTINA NÚÑEZ. “Cultura jurídica popular: jueces de televisión”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEL, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile: libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado y Universidad de Chile, 2014.

626 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1986.

627 ELÍAS CARRANZA, MARIO HOUED, LUIS PAULINO MORA y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José, Ilanud, 1983.

humanos en tiempos de dictadura<sup>628</sup>. La conciencia de ese conflicto condujo a la reforma de la justicia penal en casi todos los países y a darle importancia a los derechos humanos en la formación de los jueces, pero no se ha evaluado el impacto de esas reformas.

No solo la justicia penal era deficiente. La justicia administrativa y constitucional también dejaba mucho que desear, lo mismo que la justicia civil, comercial y del trabajo. Claramente el aparato de justicia y los jueces mismos no estaban preparados para asumir los nuevos roles que la sociedad deseaba de ellos. Todo esto llevó a importantes inversiones en reforma judicial. Se modificaron procedimientos, se modernizó la gestión de los tribunales con el fin de hacerlos más eficientes, se invirtió en la formación de jueces y otros funcionarios. También hubo cambios en el derecho sustantivo. La década de 1990 y este comienzo del siglo XXI ha sido de cambios e inversiones importantes, sin parangón con décadas anteriores, en reforma de la justicia y reforma legal. Sin duda, este es el indicador material más importante para destacar la importancia del derecho en nuestra época.

La atención al sistema judicial, jueces, funcionamiento de la justicia, reforma judicial y temas conexos, ha sido enorme en el mundo académico<sup>629</sup>. Esto muestra igualmente la centralidad que han adquirido los jueces y lo judicial en el derecho y las sociedades latinoamericanas.

El resultado de reformas e inversiones ha sido objeto de discusión, tal vez porque se esperaba mucho de ellas y los resultados han estado por debajo de las expectativas. Ciertamente el número de jueces y litigios ha aumentado. En ese sentido, se ha vivido una judicialización de la vida política y social<sup>630</sup>, aunque el movimiento puede ser irregular

628 HUGO FRÜHLING. "Poder judicial y política en Chile", en JAVIER DE BELAÚNDE (ed.). *La administración de justicia en América Latina*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984; ANTHONY W. PEREIRA. *Political (In)Justice: Authoritarianism and rule of law in Brazil, Chile and Argentina*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press, 2005.

629 Por ejemplo, PÁSARA (comp.). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma judicial en América Latina*, cit.; FUENTES HERNÁNDEZ (ed.). *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, cit.; PÉREZ PERDOMO. *Gente del derecho y cultura jurídica de América Latina*, cit.

630 RACHEL SIEDER, LINE SCHJOLDEN y ALAN ANGEL (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005; LUIZ WERNECK VIANNA, MARIA ALICE REZENDE DE CARVALHO, MANUEL PALACIOS CUNHA MELO y MARCELO BAUMANN BURGOS. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Río de Janeiro, Revan, 1999.

según los países y áreas del derecho. Los jueces se han convertido en personajes políticamente importantes. En particular, se han creado tribunales constitucionales o se han fortalecido las cortes supremas con poderes mayores de revisión de la constitucionalidad de las leyes y garantía de los derechos de los ciudadanos. Colombia y Costa Rica crearon cortes constitucionales eficientes y relativamente informales que han cambiado el derecho y la política en esos países<sup>631</sup>.

Por supuesto, no todo es color de rosa. Dependiendo de los países, los jueces pueden haberse hecho más independientes o más dependientes. Lo general es que les ha costado desempeñar los nuevos roles, y que frecuentemente las viejas costumbres se deslizan subrepticamente en las nuevas estructuras y las “plumas de ganso” reaparecen en las computadoras. Los tribunales no han sido tan eficientes ni tan independientes, ni los jueces han internalizado plenamente su papel central en la vigencia del Estado de derecho<sup>632</sup>. Los organismos de derechos humanos no han sido bien evaluados por la población. Por ejemplo, solo el 12,8% de los mexicanos piensan que la Comisión de Derechos Humanos ha hecho mucho para defender los derechos humanos, y el 46% que ha hecho algo<sup>633</sup>. En Venezuela la evaluación indica que la Defensoría del Pueblo no cumple sus funciones, ni está equipada para ello (trabajo en curso).

631 MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA. “The judicialization of politics in Colombia: The old and the new”, en RACHEL SIEDER, LINE SCHJOLDEN y ALAN ANGELL (eds.). *The Judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005; BRUCE M. WILSON. “Constitutional rights in the age of assertive superior courts: An evaluation of Costa Rica’s constitutional chamber of the Supreme Court”, en *Willamette Law Review*, n.º 48, 2012, pp. 451 a 471, disponible en [<https://willamette.edu/law/resources/journals/review/pdf/volume-48/wil-48-4-wilson.pdf>].

632 MARK UNGAR. *Elusive reform: democracy and rule of law in Latin America*, Boulder, Lynne Rienner Publisher, 2002; ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. *Los jueces de la tradición: un estudio de caso*. México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008; ANTONIO CANOVA GONZÁLEZ, LUIS HERRERA ORELLANA, ROSA RODRÍGUEZ ORTEGA y GIUSEPPE GRATEROL STEFANELLI. *El TSJ al servicio de la revolución: la toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*, Caracas, Edit. Galipán, 2014; ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Justicia e injusticias en Venezuela*, Caracas, Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana, 2011, pp. 207 y ss.

633 DE LA BARREDA SOLÓRZANO. *La sociedad mexicana y los derechos humanos: encuesta nacional de derechos humanos, discriminación y grupos vulnerables*, cit.

La importancia de los jueces no se ha detenido en las fronteras nacionales. Los tribunales internacionales cada vez son más relevantes y, en líneas generales, tratan de poner límites al poder de los gobernantes, no siempre con éxito. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han tenido un cierto impacto en el derecho de los países latinoamericanos<sup>634</sup>, aunque no ha convencido de su importancia a los grandes periódicos de circulación masiva de América Latina<sup>635</sup>.

En resumen, el creciente número de abogados, las reformas que tienden a hacer a la justicia más eficiente y accesible, y la creciente relevancia del campo jurídico, muestran la cara más visible de la juridificación de la sociedad en la mayor parte de los países de América Latina. Sin embargo, se aprecia también una cultura de la ilegalidad, de la violencia y la corrupción, que permiten dudar que el derecho haya penetrado profundamente en la vida social latinoamericana y que el Estado esté cumpliendo las funciones esenciales que se esperan de él. Este es el tema de las siguientes secciones.

## V. ILEGALIDAD, CORRUPCIÓN Y VIOLENCIA

En contraste con la imagen de un continente que cuenta más con el derecho, utiliza más los abogados y concede más importancia a los jueces, existe también la imagen de unas sociedades que no se someten a los cánones de las leyes, violentas y corruptas. El *jeito*, una

634 MARCELO TORELLY. “Transnational legal process and fundamental rights in Latin America: How does the Inter-American Human Rights System reshape domestic constitutional rights?”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM GERALD DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017; DAMIÁN GONZÁLEZ-SALZBERG. “Complying (partially) with the compulsory judgements of the Inter-American Court of Human Rights”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM G. DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.

635 DIEGO GIL, ROLANDO GARCÍA y LAWRENCE M. FRIEDMAN. “Media representations of the Inter-American System of Human Rights”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM GERALD DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.



manera de evitar el cumplimiento de la ley, ha sido considerado un rasgo de la cultura jurídica del Brasil<sup>636</sup>. CARLOS S. NINO<sup>637</sup> analiza a Argentina como una sociedad anómica donde no solo se desobedecen las normas jurídicas sino también las sociales y religiosas. MARTÍN BÖHMER<sup>638</sup>, refiriéndose también a la Argentina, destaca que hay que repensar el sentido del derecho, pues no es una cuestión de desobediencia, sino que los propios encargados de hacer cumplir las normas no las toman en cuenta. MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y colaboradores<sup>639</sup>, aluden a “normas de papel” o cultura del incumplimiento de las reglas en Colombia refiriéndose a numerosos casos y más en general a la ineficacia del derecho en América Latina. El mismo autor, en un trabajo posterior<sup>640</sup> hace una tipología del incumplimiento atendiendo a las motivaciones y a la personalidad del infractor. La invasión de terrenos para construir viviendas al margen de las regulaciones urbanísticas y hasta la invasión de inmuebles construidos son frecuentemente toleradas, cuando no promovidas por las mismas autoridades o por partidos políticos conectados al gobierno<sup>641</sup>.

636 KEITH S. ROSENN. *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Río de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, 1998.

637 CARLOS SANTIAGO NINO. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.

638 MARTIN BÖHMER. “Lusus naturae”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

639 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (dir.). *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de las reglas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009.

640 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS. “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.

641 EDESIO FERNANDES y ANN VARLEY (eds.). *Illegal cities: Law and urban change in Developing countries*, Nueva York, Zed Books, 1998; ANTONIO AZUELA DE LA CUEVA (coord.). *Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015; GERMÁN SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Externado, 1997, pp. 163 y ss.; ROGELIO PÉREZ PERDOMO y PEDRO NIKKEN. *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*, Caracas, Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela, 1979.

En las consideraciones preliminares de un estudio sobre la cultura de la constitución en México que muestra, no solo acciones delictivas, sino desafíos a la autoridad del Estado que son tolerados por el mismo, DIEGO VALADÉS observó:

En México se han multiplicado los episodios que, en otros sistemas, serían un claro indicador de crisis institucional. La toma del recinto de la Cámara de Diputados por personas a caballo, después de derribar la reja protectora; la presencia reiterada de grupos armados desfilando por las principales vías de circulación de la ciudad de México; el bloqueo de oficinas públicas y el secuestro de funcionarios [...] son solo algunos casos que denotan la caducidad del orden establecido<sup>642</sup>.

En Venezuela, la juez MARÍA LOURDES AFIUNI, cumpliendo las reglas del Código Orgánico Procesal Penal y aplicando una decisión del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, decretó la libertad provisional bajo fianza de un banquero que tenía varios años detenido sin que se iniciara el juicio. Pocos minutos después de que se hizo pública la decisión de la juez, el entonces presidente HUGO CHÁVEZ, visiblemente molesto por la decisión, fue expresamente a la televisión, la señaló como corrupta y la condenó a 30 años de prisión. La juez fue inmediatamente apresada y sometida a tratamientos degradantes, incluida la violencia sexual en la prisión<sup>643</sup>. Por supuesto, en Venezuela el presidente de la República no tiene funciones judiciales y ningún presidente antes se había atrevido a tal interferencia y abuso en relación con un juez.

Tanto en México como en Venezuela los casos de las masacres de Ayotzinapa (en octubre 2014) y Tumeremo (en marzo de 2016), muestran la complicidad del crimen organizado con las autoridades loca-

---

642 DIEGO VALADÉS. "Consideraciones preliminares", en HUGO CONCHA CANTÚ, HÉCTOR FIX-FIERRO, JULIA FLORES y DIEGO VALADÉS (eds.). *Cultura de la constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

643 FRANCISCO OLIVARES M. *La presa del comandante: la dramática historia de la jueza María Lourdes Afiuni, mandada a encarcelar tras poner en libertad a un enemigo del presidente de la República Hugo Chávez*, Caracas, La Hoja del Norte, 2012.

les en la comisión de graves crímenes. En un caso los asesinados eran estudiantes, y en el otro mineros, pero la mecánica fue la misma. Las situaciones mencionadas muestran que las sociedades latinoamericanas están lejos de respetar la legalidad. Dos tipos de actividad delictiva son especialmente relevantes para este estudio: el homicidio y la corrupción.

El homicidio es el delito violento más conocido, que a la vez recibe una condena ética y jurídica prácticamente universal. Lamentablemente América Latina como región se distingue por tener una alta tasa de homicidios. Solo pocos países (Chile, Argentina, Costa Rica y Uruguay) están por debajo del promedio mundial de ocho por cada 100.000 habitantes por año, pero países como Venezuela, Honduras, El Salvador, Colombia, México y Brasil, superan por mucho ese promedio, siendo El Salvador y Venezuela los de peores cifras. Las altas tasas de delitos violentos muestran que el Estado no cumple uno de sus cometidos fundamentales: el de garantizar la seguridad de los ciudadanos<sup>644</sup>.

La corrupción es uno de los problemas más severos en el funcionamiento del Estado en América Latina. Aunque ningún país del mundo está exento de actividades del abuso del poder del Estado para el provecho individual o de grupos particulares, la extensión de estas actividades en la región produce enormes escándalos y una grave deslegitimación del Estado y la política. En distintos países se han realizado estudios de detalle, y ANTONIO AZUELA agrupó un buen número de investigaciones sobre distintos países de América Latina<sup>645</sup>. Transparency International publica anualmente un índice que compara la percepción de corrupción en buena parte de los países del mundo. Este índice no es una clasificación de cuan corruptos son los países, sino cuáles son percibidos como más (o menos) corruptos por sus propios ciudadanos. La mayor parte de los países de América Latina son percibidos como muy corruptos. Venezuela, Haití, Nicaragua, Guatemala México, Honduras, Ecuador, Bolivia y Perú son evaluados muy negativamente. Venezuela es la peor evaluada<sup>646</sup>.

644 ROBERTO BRICEÑO LEÓN. "La violencia homicida en América Latina", *América Latina Hoy*, n.º 50, 2008, pp. 103 a 116, disponible en [<https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/1130-2887/article/view/1343>].

645 ANTONIO AZUELA DE LA CUEVA (coord.). *La corrupción en América: un continente, muchos frentes*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

646 [[https://www.transparency.org/en/cpi/2022?gclid=EAIaIQobChMIy-Na\\_3ZfegAMVnKJaBR1gCA1wEAAYASAAEgLDF\\_D\\_BwE](https://www.transparency.org/en/cpi/2022?gclid=EAIaIQobChMIy-Na_3ZfegAMVnKJaBR1gCA1wEAAYASAAEgLDF_D_BwE)].

Entre las formas más perversas de corrupción, está la penetración de las redes del crimen organizado (especialmente el narcotráfico) que han logrado capturar segmentos importantes del funcionamiento del Estado. Colombia, México y Venezuela son los países donde este fenómeno ha producido los más graves escándalos.

Si el Estado pierde su legitimidad porque no cumple sus funciones primordiales y, más aún, es percibido como capturado por la delincuencia organizada o como organización delictiva en sí mismo, deja de tener la respetabilidad que requiere la producción del derecho y la confianza en que pueda garantizar los derechos de los ciudadanos. Por supuesto, puede haber diferencias importantes entre países porque en algunos la policía o determinados sectores de las fuerzas armadas son los capturados por el crimen organizado, mientras que en otros penetran también en las más altas esferas judiciales y del gobierno. En Venezuela, el entonces presidente de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia resultó involucrado en la protección de redes de narcotráfico por instrucción del alto gobierno. ELADIO APONTE APONTE es ahora un testigo protegido por la Drug Enforcement Administration de los Estados Unidos.

## VI. DEBILIDAD DEL ESTADO Y CRECIMIENTO DEL DERECHO

En resumen, el Estado ha perdido legitimidad. En prácticamente todos los países, los políticos y legisladores están en la franja baja de la confianza de la población. Los jueces, incluidos los de la Corte Suprema de Justicia, tampoco gozan de confianza<sup>647</sup>. Como hemos visto, esta percepción está justificada respecto a varios países, mientras que en otros la Corte Suprema ha cumplido mucho mejor su función de protectora de la constitución y, en menor medida, de los derechos de los ciuda-

---

647 Para México, FIX-FIERRO, SUÁREZ ÁVILA y CORZO SOSA. *Entre un buen arreglo y un mal pleito: Encuesta Nacional de Justicia*, cit.; CONCHA CANTÚ, FIX-FIERRO, FLORES y VALADÉS. *Cultura de la constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, cit.; Para América Latina, en general, *Latín Barómetro* publica anualmente la valoración del sistema político-jurídico por los ciudadanos de todos los países de la región.

danos<sup>648</sup>. Pero todavía su esfuerzo no ha sido apreciado por el público. Los jueces ordinarios por lo general tienen menor aprecio en el público, incluyendo en él a los abogados y los profesores de derecho. En otras palabras, el público está alienado respecto al Estado y al aparato de justicia. Por otra parte, se ha observado que la sociedad está más juridificada: hay un número creciente de abogados y se realizan muchos más contratos y actos jurídicos. También hay un número creciente de escuelas de derecho, revistas jurídicas y publicaciones en el campo jurídico. En otras palabras y en líneas generales, el Estado se debilita y el derecho parece crecer y fortalecerse. ¿Cómo es eso posible?

En la definición más corriente de derecho, este se asocia al Estado. El derecho sería una norma coercible y el Estado es el ente a cargo de la promulgación de las reglas de derecho y de las sanciones a quienes las infringen. Sin embargo, esta asociación del derecho y el Estado parece ser mucho más débil de lo que comúnmente se piensa o, en todo caso, se ha hecho claramente más débil en nuestra época. En algunos casos de conflicto civil el Estado ha perdido el control del territorio y se encuentran jueces sin Estado<sup>649</sup>. La situación más frecuente es la del crecimiento del número de abogados, a la vez que, proporcionalmente, son cada vez menos los abogados que se ocupan de los litigios y de frecuentar los tribunales (ver capítulo sobre profesión jurídica). Su creciente trabajo es transaccional: se ocupan del diseño de contratos, de la negociación misma y de la asesoría de las personas, en especial de las involucradas en la actividad económica. Son más útiles mientras las regulaciones se hacen más complejas. En casos extremos, en los cuales los tribunales no son mínimamente confiables, los abogados –en especial los consultores jurídicos de empresas– se mantienen informados de la reputación de las empresas y personas que son los principales clientes o proveedores de la empresa asesorada. Es una función cercana a la evaluación ética más que al derecho. En materia de negocios, el recurso al arbitraje y a otros medios alternativos de resolución de conflictos, se ha hecho más frecuente.

En este contexto cabe preguntarse cuál es la función de los contratos. Sin duda los abogados (y sus clientes) prestan una considerable atención a la elaboración de los contratos. El estilo tradicional de con-

648 GRETCHEN HELMKE y JULIO RÍOS FIGUEROA. *Tribunales constitucionales de América Latina*, México, D. F., Poder Judicial de la Federación, 2010.

649 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (dir.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.

tratación conforme al cual el contrato era breve, señalando solo algunos aspectos particulares del negocio, ha cedido a contratos mucho más largos y detallados en lo que se consideraba el estilo del *common law*. En realidad, en el pasado los contratos podían ser breves, pues se confiaba en la estabilidad y claridad de la legislación. Cuando se ha perdido confianza en ella –o cuando el contrato puede ser entendido de acuerdo con derechos distintos (contratos internacionales)–, el interés de las partes es ser mucho más detalladas en sus expectativas. Pero si no se tiene confianza en los jueces y la posibilidad de litigar en relación con un contrato se considera remota, ¿cuál es la fuerza del contrato? Este tema es poco estudiado y sin duda es capital para la comprensión de la cultura jurídica.

En este trabajo se asoma una hipótesis y una conjetura general. La hipótesis es que los contratos –y de una manera general, el derecho y la intervención de los abogados– solemniza un acuerdo. El contrato escrito, asesorado por abogados, es algo muy diferente al antiguo “pacto de caballeros” que era frecuente en los negocios tradicionales. El contrato tiene obligaciones más precisas y define con claridad tiempos de cumplimiento. Tiene también cláusulas de resolución de conflictos que de manera usual remiten al arbitraje, aunque es raro que en efecto el arbitraje (o el recurso a los tribunales) sea necesario. La intervención de abogados y eventualmente de un notario, lo hace todavía más solemne. La claridad y solemnidad del acuerdo incita al cumplimiento y evita el conflicto, conforme a un dicho tradicional “las cuentas claras conservan amistades”, o en el lenguaje de abogados, los contratos bien hechos fortalecen las relaciones de negocios.

Más allá del caso específico de los contratos, la pérdida de importancia del Estado en relación con el derecho está mostrando en la práctica un nexo más estrecho entre el derecho y la ética, o al menos, con la ética de los negocios.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Este ensayo se inició distinguiendo la idea amplia de cultura jurídica como aquella parte de la cultura general que se refiere al derecho y la idea restringida que se refiere solo a los valores, actitudes, opiniones, conocimientos y conductas de los actores sociales y, específicamente, de los actores profesionales del derecho.

En esta parte conclusiva, propongo mostrar la relación entre ambas ideas con la ayuda de un ejemplo. El proceso penal inquisitivo y escrito, predominante en España a partir del siglo xvi y en la América española hasta más allá de mediados del siglo xx, es parte de la noción amplia de cultura jurídica, pero está fuera de la noción restringida. Es parte de la estructura del sistema jurídico. Es un procedimiento regulado en códigos y leyes, la arquitectura de los tribunales está (o estuvo) pensada para que funcionara este tipo de proceso.

Sin embargo, en el origen de este procedimiento hay valoraciones y actitudes. Surgió porque el poder político se concentró y tuvo más confianza en una burocracia judicial para perseguir los delitos y realizar el control social. Que fuera la propia población la que iniciara los juicios y que la policía actuara como un cuerpo ciudadano, no es compatible con un Estado fuerte que quiere controlar la vida de la población. Una vez configurado el sistema, tiene consecuencias en las valoraciones y actitudes. Los ciudadanos verán en los jueces agentes represores del Estado, mientras que en el sistema acusatorio, el juez puede ser percibido como árbitro y, eventualmente, como protector de los derechos de todos. En otras palabras, las reglas de derecho y las estructuras jurídicas no caen del cielo, son obras humanas, de gente que actúa en virtud de sus valores, opiniones, actitudes y conocimiento. Por supuesto, una vez hipostasiadas, es decir, convertidas en algo real o solidificadas en una institución, son estructuras que vemos como absolutamente externas a nosotros. Esas estructuras no son neutras actitudinal o valorativamente. Nos configuran de alguna manera, requieren nuestra conformidad o producen nuestra rebelión o nuestra crítica.

La distinción entre cultura, por una parte, y por la otra, estructura y reglas, es una distinción útil analíticamente. Si todo el derecho es cultura jurídica, uno de los dos términos es superfluo. Seguramente por esto ha resultado útil acuñar la noción restringida y distinguir la cultura de los aspectos estructurales del derecho. En el lenguaje de la computación, distinguir el *software* del derecho, de las estructuras y normas expresas o *hardware*.

## REFERENCIAS

ALBERDI, JUAN BAUTISTA. *Bases y puntos de partida para la organización de la República Argentina* (1852), Buenos Aires, Jackson, 1946.

ALMOND, GABRIEL ABRAHAM y SIDNEY VERBA. *The civic culture: Political attitudes and democracy in five nations*, Princeton, Princeton University Press, 2016.

ARCAYA, PEDRO MANUEL. *Venezuela y su actual régimen*, Washington, D. C., Sun Printing Office, 1935.

ARCAYA, PEDRO MANUEL. *Memorias del doctor Pedro Manuel Arcaya*, 2.<sup>a</sup> ed., Caracas, Librería Historia, 1983.

ARNAUD, ANDRÉ-JEAN. *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: La règle du jeu de la paix bourgeoise*, París, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, 1973.

AZUELA DE LA CUEVA, ANTONIO (coord.). *La corrupción en América: un continente, muchos frentes*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

AZUELA DE LA CUEVA, ANTONIO (coord.). *Expropiación y conflicto social en cinco metrópolis latinoamericanas*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

BEAUD, OLIVIER. *La puissance de l'état*, París, Presses Universitaires de France, 1994.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS. *Litigar en Córdoba: investigaciones sociológicas sobre la litigación*, Córdoba, Triunfar, 2001.

BERGOGLIO, MARÍA INÉS y JULIO CARBALLO. "La homogeneidad de la cultura jurídica", *Revista de Sociología del Derecho*, n.º 8, 1993.

BLANKENBURG, ERHARD. "Patterns of legal culture: The Netherlands compared to neighboring Germany", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 46, n.º 1, 1998, pp. 1 a 41.



- BLANKENBURG, ERHARD y FREEK BRUINSMA. *Dutch Legal Culture*, Deveter, Kluwer, 1991.
- BÖHMER, MARTIN. “Lusus naturae”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- BRICEÑO LEÓN, ROBERTO. “La violencia homicida en América Latina”, *América Latina Hoy*, n.º 50, 2008, pp. 103 a 116, disponible en [<https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/1130-2887/article/view/1343>].
- CANOVA GONZÁLEZ, ANTONIO; LUIS HERRERA ORELLANA, ROSA RODRÍGUEZ ORTEGA y GIUSEPPE GRATEROL STEFANELLI. *El TSJ al servicio de la revolución: la toma, los números y los criterios del TSJ venezolano (2004-2013)*, Caracas, Edit. Galipán, 2014.
- CAPPELLETTI, MAURO (ed.). *Access to justice*, 4 vols., Milán, European University Institute y Dott Giuffrè, and Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan der Rijn, 1979.
- CARBONELL, MIGUEL; WISTANO OROZCO y RODOLFO VÁZQUEZ (coords.). *Estado de derecho: concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, ITAM y Siglo XXI, 2002.
- CARRANZA, ELÍAS; MARIO HOUED, LUIS PAULINO MORA y EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *El preso sin condena en América Latina y el Caribe: estudio comparativo estadístico y legal de treinta países y propuestas para reducir el fenómeno*, San José, Ilanud, 1983.
- CEPEDA ESPINOSA, MANUEL JOSÉ. “The judicialization of politics in Colombia: The old and the new”, en RACHEL SIEDER, LINE SCHJOLDEN y ALAN ANGELL (eds.). *The Judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005.
- CONCHA CANTÚ, HUGO; HÉCTOR FIX-FIERRO, JULIA FLORES y DIEGO VALADÉS. *Cultura de la constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.

- CONSTANT, BENJAMIN. *Curso de política constitucional*, Madrid, Taurus, 1968.
- CORREA SUTIL, JORGE y LUIS BARRIOS LEZAETA (eds.). *Justicia y marginalidad: percepciones de los pobres*, Santiago, Universidad Católica de Chile, 1993.
- COTTERRELL, ROGER. “The concept of legal culture”, en DAVID NELKEN (ed.). *Comparing legal cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1997.
- COUSO, JAVIER. “The transformations of constitutional discourse and the judicialization of politics in Latin America”, en JAVIER COUSO, ALEXANDRA HUNEEUS y RACHEL SIEDER (eds). *Cultures of legality. Judicialization and political activism in Latin America*, Cambridge Cambridge University Press, 2010.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *Los jueces de la tradición: un estudio de caso*. México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2008.
- DE LA BARREDA SOLÓRZANO, LUIS. *La sociedad mexicana y los derechos humanos: encuesta nacional de derechos humanos, discriminación y grupos vulnerables*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.
- DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO. “Los abogados en Chile: desde el Estado al mercado”, *Informes de Investigación*, año 4, n.º 10, 2002, pp. 193 a 216, disponible en [[https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/10\\_Losabogados\\_Estadomercado\\_Inig\\_delaMaza.pdf](https://derecho.udp.cl/cms/wp-content/uploads/2020/06/10_Losabogados_Estadomercado_Inig_delaMaza.pdf)].
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Chávez: el legado y los desafíos”, *Envío*, n.º 373, 2013, disponible en [<https://www.envio.org.ni/articulo/4672>].
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “En defensa de Venezuela”, ANTONI AGUILÓ y JOSÉ LUIS EXENI RODRÍGUEZ (trads.). *Question Digital*, 26 de julio de 2017, disponible en [<https://questiondigital.com/boaventura-de-sousa-santos-en-defensa-de-venezuela/>].

DEZALAY, YVES y BRYANT GARTH. “Legitimizing the new legal orthodoxy”, en YVES DEZALAY y BRYANT GARTH (eds.). *Global prescriptions: The production, exportation, and importation of new legal orthodoxy*, Ann Arbor, Michigan University Press, 2002.

ELGUETA, MARÍA FRANCISCA y ERIC EDUARDO PALMA. “Cultura jurídica chilena y docencia: rememorando una hipótesis de trabajo enunciada en 1988”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEI, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile: libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Ediciones Universidad Alberto Hurtado y Universidad de Chile, 2014.

ENGEL, DAVID M. *The myth of the litigious society: Why we don't sue*, Chicago, Chicago University Press, 2016.

ENGEL, DAVID M. y JARUWAN S. ENGEL. *Tort, custom and karma: Globalization and legal conscience in Thailand*, Redwood City, Stanford University Press, 2010.

FERNANDES, EDESIO y ANN VARLEY (eds.). *Illegal cities: Law and urban change in Developing countries*, Nueva York, Zed Books, 1998.

FERRAJOLI, LUIGI. *Cultura jurídica y paradigma constitucional: la experiencia italiana del siglo xx*, Lima, Palestra, 2010.

FIX-FIERRO, HÉCTOR FELIPE; ALBERTO ABAD SUÁREZ ÁVILA y EDGAR CORZO SOSA. *Entre un buen arreglo y un mal pleito: Encuesta Nacional de Justicia*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015.

FIX-FIERRO, HÉCTOR FELIPE; LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

- FIX-ZAMUDIO, HÉCTOR. “Algunas tendencias predominantes en el constitucionalismo latinoamericano contemporáneos”, en RICARDO COMBELLAS (coord.). *El nuevo derecho constitucional latinoamericano*, Caracas, Asociación Venezolana de Derecho Comparado, Edit. Panapo, 1996.
- FORTES, PEDRO; LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM G. DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. “Legal culture and social development”, *Law and Society Review*, vol. 4, n.º 1, 1969, pp. 29 a 44.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. *The legal system: A social science perspective*, Nueva York, Russell Sage Foundation, 1975.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. “Is there a modern legal culture?”, *Ratio Juris*, vol. 7, n.º 2, 1994, pp. 117 a 131.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. *Human rights culture: A study in history and context*, Nueva Orleans, Quid pro Quo Books, 2011.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. & HARRY N. SCHEIBER (eds.). *Legal culture and the legal profession*, Nueva York, Routledge, 1996.
- FRIEDMAN, LAWRENCE M. y ANA CRISTINA NÚÑEZ. “Cultura jurídica popular: jueces de televisión”, en SALVADOR MILLALEO, JUAN CARLOS OYANEDEL, DANIEL PALACIOS y HUGO ROJAS (eds.). *Sociología del derecho en Chile: libro homenaje a Edmundo Fuenzalida*, Santiago de Chile, Universidad Alberto Hurtado y Universidad de Chile, 2014.
- FRIEDRICH, CARL J. *Constitutional government and democracy: theory and practice in Europe and America*, 4.<sup>a</sup> ed., Waltham, Blaisdell, 1968.

- FRÜHLING, HUGO. “Poder judicial y política en Chile”, en JAVIER DE BELAÚNDE (ed.). *La administración de justicia en América Latina*, Lima, Consejo Latinoamericano de Derecho y Desarrollo, 1984.
- FUENTES HERNÁNDEZ, ALFREDO (ed.). *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*, Bogotá, Corporación Excelencia en la Justicia, 1999.
- GAITÁN BOHÓRQUEZ, JULIO. *Huestes de Estado: la formación universitaria de los juristas en los comienzos del Estado colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2002, disponible en [<https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/huestes-de-estado-la-formacion-universitaria.pdf>].
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (dir.). *Jueces sin Estado: la justicia colombiana en zonas de conflicto armado*, Bogotá, Siglo del Hombre, 2008.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (dir.). *Normas de papel: la cultura del incumplimiento de las reglas*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, 2009.
- GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO. “Ineficacia del derecho y cultura del incumplimiento de reglas en América Latina”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- GEERTZ, CLIFFORD. *The interpretation of cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973.
- GIL, DIEGO; ROLANDO GARCÍA y LAWRENCE M. FRIEDMAN. “Media representations of the Inter-American System of Human Rights”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM GERALD DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.

GÓMEZ, MANUEL ALEJANDRO y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Big law in Latin America and Spain: globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Londres, Palgrave Macmillan, 2018.

GONZALES MANTILLA, GORKI. *La enseñanza del derecho o los molinos de viento: cambios, resistencias y continuidades*, Lima, Palestra, 2008.

GONZALES MANTILLA, GORKI. *Los jueces: carrera judicial y cultura jurídica*, Lima, Palestra, 2009.

GONZALES MANTILLA, GORKI (ed.). *La educación legal como política pública en América Latina*, Lima, Palestra, 2018.

GONZÁLEZ, FLORENTINO. *Lecciones de derecho constitucional*, 2.<sup>a</sup> ed., París, Rosa & Bouret, 1871.

GONZÁLEZ-SALZBERG, DAMIÁN. “Complying (partially) with the compulsory judgements of the Inter-American Court of Human Rights”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM G. DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.

HALEY, JOHN OWEN. “The myth of the reluctant litigant”, *The Journal of Japanese Studies*, vol. 4, n.º 2, 1978, pp. 359 a 390.

HELMKE, GRETCHEN y JULIO RÍOS FIGUEROA. *Tribunales constitucionales de América Latina*, México, D. F., Poder Judicial de la Federación, 2010.

HERNÁNDEZ, TOSCA y CARMEN LUISA REYNA DE ROCHE. *Todo legal. Bufete de abogados populares*, Caracas, Fundación de Estudios de Derecho Administrativo, 2013.

KAWASHIMA, TAKEYOSHI. “Dispute resolution in contemporary Japan”, en ARTHUR VON MEHREN (ed.). *Law in Japan. The legal order in a changing society*, Cambridge, Harvard University Press, 1963.

- KRITZER, HERBERT. “The antecedents of disputes: complaining and claiming”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 1, n.º 6, 2011, disponible en [[https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=faculty\\_articles](https://scholarship.law.umn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=faculty_articles)].
- LA ROTA, MIGUEL EMILIO; SEBASTIÁN LALINDE ORDÓÑEZ, SANDRA SANTA MORA y RODRIGO UPRIMNY YEPES. *Ante la justicia. Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia*, Bogotá, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2014, disponible en [[https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi\\_name\\_recurso\\_665.pdf](https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/04/fi_name_recurso_665.pdf)].
- LEÓN PASTOR, RICARDO. *Diagnóstico de la cultura judicial peruana*, Lima, Academia de la Magistratura, 1996.
- LISTA, CARLOS A. y ANA MARÍA BRIGIDO. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editores, 2002.
- MACKINSON DE SOROKIN, GLADYS J. *Sociología del poder judicial*, Buenos Aires, Ediciones Sociología del Derecho, 1987.
- MERRYMAN, JOHN HENRY; DAVID SCOTT CLARK y LAWRENCE M. FRIEDMAN. *Law and social change in Mediterranean Europe and Latin America: a handbook of legal and social indicators*, Stanford, Stanford University Law School, 1979.
- MERRYMAN, JOHN HENRY y ROGELIO PÉREZ-PERDOMO. *The civil law tradition. An introduction to the legal systems of Europe and Latin America*, 4.ª ed., Stanford, Stanford University Press, 2019.
- MOLANO SIERRA, EDWIN. “Análisis poscolonial del discurso de la cultura del incumplimiento en Latinoamérica”, *Dilemas - Revista de Estudios de Conflicto e Controle Social*, vol. 12, n.º 2, 2019, pp. 333 a 356, disponible en [<https://www.redalyc.org/journal/5638/563860269007/html/>].
- MUJICA, JARIS. *Micropolíticas de la corrupción: redes de poder y corrupción en el Palacio de Justicia*, Lima, Asamblea Nacional de Rectores, 2011.

- NELKEN, DAVID. "Rethinking legal cultures", en MICHAEL FREEMAN (ed.). *Law and sociology*, Oxford, Oxford University Press, 2006.
- NELKEN, DAVID. "Using legal culture: Purpose and problems", *Journal of Comparative Law*, n.º 5, 2010.
- NINO, CARLOS SANTIAGO. *Un país al margen de la ley: estudio de la anomia como componente del subdesarrollo argentino*, Buenos Aires, Emecé, 1992.
- OLIVARES M., FRANCISCO. *La presa del comandante: la dramática historia de la jueza María Lourdes Afiuni, mandada a encarcelar tras poner en libertad a un enemigo del presidente de la República Hugo Chávez*, Caracas, La Hoja del Norte, 2012.
- PÁSARA, LUIS. *Jueces, justicia y poder en el Perú*, Lima, Cedys, 1982.
- PÁSARA, LUIS (comp.). *En busca de una justicia distinta: experiencias de reforma judicial en América Latina*, Lima, Consorcio de Justicia Viva, 2004.
- PEREIRA, ANTHONY W. *Political (In)Justice: Authoritarianism and rule of law in Brazil, Chile and Argentina*, Pittsburgh, Pittsburgh University Press, 2005.
- PÉREZ HURTADO, LUIS FERNANDO. *La futura generación de los abogados mexicanos. Estudio de las escuelas de derecho y los estudiantes de derecho en México*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México y CEEAD, 2009.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los abogados en Venezuela*, Caracas, Monte Ávila, 1981.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO (coord.). *Justicia y pobreza en Venezuela*, Caracas, Monte Ávila, 1987.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. "De la justicia y otros demonios", en MARÍA EUGENIA BOZA y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (comp.). *Seguridad jurídica y competitividad*, Caracas, IESA, 1996.



- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los abogados de América Latina*, Bogotá, Externado, 2004.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Justicia e injusticias en Venezuela*, Caracas, Academia Nacional de la Historia y Universidad Metropolitana, 2011.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Gente del derecho y cultura jurídica de América Latina*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los juristas académicos de Venezuela: historia institucional y biografía colectiva*, Caracas, Universidad Metropolitana, 2014.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Versión escrita de la conferencia pronunciada por el galardonado al recibir el Premio Internacional de Investigación en Derecho ‘Héctor Fix-Zamudio’ 2014. ‘El derecho comparado y la comparación de culturas jurídicas. Una perspectiva latinoamericana’”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 146, 2016, pp. 477 a 504, disponible en [<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/10522>].
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Acceso a la justicia en América Latina cuatro décadas después”, en EDUARDO FERRER MAC-GREGOR, GILBERTO HERRERA BERNAL y SAÚL LÓPEZ NORIEGA (coords.). *Fortalecimiento de derechos, ampliación de libertades*, t. II. México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2018.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Educación jurídica y política en Venezuela revolucionaria”, en GORKI GONZALES MANTILLA (ed.) *La educación jurídica como política pública en América Latina*, Lima, Palestra, 2018.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO y PEDRO NIKKEN. *Derecho y propiedad de la vivienda en los barrios de Caracas*, Caracas, Fondo de Cultura Económica y Universidad Central de Venezuela, 1979.

- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO y JULIA RODRÍGUEZ TORRES (comp.). *La formación jurídica de América Latina: tensiones e innovaciones en tiempos de globalización*, Bogotá, Externado, 2006.
- PODGORECKI, ADAM. *Knowledge and opinion about law*, Londres, M. Robertson, 1973.
- PORTALIS, JEAN-ÉTIENNE-MARIE. *Discours préliminaire du premier projet de Code Civil*, Bordeaux, Éditions Confluences, 2004, disponible en [[https://mafr.fr/IMG/pdf/discours\\_1er\\_code\\_civil.pdf](https://mafr.fr/IMG/pdf/discours_1er_code_civil.pdf)].
- RABASA, EMILIO. *La constitución y la dictadura*, Coyoacán, Conaculta, 2002.
- RODRÍGUEZ GARAVITO, CÉSAR (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011.
- ROSENN, KEITH S. *O jeito na cultura jurídica brasileira*, Río de Janeiro, Livraria e Editora Renovar, 1998.
- SERRANO, SOL. *Universidad y nación: Chile en el siglo XIX*, Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 1994.
- SIEDER, RACHEL; LINE SCHJOLDEN y ALAN ANGEL (eds.). *The judicialization of politics in Latin America*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2005.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Externado, 1997.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia*, IV t., Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SQUELLA, AGUSTÍN (ed.). *La cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1992.
- SQUELLA, AGUSTÍN (ed.). *Evolución de la cultura jurídica chilena*, Santiago de Chile, Corporación de Promoción Universitaria, 1994.

- TOHARIA CORTES, JOSÉ JUAN. *¡Pleitos tengas! Introducción a la cultura legal española*, Madrid, Centro de Investigaciones Sociológicas y Siglo XXI, 1987.
- TOHARIA CORTES, JOSÉ JUAN. *Opinión pública y justicia: la imagen de la justicia en la sociedad española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2001.
- TOHARIA CORTES, JOSÉ JUAN y JUAN JOSÉ GARCÍA DE LA CRUZ HERRERO. *La justicia ante el espejo: 25 años de estudios de opinión del CGPJ*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2005.
- TORELLY, MARCELO. “Transnational legal process and fundamental rights in Latin America: How does the Inter-American Human Rights System reshape domestic constitutional rights?”, en PEDRO FORTES, LARISSA BORATTI, ANDRÉS PALACIOS LLERAS y TOM GERALD DALY (eds.). *Law and policy in Latin America: Transforming courts, institutions and rights*, Londres, Palgrave Macmillan, 2017.
- TORRES ARENDS, IRENE. *Cultura jurídica y estudiantes de derecho: una medición de la cultura jurídica en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2002.
- UNGAR, MARK. *Elusive reform: democracy and rule of law in Latin America*, Boulder, Lynne Rienner Publisher, 2002.
- VALADÉS, DIEGO. “Consideraciones preliminares”, en HUGO CONCHA CANTÚ, HÉCTOR FIX-FIERRO, JULIA FLORES y DIEGO VALADÉS (eds.). *Cultura de la constitución en México: una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2004.
- WERNECK VIANNA, LUIZ; MARIA ALICE REZENDE DE CARVALHO, MANUEL PALACIOS CUNHA MELO y MARCELO BAUMANN BURGOS. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Río de Janeiro, Revan, 1999.

WILSON, BRUCE M. "Constitutional rights in the age of assertive superior courts: An evaluation of Costa Rica's constitutional chamber of the Supreme Court", en *Willamette Law Review*, n.º 48, 2012, pp. 451 a 471, disponible en [<https://willamette.edu/law/resources/journals/review/pdf/volume-48/wil-48-4-wilson.pdf>].

WORMAID, PETER. *Legal culture in the early medieval west: Law as text, image and experience*, Londres, Hambledon Press, 1999.

YANES, FRANCISCO JAVIER. *Manual político del venezolano*, Caracas, Academia Nacional de Historia y Universidad Metropolitana, 2009.

YNGVESSON, BARBARA. "Inventing law in local settings: Rethinking popular legal culture", *Yale Law Journal*, vol. 98, n.º 8, 1989, pp. 1.689 a 1.709, disponible en [<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/16637>].

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL (coord.). *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, Buenos Aires, Depalma, 1986.



## CAPÍTULO SÉPTIMO

## Profesión jurídica

MARÍA INÉS BERGOGLIO<sup>650</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Aunque la noción de profesión jurídica parece referirse a un término entendido por todos, vale la pena aclarar que en la discusión siguiente no serán identificados como abogados quienes poseen un título universitario en derecho, sino quienes se ocupan del ejercicio liberal de la profesión<sup>651</sup>. Antes de analizar el papel que cumplen en la región como

650     Doctora en Ciencia Política (Universidad Católica de Córdoba), Especialista en Sociología Política (Centro de Estudios Constitucionales de Madrid), Profesora Emérita de Sociología Jurídica (Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Córdoba). Investigadora categoría 1 (Programa Nacional de incentivos). Académica de número, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba. Contacto: [[mibergoglio@gmail.com](mailto:mibergoglio@gmail.com)] ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-8345-5101>].

651     Este mismo criterio es seguido por FUCITO, quien abarca en su análisis solo a quienes ejercen la profesión de manera independiente y se encuentran matriculados en un colegio de abogados. En cambio, SILVA GARCÍA incluye

auxiliares de la justicia, corresponde discutir hasta dónde puede considerarse conjuntamente este colectivo que hoy supera ampliamente al millón de personas<sup>652</sup> diseminado en los 33 Estados de la región latinoamericana.

Este conjunto profesional comparte, sin duda, muchos rasgos comunes. La referencia a la tradición jurídica romanista, la influencia de la legislación española y la herencia del pasado colonial, marcan las bases de una cultura compartida. Por otra parte, a lo largo de la historia nuestras naciones han vivido procesos similares: las luchas por la independencia, los esfuerzos para la organización nacional, la búsqueda del desarrollo económico y social, lo que genera una base común de experiencias en los principales actores sociales.

Durante esos diversos ciclos, los abogados han desempeñado un papel significativo en la construcción de los Estados nacionales y, en consecuencia, las peculiaridades nacionales se perciben claramente en ellos. Estas singularidades no niegan sin embargo las semejanzas que las experiencias compartidas han ido plasmando en ellos. Por eso es posible hablar de los abogados latinoamericanos como un conjunto, tal como lo ha documentado PÉREZ PERDOMO<sup>653</sup> en su análisis histórico de los abogados latinoamericanos.

En los últimos años, las transformaciones económico-sociales asociadas a las políticas neoliberales, así como los impactos de la internacionalización de la economía, han reforzado esos rasgos comunes y nuevamente los abogados viven procesos similares. Las tendencias a la creciente heterogeneidad social que experimenta el continente, así como los cambios en la organización social de la profesión introducen entre ellos desigualdades crecientes, tanto en las formas de trabajo como en los ingresos que su ocupación les proporciona.

En este capítulo se revisará, en primer lugar, cómo se ha analizado la profesión jurídica desde diferentes perspectivas sociológicas. Luego serán presentados los rasgos que asume en América Latina, tomando

---

en su estudio sobre la profesión jurídica tanto a abogados como a jueces. Ver: FUCITO, FELIPE. *Perfil del abogado bonaerense*, La Plata, Fundación Cijuso, 2000; GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia, t. I: La profesión jurídica*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

652 Solo la Orden Brasileña de Abogados, la asociación profesional más grande de la región tenía 1.240.436 profesionales afiliados en 2022.

653 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Bogotá, Externado, 2004, p. 6.

en cuenta las principales tendencias que experimenta actualmente la región. Este panorama brinda una perspectiva general desde la cual es posible describir los principales estilos contemporáneos de ejercicio profesional, y permite sugerir algunas hipótesis sobre los procesos de cambio en la cultura jurídica en la región.

## II. PERSPECTIVAS CONCEPTUALES

Los debates sociológicos acerca de qué se entiende por profesión, tienen una larga historia. Se han analizado las notas distintivas de una profesión, tales como el monopolio de un saber técnico especializado, la existencia de una asociación de colegas y el reconocimiento público del prestigio profesional. De igual manera, se suele mencionar la existencia de una relación de servicio con el cliente, en cuyo desarrollo el profesional dispone de un grado considerable de autonomía.

Los análisis contemporáneos prestan especial atención al proceso a través del cual una ocupación se convierte en una profesión. Desde la perspectiva interaccionista, definir una colectividad como una profesión implica sostener que el grupo construye una imagen de auto-presentación a la sociedad, que luego puede utilizar para obtener beneficios. HOWARD BECKER entiende a los profesionales como grupos ocupacionales que se han movilizado para lograr el reconocimiento social de su posición, interesados en obtener de este modo poder y prestigio<sup>654</sup>. Tal como ha señalado MAGALLI SARFATTI LARSON, el proceso de profesionalización supone la afirmación de una identidad colectiva, de un status social especial, así como un proceso colectivo de movilidad social ascendente<sup>655</sup>.

Los primeros análisis sociológicos de la profesión jurídica fueron hechos por MAX WEBER, quien atribuyó a las diferencias de organización profesional las variaciones entre el derecho anglosajón y el continental. Observó que mientras el derecho anglosajón se caracterizó

654 Para mayores detalles, ver GERMÁN SILVA GARCÍA. “Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 12, n.º 23, 2009, pp. 71 a 84, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496>].

655 MAGALI SARFATTI LARSON. “The rise of professionalism: A sociological analysis”, en STANLEY ARONOWITZ y MICHAEL J. ROBERTS (eds.). *Class: The anthology*, Hoboken (NJ), John Wiley & Sons, 2017, pp. 263 a 286.



por sus organizaciones profesionales relativamente autónomas, muy pendientes del servicio al cliente, el derecho continental ha tenido mayor influencia de los académicos y se ha caracterizado por propuestas racionalizadoras. En este esquema de análisis, sugirió que la forma de organización del trabajo profesional incide sobre los estilos de pensamiento jurídico, de gran influencia en la cultura y la sociedad.

WEBER contemplaba a la organización profesional de los abogados como un recurso que los actores emplean para mantener su posición en un mercado estructurado en gran medida por el Estado, pero controlado por los productores privados. En su búsqueda de prestigio y éxito económico, los actores intentan protegerse de la competencia. Las profesiones se caracterizan por buscar esa protección a través de una estrategia de monopolio de sus mercados y de control del comportamiento de sus miembros por medio de la organización. En esta concepción, la profesionalización se entiende como un proyecto de control del mercado que apunta a la movilidad social colectiva.

Este análisis conduce a observar a los abogados como un grupo relativamente autónomo, movilizable para diferentes proyectos políticos, y en particular, para los de signo moderno, asociados a la profundización del proceso de racionalización formal. Así se entiende su fuerte presencia en las asambleas de la Revolución francesa, observada por el propio WEBER, y su destacado papel en las luchas por la independencia latinoamericana y en la construcción de los Estados nacionales<sup>656</sup>.

Este enfoque sobre la profesión es el más difundido en América Latina, y aparece tanto en los trabajos de PÉREZ PERDOMO como en los de SILVA GARCÍA<sup>657</sup>. En este contexto, los abogados aparecen como un grupo autónomo, que persigue sus propias metas políticas y económicas, cuyo papel en los proyectos de transformación social es variable y debe ser explicado en cada momento histórico. La independencia política que postula este modelo tiene claras bases en la autonomía de trabajo de los abogados, posibilitada por el ejercicio liberal de la profesión.

El análisis de la profesión jurídica hecho por TALCOTT PARSONS otorga relevancia al rol político de los abogados. El autor destaca su ambigua relación con el Estado, el hecho de que los abogados deben

656 PÉREZ PERDOMO, *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, cit., pp. 60 y ss.

657 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. IV: *Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

hablar del interés público cuando están con sus clientes en la esfera privada, y cuando concurren a tribunales deben defender los intereses privados. Esta profesión, que opera en un espacio configurado por el Estado pero que depende del financiamiento privado, se puede caracterizar en sus palabras como *intersticial*. La ve como “una entidad que, por decirlo así, penetra los límites entre las funciones y las responsabilidades privadas y las públicas. Sus miembros actúan en ambas funciones y la profesión tiene decidido anclaje en las dos”<sup>658</sup>. Su discusión de las diversas funciones de la profesión –custodia de una tradición cultural, mecanismo de control social– subraya su contribución a la conservación del orden social. En su perspectiva, “la profesión legal es una especie de línea de defensa secundaria contra las consecuencias desorganizadoras del conflicto”<sup>659</sup>.

En la mirada de PARSONS, influida tanto por MAX WEBER como por EMILE DURKHEIM, los profesionales constituyen una comunidad homogénea en valores y creencias, que ayuda a reducir el vacío entre los individuos y el Estado en sociedades donde la división del trabajo se ha profundizado. La organización profesional no es el resultado de una estrategia de mercado, sino más bien el fruto de una negociación con la sociedad como conjunto, que les concede el monopolio de su área de conocimiento a cambio de su compromiso de servicio público.

En este análisis se destaca el carácter unitario de la profesión, cuyos miembros PARSONS ubica, como a otros graduados universitarios, en el estrato medio alto. Los análisis empíricos parecían confirmar la adecuación de este enfoque: su origen social era similar –la mayoría provenía de los niveles medios o altos–, y la fuerte coherencia de la educación jurídica acentuaba la homogeneidad. El hecho de que la enorme mayoría de ellos se insertaba en el mercado laboral como profesional independiente, trabajando en estudios unipersonales o compartiendo despacho con dos o tres colegas, contribuía a perfilar a la profesión como un grupo coherente, de similar ubicación en la estructura social. Este esquema conceptual, poco usado en América Latina, no resulta útil pues no alcanza a explicar la desigualdad entre los abogados, tal como ocurre en general con los esquemas teóricos de cuño funcionalista.

658 TALCOTT PARSONS. “Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal”, en *Ensayos de Teoría Sociológica*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Paidós, 1967, p. 326.

659 Ídem.

Dentro de la perspectiva conflictivista, es necesario mencionar a WRIGHT MILLS, quien describió la posición de los abogados en su estudio sobre las clases medias en Norteamérica. A diferencia de PARSONS –que enfatiza los aspectos políticos del rol profesional– MILLS subraya la importancia de las dimensiones ocupacionales de ese papel y analiza la posición de los abogados en el mercado de trabajo. En esa obra escrita en Estados Unidos en 1951, describe la tendencia al crecimiento de las oficinas jurídicas orientadas a empresas:

El abogado con éxito ha creado una oficina a imagen y semejanza de las grandes compañías a las que ha venido a servir y defiende. A causa del incremento de las actividades de la abogacía y de la concentración de la práctica de ésta, la oficina del abogado ha crecido de tamaño, rebasando todo lo soñado por los abogados del siglo XIX. Esta centralización del talento jurídico [...] significa que muchos individuos que practicaban la abogacía se quedan aislados, mientras otros se convierten en agentes asalariados de los que están arriba<sup>660</sup>.

La tendencia al aumento de tamaño de las empresas jurídicas desemboca en burocracias de mediano tamaño, que procesan conflictos masivamente e inauguran un estilo particularmente impersonal de relación con los clientes. En la visión de MILLS, el avance de los procesos de burocratización y especialización profundiza el contraste entre los modos de ejercicio profesional en las grandes firmas jurídicas y los de quienes siguen ejerciendo liberalmente la profesión. Estas transformaciones presionan hacia la segmentación de la profesión como grupo social.

Al igual que PARSONS, MILLS ve que la suerte de los abogados está ligada a la suerte de sus clientes. Su mayor sensibilidad a las desigualdades sociales, así como la importancia que otorga al mundo del trabajo, le permiten reconocer las tendencias a la fragmentación profesional. En una sociedad que se fragmenta, lo mismo les pasa a los abogados, sobre todo porque con la expansión de la educación su número ha aumentado. En esta perspectiva, se supone que la frag-

mentación social de la profesión jurídica significa una acentuación de la concepción social del derecho como un instrumento. Las competencias de los abogados para defender racionalmente una causa se trasladan con facilidad a la política y MILLS señala que los distintos segmentos de la profesión se identifican políticamente con los intereses de los clientes a quienes sirven.

Este enfoque es sensible a las consecuencias de los cambios en la inserción ocupacional de los abogados, pero presta poca ayuda para comprender su rol político, en tanto tiende a considerar a los grandes actores colectivos como protagonistas centrales de las mutaciones sociales. Como muchos análisis realizados desde el conflictivismo, conduce fácilmente a una mirada escéptica sobre la contribución autónoma del derecho y sus operadores a los proyectos de cambio social.

Otras perspectivas recientes elaboran miradas diferentes sobre los abogados, fundándose en nuevas concepciones sobre el derecho. MAUREEN CAIN y CHRISTINE HARRINGTON<sup>661</sup> parten de considerar al derecho como un discurso que moldea la conciencia, creando las categorías a través de las cuales el mundo social adquiere significado; el derecho es parte de la vida social, no algo que esté por fuera o por encima de ella.

Desde esta perspectiva, el derecho opera en la sociedad de modos diferentes, y la ideología legal puede ser interpretada de muchas maneras, tanto en el sentido de reforzar las relaciones de dominación, como generando espacios de resistencia para esas mismas relaciones. La tarea del abogado es la traducción discursiva, expresando en lenguaje jurídico los intereses y metas de sus clientes. Al hacerlo, juegan un rol creativo, constitutivo de las mismas relaciones sociales. Esta concepción ve en los juristas a *imaginativos negociantes de palabras*. Reconoce que en la práctica cumplen esta tarea principalmente para quienes pueden pagar sus servicios, pero observa igualmente que algunos profesionales se comprometen en la traducción de los intereses y metas de los oprimidos.

Esta conceptualización no mira a la profesión jurídica como una totalidad comprometida con el servicio público, en la ingenua visión parsoniana. Tampoco se limita a concebirla como un instrumento de la lucha de clases, perspectiva que puede haber resultado adecuada

---

661 MAUREEN CAIN y CHRISTINE HARRINGTON. *Lawyers in a post-modern world: Translation and transgression*, Nueva York, New York University, 1994.

en el siglo XIX, cuando la universidad era un espacio exclusivo de la aristocracia, pero que resulta poco útil cuando la democratización de la enseñanza universitaria apunta a la creciente heterogeneidad social de los juristas. La perspectiva de CAIN y HARRINGTON ve a los abogados no solo como ingenieros de las relaciones de negocios, sino en un sentido más amplio, ingenieros de relaciones que son tanto políticas como sociales, que están preñadas de aspiraciones por una sociedad mejor. El ejercicio de este papel de mediadores al servicio de distintos sectores puede ser una tarea creativa, que no se limita a la aplicación mecánica de las normas, sino que va configurando los vínculos sociales al mismo tiempo que contribuye a definir su sentido.

Recientemente, SIDA LIU<sup>662</sup> se ha interesado en analizar los procesos que estructuran a la profesión misma, más que en describir su papel en la estructura social. Su perspectiva, derivada de ANTHONY GIDDENS, acentúa el hecho de que continuamente estamos reconstruyendo las estructuras sociales, incluso aunque no nos propongamos hacerlo.

En su mirada, los procesos claves a través de los cuales se estructura la profesión legal son los siguientes: a) luchas por el diagnóstico, por medio de los cuales se constituye el conocimiento profesional específico; b) trabajo sobre los límites de la profesión, que delimitan la jurisdicción profesional; c) migración de profesionales a través de áreas geográficas y jerarquías de prestigio; y d) intercambios con el Estado.

Las luchas por el diagnóstico son los procesos por conducto de los cuales se configura el conocimiento técnico. En el campo de las profesiones impera una lógica de tres pasos, que implica la secuencia diagnóstico-inferencia-tratamiento, muy visible por ejemplo en la tarea de los médicos. El trabajo de los abogados sigue la misma secuencia: el diagnóstico relaciona el problema del cliente con el sistema de conocimientos profesionales y le permite inferir el tipo de estrategia a seguir: negociación, mediación o litigación, por ejemplo. Estas cuestiones diagnósticas no se limitan a la interacción con el cliente a nivel individual, también ocurren a un nivel más amplio, como cuando se registran conflictos entre distintos actores legales en el momento de producción de las leyes o en el de su implementación. Es lo que PIERRE BOURDIEU llama las disputas por la definición del orden deseado, que ocurren a diferentes niveles y son también desafiadas en diferen-

tes foros<sup>663</sup>. Estas luchas suelen estar en la raíz del activismo de los abogados de causa.

La profesión, tal como la conocemos hoy, es así mismo el resultado de los esfuerzos de sus miembros por definir los límites de su actividad respecto a otros actores sociales. Los conflictos entre contadores y abogados en torno a campos como el asesoramiento en materia de impuestos –visible a nivel global en la competencia entre firmas contables y jurídicas– son un ejemplo claro de este trabajo por la definición de los límites del campo profesional. El proceso de inserción de las firmas de abogados extranjeras en América Latina ofrece ejemplos de lucha por la definición de la jurisdicción profesional. Mientras que algunas naciones como Venezuela y México acogieron con facilidad a los abogados extranjeros, en otros casos como el de Brasil, la resistencia ha sido muy marcada<sup>664</sup>.

LIU otorga mucha importancia al análisis de la movilidad, geográfica o social, entre los procesos que influyen en la estructuración de la profesión legal. En este marco, es posible observar cómo las culturas jurídicas tradicionales como el *common law* o la tradición civilista, se han configurado siguiendo la expansión colonial de las naciones de origen. De modo contemporáneo, procesos como la movilidad de las mujeres abogadas en las jerarquías profesionales y la creciente influencia de la cultura jurídica del *common law* son centrales para comprender las formas actuales de la profesión.

El cuarto proceso que contribuye a definir la profesión es su intercambio con el Estado, que puede asumir dinámicas muy diferentes, como intervención, regulación, mediación o disciplinamiento. LIU subraya, como PARSONS, que el rol de los abogados incluye una dimensión política, de tal modo que no podemos comprender la situación de la profesión sin abordar también este aspecto.

---

663 Para BOURDIEU, la lucha entre diferentes agentes sociales que intentan imponer su definición del buen orden y de la buena distribución en una sociedad estructuralmente desigual, ocurre en el campo jurídico, entendido como “el lugar de una concurrencia por el monopolio del derecho de decir el derecho”. PIERRE BOURDIEU. *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Descleé de Brouwer, 2000, p. 169.

664 MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Corporate lawyers and multinational corporations in Latin America and Spain: 1990-2015”, en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 3 a 23.

### III. LA EXPANSIÓN DE LA PROFESIÓN

Para describir los rasgos que asume la profesión jurídica en América Latina, es necesario tomar en cuenta las principales tendencias que han venido transformando su perfil a partir del último tercio del siglo xx, como la expansión numérica de la profesión, las tendencias a la organización empresarial influidas por la internacionalización, así como al desarrollo de nuevas formas de activismo político.

En la mayoría de los países de los que se dispone de datos, el número de abogados no ha dejado de crecer desde hace más de 40 años<sup>665</sup>. Esta tendencia es particularmente fuerte en América Latina gracias a la democratización de la educación universitaria experimentada por la región<sup>666</sup>.

De manera consecuente ha aumentado el número de graduados en derecho en la mayoría de los países latinoamericanos, a un ritmo muy superior al del crecimiento general de la población. En algunos casos, este proceso ha sido particularmente intenso: así, en los últimos 50 años la proporción de los abogados por cada 100 mil habitantes se multiplicó por diez en Brasil y México y por ocho en Venezuela. Esta disponibilidad de juristas graduados resulta muchas veces superior a la corriente en países del Norte. Así, en la actualidad, el número de abogados por habitantes en Argentina, Brasil y Venezuela supera al que se registra en Estados Unidos (ver Cuadro 1).

¿Continuará creciendo la proporción de abogados en los próximos años? Los argumentos usados para explicar esta expansión sugieren

---

665 HERBERT KRITZER. "Law schools and the continuing growth of the legal profesion", *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, n.º 3, 2013, pp. 450 a 473, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/198>].

666 Según datos oficiales, la proporción de jóvenes que concurren a la universidad se duplicó en la región entre 1998 y 2010 atenuando el carácter socialmente restringido que tenía por tradición la educación superior. Pese al crecimiento de oportunidades educativas, subsisten graves desigualdades según ingresos, ya que los jóvenes provenientes de los hogares de menores recursos tienen mayores dificultades para concluir los estudios. Mientras la conclusión de estudios terciarios en el grupo de edad entre 25 y 29 llegaba al 0,7% del quintil de más bajos ingresos en los países de América Latina, en el quintil más rico era de 18,3%. Ver CRISTIÁN BELLEI. *Situación educativa de América Latina y el Caribe: hacia la educación de calidad para todos al 2015*, Santiago de Chile, OREALC - UNESCO, 2013, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000224559>].

que así ocurrirá en efecto. LAWRENCE FRIEDMAN vincula este crecimiento con el florecimiento de la cultura legal moderna, una tendencia conectada con la urbanización y la modernización social. Estos procesos implican que los controles sociales tradicionales, basados en la costumbre, van perdiendo importancia, mientras que la presencia del derecho como mecanismo de control social se vuelve general<sup>667</sup>.

**CUADRO 1.** Número de abogados por cada 100.000 habitantes (1960-2015)

	1960	2000	2010 – 2015
Argentina	86	368	558 (2015)
Brasil	42	150	410 (2010)
Colombia	---	254	354 (2010)
México	24	208	267 (2016)
Venezuela	57	282	443 (2012)
Estados Unidos	158	362	406 (2015)

Fuente: MARÍA INÉS BERGOGLIO. “Tendencias recientes en la profesión jurídica latinoamericana: expansión y segmentación” en FELIPE FUCITO, ENRIQUE ZULETA PUCEIRO y ANDREA GASTRON (comps.). *Temas socio-jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2020, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/2020\\_temas-socio-juridicos-fundamentales.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/2020_temas-socio-juridicos-fundamentales.pdf)].

Las reflexiones sobre esta cuestión en América Latina toman en cuenta otros factores. Estudios sobre Brasil, conectan el crecimiento del número de abogados a los cambios económicos asociados a la globalización. En México, se ha subrayado que la multiplicación normativa vinculada al proceso de democratización y la creación del NAFTA han profundizado la necesidad de abogados. En Argentina se ha destacado la importancia del impacto de la política de educación superior, que facilita el acceso a la universidad<sup>668</sup>.

667 LAWRENCE FRIEDMAN. “Big law today and tomorrow”, en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 331 a 340.

668 Para Brasil, ver LUCIANA GROSS CUNHA, DANIELA MONTEIRO GABBAY, JOSE GARCEZ GHIRARDI, DAVID M. TRUBEK y DAVID B. WILKINS. “Globalization, lawyers, and emerging economies: The case of Brazil”, en *The Brazilian legal profession in the age of globalization: The rise of the corporate legal sector and its impact on lawyers and society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, disponible en [<https://ssrn.com/abstract=3110792>];



La expansión de la profesión tiene como consecuencia una creciente heterogeneidad de su composición, tanto en términos de género, como de origen geográfico o étnico. Si bien los cambios pueden considerarse modestos desde la perspectiva de la equidad educativa, resulta claro que los tradicionales perfiles de la profesión jurídica, como un grupo blanco, predominantemente masculino, de fuerte anclaje en las élites, se han ido modificado. Hoy encontramos en ella abogados y abogadas provenientes de diversos sectores sociales<sup>669</sup>.

La tendencia a la expansión del número de abogados que acabamos de revisar, se ha visto acompañada por la creciente presencia de formas empresariales de organización del trabajo jurídico. Tradicionalmente, los abogados latinoamericanos trabajaban en despachos individuales o compartidos con un pequeño grupo de profesionales, muchas veces ligados por estrechos vínculos personales. Tales oficinas no constituían auténticas empresas, sino que eran apenas asociaciones para compartir gastos, pero no los ingresos devengados por la actividad profesional. Los principales demandantes de sus servicios eran personas, y para atender sus variados conflictos, los profesionales

---

Sobre México, consultar RODRIGO MENESES REYES y JOSÉ ANTONIO CABALLERO. "Global and traditional: A profile of corporate lawyers in Mexico", en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 177 a 196; para Argentina, ver CARLOS ALBERTO LISTA. "La educación jurídica en Argentina: genealogía de una crisis", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, n.º 8, 2005, pp. 601 a 617.

- 669 Para descripciones de la diversidad de la profesión en la región, puede verse para Argentina: MARÍA INÉS BERGOGLIO. "Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales", en JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ, HUGO ALEJANDRO CONCHA CANTÚ, FRANCISCO ALBERTO IBARRA PALAFOX y HÉCTOR FIX FIERRO (eds.). *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Vol. 1: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 529 a 573, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2813/19.pdf>]. En Brasil, MARIA DA GLORIA BONELLI e IVAR HARTMANN. "Legal profession in Brazil: Changes in the last 30 years", *Third International Sociological Association Forum*, Vienna, 10 a 14 de julio de 2016. Para México, ver HÉCTOR FIX-FIERRO. *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, D. F., UNAM, 2006.

necesitaban una formación de orientación general. Estas formas de práctica jurídica, muy difundidas todavía hoy, resultaban apropiadas para sociedades donde los lazos entre el cliente y su abogado estaban fundados en relaciones personales, y donde el capital social del profesional era uno de los ejes centrales que garantizaba su éxito.

En las últimas décadas, la abundancia de abogados ha incentivado la competencia entre ellos, estimulando variadas estrategias para ubicarse profesionalmente, como la creciente especialización por ramas del derecho, así como la tendencia a asociarse con otros. En un contexto marcado por las consecuencias de las políticas de orientación neoliberal, surgen nuevas formas de ejercicio profesional. Los abogados ejercen en grupos más grandes, dentro de los cuales se acentúa la división del trabajo, como lo muestra la investigación de MARÍA INÉS BERGOGLIO sobre bufetes en Argentina, Brasil y México<sup>670</sup>. La profundización de la división del trabajo implica también una tendencia a la organización empresarial de las oficinas de los abogados, alentada igualmente por el cambio tecnológico.

Las nuevas alternativas tecnológicas disponibles en actividades como procesamiento de textos, comunicaciones con los clientes y búsqueda de información técnica, impactaron sobre la organización del trabajo jurídico. Como el desarrollo tecnológico exigía mayores recursos económicos para iniciar una oficina, –especialmente en las primeras fases de la revolución digital– el tamaño de los estudios tendió a crecer, e incluso aparecieron algunas grandes empresas jurídicas con más de 50 abogados y organizadas según el modelo anglosajón. Cuando los estudios jurídicos se vuelven empresas, se desencadena un proceso de salarización de los abogados: el clásico profesional independiente deja de ser la mayoría y las relaciones entre abogados se estructuran sobre nuevas bases.

El proceso ha seguido ritmos diferentes en las diversas naciones latinoamericanas. En Argentina, la proporción de abogados que trabajan en forma independiente pasó del 51% en 1995, a un 33% en 2003. En México, según cifras oficiales, el 59% de los abogados reportaban como trabajadores asalariados en 2016, mientras que 32% eran profesionales independientes y 9% se desempeñaban como empleadores<sup>671</sup>. Investigaciones recientes han puesto a la luz que la salarización

670 BERGOGLIO. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, cit.

671 Los datos argentinos provienen de MARÍA INÉS BERGOGLIO y JERÓNIMO

ha sido impulsada igualmente por la incorporación de los abogados como asesores en grandes empresas de diferentes ramas de la producción (*in-house counsel*). En Brasil, FABIANA LUCI DE OLIVEIRA y LUCIANA RAMOS<sup>672</sup> estudiaron la presencia de los abogados en los departamentos jurídicos de 1.032 empresas, la mitad de los cuales tenían hasta cinco abogados. Encontraron igualmente algunos equipos jurídicos muy grandes: por ejemplo, el departamento legal del Banco Itaú estaba constituido por 420 profesionales.

La tendencia a la organización empresarial ha sido igualmente estimulada por los procesos de internacionalización de la economía, contexto en el que los actores económicos más significativos desempeñan sus actividades productivas con relación a más de un orden jurídico. En la década de los años 1990, el auge de las políticas neoliberales estimuló la apertura de las economías latinoamericanas y las inversiones extranjeras directas crecieron de manera significativa. La demanda de asistencia jurídica especializada así creada, abrió interesantes oportunidades profesionales y algunos bufetes comenzaron a adaptar sus servicios para atraer a las compañías extranjeras. Inspirándose en el modelo de las *law firms* anglosajonas, expandieron sus planteles de abogados y pasaron a ofrecer servicios en más de un idioma<sup>673</sup>. Tal como hacían sus clientes, muchas veces el mecanismo de crecimiento elegido fue la fusión con otros despachos de abogados de negocios<sup>674</sup>.

---

CARBALLO. "Segmentación en la profesión jurídica: cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 3, n.º 5, 2005, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/05/segmentacion-en-la-profesion-juridica.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/05/segmentacion-en-la-profesion-juridica.pdf)], p. 216. Los datos mexicanos han sido publicados por INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA –INEGI–. "Estadísticas a propósito del día del abogado (12 de Julio)", Aguascalientes, 8 de julio de 2016, disponible en [[https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2016/abogado2016\\_o.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2016/abogado2016_o.pdf)].

672 FABIANA LUCI DE OLIVEIRA y LUCIANA RAMOS. "General (in-house) counsels in Brazil: career, professional profile and a new role", *FGV Direito SP Research Paper Series*, n.º 119, 2015, disponible en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580499](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580499)].

673 BERGOGLIO. "Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales", cit.; GÓMEZ y PÉREZ PERDOMO. "Corporate lawyers and multinational corporations in Latin America and Spain: 1990-2015", cit.

674 Por ejemplo, la firma argentina Marval y O'Farrell incorporó por esta vía otros siete despachos corporativos comenzando en 1991. En la actualidad

Las grandes firmas de abogados instalan una forma de ejercicio profesional completamente diferente. Sus clientes no son ya personas comunes, sino otras empresas que requieren servicios muy especializados. Para muchas de estas corporaciones, que actúan en un espacio económico que involucra más de un orden jurídico, la asistencia jurídica de carácter preventivo adquiere mayor importancia que la representación en juicio. En el interior de estos grandes despachos, la división del trabajo se profundiza y los abogados se especializan en áreas pequeñas del conocimiento, en temas como fusiones y adquisiciones, derecho de la propiedad intelectual o de los medios de comunicación.

Estos cambios en las tareas de los abogados afectan de igual manera las relaciones entre ellos. La informalidad organizacional de los bufetes cuyos miembros estaban vinculados por lazos personales, retrocede. En las grandes empresas jurídicas aumenta la jerarquía en las relaciones entre abogados socios, asociados y empleados, que se expresa en las brechas en los ingresos entre estas categorías de profesionales. La organización de los bufetes se burocratiza. Una consecuencia importante de este modo de organización del trabajo jurídico es que la responsabilidad ante el cliente se hace más tenue y lejana, es decir, se debilita, en comparación con el antiguo bufete donde un abogado lleva el caso, cuya responsabilidad es personal e intensa<sup>675</sup>.

En todo el mundo la crisis desatada a partir de la caída de Lehman Brothers en 2008 hizo crujir el mundo de los negocios, afectando la marcha de las firmas de abogados. WILLIAM D. HENDERSON ha informado que en los países del Norte las empresas que demandan servicios jurídicos abandonan la práctica de confiar todos sus asuntos a una sola firma y pasan a seleccionar diferentes prestadores para distintos servicios, obligando a los estudios a competir entre sí para asegurarse el cliente. El incentivo a la competencia entre los abogados que esta práctica supone, se registra en diferentes segmentos del ejercicio profesional, incluyendo a quienes trabajan de forma independiente<sup>676</sup>.

---

es la empresa jurídica más grande del país, con más de 300 profesionales. Ver MARÍA INÉS BERGOGLIO. "Law firms in Argentina: Challenges and responses to crisis" en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 27 a 62.

675 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia, t I: La profesión jurídica*, cit., p. 146.

676 WILLIAM D. HENDERSON. "Three generations of U. S. lawyers: Generalists,

También en América Latina las empresas buscan recortar sus costos jurídicos. En los listados de Latin Lawyer es posible observar que las grandes corporaciones trabajan al mismo tiempo con diversas firmas de abogados, ya que se ha generalizado el hábito de pedir dos o tres presupuestos antes de iniciar un proyecto. Los estudios boutique –firmas de menor tamaño, con alta especialización en un tema específico– son los principales beneficiados por esta situación. La búsqueda de reducción de costos típica de los tiempos de crisis, presente en muchos países, desemboca así en una caída de los honorarios profesionales, especialmente en las firmas de negocios<sup>677</sup>.

La expansión numérica de la profesión, la progresiva competitividad y la caída de los honorarios profesionales, contribuyen a una creciente precarización del trabajo jurídico, proceso que asume rasgos notables en algunos países de la región. Así, en Brasil, los estrictos controles de la Orden dos Advogados implican que solo el 13% de los candidatos aprueba el examen de admisión al colegio profesional, generando un grupo cuantioso de gente titulada y sin trabajo. Hoy se está intentando reconocerlos como paralegales<sup>678</sup>. En Perú, algunos abogados ofrecen sus servicios en la calle, en los alrededores de los tribunales o de grandes oficinas estatales. La Asociación de Abogados Ambulantes, creada

---

specialists, project managers”, *Maryland Law Review*, vol. 70, n.º 2, 2011, pp. 373 a 389, disponible en [<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol70/iss2/7/>]; JOHN FLOOD. “Institutional bridging: How large law firms engage in globalization”, *Boston College Law Review*, vol. 54, n.º 1, 2013, pp. 1.087 a 1.121, disponible en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2257291](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2257291)].

677 BERGOGLIO. “Law firms in Argentina: Challenges and responses to crisis”, cit.; IÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, RAFAEL MERY NIETO y JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS. “Big law in Chile: A glance at the law firms”, en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 83 a 122; MARIANA CONTI CRAVEIRO y MANUEL A. GÓMEZ. “Big law in Brazil: Rise and current challenges”, en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 63 a 82.

678 CONTI CRAVEIRO y GÓMEZ. “Big law in Brazil: Rise and current challenges”, cit.

en los años 1990, tiene hoy varios miles de miembros, de hecho, algunos de ellos trabajan en la actualidad en mini oficinas<sup>679</sup>.

Comprender adecuadamente el perfil de la profesión jurídica requiere revisar no solo las formas de organización del trabajo jurídico, sino también su perfil político. En América Latina, el compromiso de los abogados con causas políticas, iniciado en la etapa de la construcción de los Estados nacionales, ha sido significativo también en el último tercio del siglo xx. A partir de 1970 se desarrollaron nuevos servicios legales, orientados hacia el uso alternativo del derecho, especialmente en los países andinos, donde se institucionalizaron programas de servicios legales innovadores, muchas veces financiados con ayuda extranjera<sup>680</sup>. La tarea cumplida en defensa de los derechos humanos contra los abusos de las dictaduras, emprendida bajo diversas formas en los distintos países de la región, es un motivo de orgullo para las asociaciones profesionales<sup>681</sup>.

Recuperada la democracia, las reformas constitucionales emprendidas en la mayoría de los países de la región en el último tercio del siglo xx ampliaron las cartas de derechos básicos, abriendo nuevos espacios de acción para el uso estratégico del litigio. En el debate jurídico latinoamericano, la relación entre derecho y cambio social se planteó en nuevos términos y las reflexiones y propuestas en favor de un uso alternativo del derecho aparecieron en diferentes países de la región<sup>682</sup>.

679 GORKI GONZALES MANTILLA. "Lawyers and globalization in Peru (1990–2014): Challenges in the shadows", en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 197 a 240.

680 Para una caracterización de estos servicios, ver FERNANDO ROJAS HURTADO. "Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina. Primera parte", *El Otro Derecho*, n.º 1, 1988, pp. 7 a 18; Para una reflexión teórica acerca de su metodología de trabajo, ver MANUEL JACQUES. "Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho", *El Otro Derecho*, n.º 1, 1988, pp. 19 a 42.

681 Como ejemplo del duro precio pagado por ese compromiso, baste recordar que, en Argentina, según el informe *Nunca más* fueron secuestrados y desaparecieron no menos de 109 abogados. Ver COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS –CONADEP–. *Nunca más*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016; Ver también la lucha de los abogados brasileños a través de la Orden de Abogados del Brasil –OAB– en [[https://www.oab.org.br/historiaoab/index\\_menu.htm](https://www.oab.org.br/historiaoab/index_menu.htm)].

682 Para una detallada presentación del contexto político en que ocurrieron

Los profesionales comprometidos con los cambios sociales han recurrido cada vez más a los tribunales para avanzar con demandas de diversa índole<sup>683</sup>. De este modo, diversos conflictos sociales se plantean de modo creciente en el lenguaje de los derechos. El aumento del número de grupos que actúan sobre bases identitarias (como cuestiones de género o de identidad sexual) lleva a una creciente fragmentación de la política y produce demandas más difíciles de absorber a través del sistema partidario. Este contexto, ha favorecido el uso de los litigios estratégicos y la judicialización de demandas políticas y sociales<sup>684</sup>. Son múltiples los terrenos donde los abogados latinoamericanos han desplegado sus esfuerzos en pro del cambio social, destacándose en los últimos años su tarea a favor de los derechos sexuales y reproductivos, su intervención en los reclamos de campesinos e indígenas por la tierra, o en defensa de los jóvenes de estratos marginales que reclaman contra el abuso policial, así como su papel en los conflictos ambientales.

La tarea de estos abogados populares latinoamericanos, fuertemente conectados con los movimientos sociales, no está exenta de dificultades. Además de la necesidad de obtener apoyo financiero para sus actividades, investigaciones cualitativas han destacado las tensiones que experimentan al tratar de compatibilizar su uso alternativo del derecho con la formación recibida en las facultades de derecho, donde las concepciones jurídicas generalmente destacan la neutralidad y apoliticidad del derecho<sup>685</sup>.

---

estos cambios, así como de los debates jurídicos latinoamericanos sobre la relación entre derecho y cambio social y su influencia en el desarrollo del litigio de interés público, ver MARIELA PUGA. *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, Buenos Aires, CLACSO, 2012, disponible en [<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>].

683 MEILI informa que el número de abogados que trabajan desde esta perspectiva se ha incrementado en Argentina, Brasil y Chile. Ver STEPHEN MEILI. "Staying alive: Public interest law in contemporary Latin America", *International Review of Constitutionalism*, vol. 9, 2009, pp. 43 a 71, disponible en [[https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/213/](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/213/)].

684 CATALINA SMULOVITZ. "La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina", *Desarrollo Económico*, vol. 48, n.º 190, 2008, pp. 287 a 305.

685 CARLOS ALBERTO LISTA y SILVANA BEGALA. "Abogados, compromiso social y uso del derecho", en *XII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012, disponible en [[http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog\\_nivel\\_3/116/archivos/listabegala.pdf](http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/116/archivos/listabegala.pdf)].

Su trabajo se ha visto de igual manera influenciado por la internacionalización, que no solo ha globalizado los mercados, sino también la acción de las organizaciones no gubernamentales. En nuestra región, el financiamiento proveniente de estas fuentes –tanto norteamericanas como europeas– ha sido significativo para impulsar esta forma de ejercicio profesional. La tarea que desarrollan estos abogados populares articulando en lenguaje jurídico las demandas de grupos sociales postergados contribuye, sin duda, a poner de manifiesto el compromiso de la profesión con los ideales de una justicia igual para todos. No obstante, la acogida parcial que esas demandas suelen tener a nivel judicial puede alcanzar consecuencias no deseadas. Varios de los abogados activistas entrevistados por STEPHEN MEILI expresaron sus temores de que sus prácticas ahonden más el escepticismo de los estratos populares frente al Estado de derecho<sup>686</sup>.

Aún si las respuestas judiciales obtenidas a través de los litigios de interés público no están a la altura de lo esperado, esta forma de ejercicio profesional se ha consolidado en los últimos años, extendiéndose incluso más allá del campo interesado en promover transformaciones sociales. Así, en Argentina durante las recientes luchas por el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo, la estrategia judicial ha sido utilizada tanto por quienes estaban a favor de la ley de matrimonio igualitario como por quienes se oponían a ella<sup>687</sup>. Lo mismo ha ocurrido en las movilizaciones en torno al aborto, donde los grupos que lo apoyan y los que se oponen han recurrido al litigio para obtener respaldo judicial a sus propuestas<sup>688</sup>.

---

686 MEILI. “Staying alive: Public interest law in contemporary Latin America”, cit.; SMULOVITZ. “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina”, cit.

687 MAXIMILIANO NICOLÁS CAMPANA. “‘Derecho a tener derechos.’ Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual” (tesis de doctorado), Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 2016, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/223030834.pdf>].

688 MARÍA ANGÉLICA PEÑAS DEFAGO y JOSÉ MANUEL MORÁN FAÚNDES. “The conservative litigation against sexual and reproductive health policies in Argentina”, *Reproductive Health Matters*, vol. 22, n.º 44, 2014, pp. 82 a 90.



#### IV. LAS TENDENCIAS CONTEMPORÁNEAS

Podemos observar diversos procesos que estimulan las tendencias al cambio en la profesión jurídica en el siglo XXI, como la creciente influencia de la cultura legal anglosajona, la expansión de las firmas de negocios en el espacio latinoamericano y el impacto de la revolución digital.

En primer lugar, analizaremos la influencia de la cultura legal anglosajona. En la región, los procesos de reforma judicial de las últimas décadas han estado conectados con los esfuerzos de instituciones internacionales como el Banco Mundial o USAID por exportar el Estado de derecho, constituyendo lo que BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS denomina un proceso de globalización de alta intensidad<sup>689</sup>. En el campo penal, la incorporación del modelo acusatorio en diecisiete países de la región revela la creciente influencia de la cultura del *common law*.

Así mismo, la adopción voluntaria del modelo de las *law firms* como una estrategia para atraer como clientes a las empresas transnacionales interesadas en invertir en la región, es otro ejemplo de esa influencia. Las grandes empresas jurídicas se convierten en un sector innovador dentro de la profesión. Su estilo organizacional es percibido como un modelo, y medianos y pequeños despachos imitan su forma de trabajo. La tendencia a la organización empresarial de la tarea jurídica se ha visto igualmente facilitada por lo que FABIANO ENGELMANN ha llamado la creciente legitimación de una “cultura jurídica de mercado”<sup>690</sup>. Analizando el caso brasileño, el autor mostró que los procesos de internacionalización económica han estado acompañados a nivel jurídico por la circulación internacional de la elite jurídica (que de modo creciente elige los países anglosajones para profundizar su educación), así como por una creciente difusión del ideario de *law and economics*, expresada en la creación local de posgrados orientados a la formación en derecho de los negocios. Estas tendencias, así como la expansión de cámaras de mediación y arbitraje, muestran la estrecha afinidad de esta cosmovisión jurídica de mercado con los modelos

689 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid - Bogotá, Trotta - ILSA, 2009.

690 FABIANO ENGELMANN. “Abogados de negocios’ y la Rule of Law en Brasil (1990-2000)”, *Política*, vol. 49, n.º 1, 2011, pp. 21 a 41, disponible en [<https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/16274>].

de raíz anglosajona exportados al espacio regional por instituciones transnacionales como el Banco Mundial.

La tendencia no se limita al caso brasileño. El análisis comparativo del discurso profesional de las grandes firmas jurídicas de Argentina, Brasil y México revela igualmente la creciente influencia de la cultura legal del *common law* en ellas, en agudo contraste con los criterios expresados en los códigos de ética profesional, inspirados en modelos continentales europeos<sup>691</sup>. La influencia de los modelos anglosajones se percibe también en el creciente papel jugado por los abogados activistas, quienes están conectados con los movimientos sociales y organizaciones no gubernamentales locales, pero que reciben también apoyo externo, como parte del movimiento internacional de derechos humanos. El soporte financiero para sus actividades provenientes de centros como la Fundación Ford o Mac Arthur Foundation, refuerza esa influencia<sup>692</sup>.

Resulta más sencillo entender estas tendencias si se reflexiona sobre la educación de posgrado de la elite jurídica. Analizando el caso mexicano, YVES DÉZALAY y BRYANT GARTH señalan que Estados Unidos se ha convertido en una fuente especial de atracción para los jóvenes abogados, tanto entre los interesados en el campo empresarial como entre los que luchan en favor de los derechos humanos. A su regreso al país, quienes han invertido en estrategias internacionales, logran posiciones destacadas en la elite jurídica<sup>693</sup>. La centralidad de Estados Unidos como destino de los estudiantes de posgrado no es tan fuerte entre quienes aspiran a hacer carrera académica<sup>694</sup>. No obs-

---

691 BERGOGLIO. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, cit.

692 SCOTT L. CUMMINGS y LOUISE G. TRUBEK. “Globalizing public interest law”, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 13, n.º 1, 2008, pp. 1 a 54, disponible en [<https://ssrn.com/abstract=1338354>].

693 YVES DÉZALAY y BRYANT GARTH. “De élite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México”, en HÉCTOR FIX-FIERRO (ed.). *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, Mexico, UNAM, 2006, pp. 185 a 253, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2261/9.pdf>].

694 FABIANO ENGELMANN. “Les études à l'étranger des juristes bresiliens. Effets en retour d'un passage obligé”, *Cahiers de La Recherche Sur l'Education et Les Savoirs*, n.º 2, 2009, pp. 183 a 202.

tante, la formación jurídica en el mundo anglosajón ha adquirido una importancia que no tenía en el pasado, cuando Salamanca, París o Coimbra eran las universidades preferidas entre quienes aspiraban a estudiar en el extranjero<sup>695</sup>.

En segundo lugar, analizamos la expansión de las firmas de negocios latinoamericanas. La tendencia a la organización empresarial del trabajo jurídico, visible ya en los primeros años de este siglo<sup>696</sup>, se ha profundizado recientemente. Como puede verse en el Cuadro 2, en 2015 el número de firmas con más de 50 abogados supera ampliamente las existentes en 1999 en varios países. Brasil ha multiplicado por cinco el número de grandes firmas en 15 años, que se han expandido también en Chile, Colombia y Perú. Solo Argentina, cuya inserción económica internacional se ha debilitado durante los gobiernos kirchneristas, ha visto reducir el número de firmas<sup>697</sup>.

Vale la pena observar que el crecimiento de las grandes firmas de abogados latinoamericanos ha estado impulsado en la última década por el avance del proceso de integración regional. Grandes empresas latinoamericanas, provenientes de campos como industrias básicas, manufactura de alimentos o servicios como telecomunicaciones y transporte aéreo, han aumentado sus inversiones en la región.

**CUADRO 2.** Firmas de más de 50 abogados en América Latina (1999 – 2015)

País	1999	2009	2015
Argentina	9	13	12
Brasil	8	26	43
Chile	1	5	9
Colombia	0	4	5
México	3	12	12
Perú	1	5	12
Venezuela	1	1	2

*Fuente:* GÓMEZ y PÉREZ PERDOMO. “Corporate lawyers and multinational corporations in Latin America and Spain: 1990-2015”, cit.

695 Ídem.

696 BERGOGLIO. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, cit.

697 BERGOGLIO. “Law firms in Argentina: Challenges and responses to crisis”, cit.

Los grupos más activos en esta expansión provienen de Argentina, Brasil, Chile y México y, más recientemente, de Colombia. Un estudio de CEPAL indica que el flujo anual de inversiones extranjeras directas de estas empresas “translatinas” en el espacio regional se ha triplicado entre 2004 y 2013<sup>698</sup>. Obviamente, las grandes firmas jurídicas de la región han tratado de acompañar esta expansión de sus clientes. La comunidad lingüística y la existencia de repertorios digitalizados de legislación y jurisprudencia, que agilizan el trabajo de consulta de antecedentes han facilitado esa tarea.

Los caminos elegidos por las firmas jurídicas para la expansión de sus servicios en el área latinoamericana han sido variados. Dada la necesidad de contar con matrícula local para el ejercicio profesional, los acuerdos de corresponsalía han sido la variante más común. En esta área es posible observar experiencias exitosas como las del Grupo Bomchil, que inició sus actividades en 1963 y hoy vincula firmas jurídicas independientes en 17 países de la región.

En algunos países, las diferencias nacionales en los ingresos medios de los abogados han estimulado la expansión regional. En Argentina, donde la abundancia de profesionales ha provocado una baja general en los honorarios, la opción de prestar servicios de consultoría jurídica en la región ha resultado especialmente atractiva. Así, aprovechando las buenas relaciones con Venezuela durante el período kirchnerista, una firma local asesoró al gobierno de Caracas en los litigios frente al CIADI<sup>699</sup>. Pero la experiencia más llamativa en este campo ha sido la fusión entre el estudio chileno Philippi, Yrarrázaval y Pulido, la firma colombiana Prieto-Carrizosa, las peruanas Ferrero y Ugarte y la española Uría Menéndez. Esta primera gran firma jurídica iberoamericana creada en 2015 tiene más de 400 abogados en sus oficinas de Santiago, Lima y Bogotá. La nueva firma cuenta además con el apoyo de las oficinas internacionales de la firma española en ciudades como Bruselas, Beijing o Nueva York<sup>700</sup>. En estas experiencias resulta visible

698 COMISION ECONOMICA DE AMERICA LATINA –CEPAL–. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2013, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/36805>].

699 BERGOGLIO. “Law firms in Argentina: Challenges and responses to crisis”, cit.

700 EVERALDO LAMPREA. “The rise of big law in Colombia”, en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 155 a 176.

cómo el modelo anglosajón de la *law firm*, caracterizado por su tendencia expansiva, ha sido adoptado en la región.

Analicemos ahora el impacto de la revolución digital y la conectividad en el mundo jurídico. Los avances de la tecnología digital en el campo del procesamiento de textos han venido transformando diferentes aspectos de profesión jurídica. Como se señaló antes, desde la década de 1990, el elevado costo de los equipos de computación promovió la asociación entre los abogados, que comenzaron a ejercer en grupos más grandes<sup>701</sup>.

La disponibilidad de procesadores de textos y de software para la administración de causas, hicieron también posible litigar casos de bajo monto. Las firmas mayores comenzaron a ofrecer a bancos y entidades financieras el tratamiento en serie de sus casos de recuperación de créditos, un servicio altamente rentable que se extendió igualmente a despachos medianos. La litigación en serie se aplicó también al reclamo de derechos sociales y políticos, como ocurrió en los casos de los amparos de jubilados y del “corralito” en Argentina<sup>702</sup>. La incorporación de esta tecnología a la práctica de los abogados ha ampliado el rango de asuntos atendidos por los mismos, aumentando la carga de trabajo de los tribunales. También ha influido sobre las prácticas profesionales cotidianas, impulsando la rutinización de las tareas, así como la despersonalización de las relaciones con sus clientes.

La influencia de la tecnología digital ha ido modelando igualmente la organización temporal de las actividades sociales, acostumbrándonos a la simultaneidad y a la inmediatez. La búsqueda de respuestas rápidas, típica del ámbito privado, impacta también sobre el trabajo jurídico, tradicionalmente regido por los largos tiempos de la actividad del Estado. Estos cambios implican una intensificación del ritmo de trabajo de los abogados hasta niveles difíciles de imaginar tiempo atrás<sup>703</sup>.

En los últimos años la capacidad de procesamiento de la tecnología informática ha crecido de manera exponencial, impactando fuer-

701 BERGOGLIO. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, cit.

702 SMULOVITZ. “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina”, cit.

703 MARÍA INÉS BERGOGLIO. “Cambios en la organización temporal del trabajo jurídico: la mirada de los abogados”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, n.º XII, 2010, pp. 553 a 568.

temente en la profesión jurídica. JOHN MCGINNIS y RUSSELL PEARCE brindan un ejemplo claro: la capacidad de procesamiento de un teléfono celular de hoy es mil veces mayor, y un millón de veces más barata que toda la capacidad de cómputo del Massachusetts Institute of Technology en 1965. Junto con los desarrollos en inteligencia artificial y en *machine learning*, esta expansión está transformando tareas propias de los abogados, como la búsqueda de información jurídica, el asesoramiento jurídico y la preparación de estrategias de litigación<sup>704</sup>. En ese sentido, la “búsqueda” de legislación y jurisprudencia a través de medios informáticos se inició en Estados Unidos en la década de 1960. En la actualidad, los servicios de búsqueda de jurisprudencia han cubierto prácticamente todo el globo. Existen incluso algunos orientados específicamente al área latinoamericana, como Vlex, que compila la legislación vigente en los diferentes países de la región, así como libros y revistas jurídicas latinoamericanas<sup>705</sup>. La aplicación de la inteligencia artificial ha mejorado la precisión de los resultados, permitiendo identificar la relevancia de la información encontrada para el problema que se analiza.

Se han desarrollado igualmente aplicaciones de búsqueda de consejo jurídico. En la región existen iniciativas para facilitar el contacto inicial con el cliente, ofreciendo una primera consulta *online* gratuita la colombiana (Abogadosya) o a costos muy reducidos (la brasileña Consulta e Soporte Juridico). Otros servicios están orientados a comparar los honorarios de diferentes abogados para el mismo tipo de caso, como lo hace la chilena Nexo Abogados, lo que subraya la progresiva mercantilización de los servicios jurídicos<sup>706</sup>.

---

704 JOHN O. MCGINNIS y RUSSELL G. PEARCE. “The great disruption: How machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services”, *Fordham Law Review*, vol. 82, n.º 6, 2014, pp. 3.041 a 3.066, disponible en [<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss6/16/>].

705 Ver [<https://latam.vlex.com/p/vlex-latin-america>].

706 Una búsqueda por Internet no exhaustiva, muestra que están presentes en Argentina [<https://abogadosde.com.ar>] y [<http://www.abogados24horas.com.ar>], en Brasil [<https://www.consultaesuportejuridicoonline.com>], en Chile [<http://www.nexoabogados.cl>] y [<http://www.derecho-chile.cl>]. También en Colombia [<https://abogadosya.com.co>] y [<https://www.funlam.edu.co/modules/consultoriojuridico>], en México [<http://bufetejuridico.org/abogados-online-para-mexico>] y en Venezuela [<http://www.abogados-venezuela.com.ve>].

Existen plataformas orientadas a automatizar la *generación de documentos* jurídicos, que adaptan los modelos de formularios jurídicos a situaciones particulares. En Estados Unidos, un cliente de Legal Zoom puede cargar información sobre sus bienes y el modo en que desea disponer de ellos, para generar un borrador de testamento con muy bajo costo. La empresa, creada en 2001, se orientó inicialmente a sectores que no podían pagar los servicios de un abogado. A medida que ha ido perfeccionando sus instrumentos, alcanzó otro tipo de clientes, generando la oposición de los colegios profesionales. Ya en 2011 atendió medio millón de clientes, con un ingreso de 156 millones de dólares<sup>707</sup>. En América Latina, Derecho-Chile es una experiencia que avanzó hacia la oferta de autoservicio jurídico, proveyendo modelos gratuitos de documentación laboral o testamentos. El Consultorio Jurídico Virtual de la Universidad Católica Luis Amigó, en Colombia, ofrece un servicio similar.

Una segunda cuestión relevante es que el desarrollo de la inteligencia artificial ha permitido avanzar sobre otras tareas profesionales significativas, como el *asesoramiento profesional*. En Brasil, la empresa Hurst ha desarrollado un software de inteligencia artificial destinado a contestar dudas laborales y captar clientes, bautizado como “Valentina, el robot del trabajador”, y es accesible en la red social Facebook<sup>708</sup>.

Usando el lenguaje natural, el robot entabla un diálogo por chat con el trabajador, orientado a identificar la viabilidad de la demanda y su contenido económico. Luego ofrece adquirir los derechos patrimoniales del empleado para actuar en su nombre haciendo negociaciones administrativas y eventualmente contratando abogados para iniciar los procedimientos judiciales contra los deudores<sup>709</sup>. RODRIGO MONTEIRO PESSOA ha cuestionado que “esta herramienta no se destina a facilitar el trabajo de un grupo de abogados, sino a identificar

707 BENJAMIN H. BARTON. “A glass half full look at the changes in the American legal market”, *International Review of Law and Economics*, vol. 38, suplemento, 2014, pp. 29 a 42.

708 La misma empresa ha desarrollado otra herramienta similar: Haroldo, el robot del consumidor [<https://www.facebook.com/HaroldoBot>].

709 RODRIGO MONTEIRO PESSOA. “Abogacía laboral 4.0: inteligencia artificial y problemáticas profesionales en la abogacía brasileña”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, n.º 1, 2019, pp. 167 a 184, disponible en [<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/51276>]. La aplicación está disponible en [[https://www.facebook.com/ValentinaRoboDoTrabalhador/about/?ref=page\\_internal](https://www.facebook.com/ValentinaRoboDoTrabalhador/about/?ref=page_internal)].

demandas rentables y poco temerarias para que la empresa lucre con el resultado de su gestión judicial o extrajudicial<sup>710</sup>.

Un tercer aspecto, refiere que habitualmente los abogados estiman las perspectivas de litigar un caso cuando aconsejan a sus clientes, ya sea en el sentido de iniciar un juicio, o intentar un arreglo. Sus predicciones tienen carácter intuitivo y están basadas en su propia experiencia. Existen programas destinados a asistir al abogado en la *preparación de sus estrategias de litigación*. En primer lugar, la expansión del poder computacional permite utilizar series de estadísticas judiciales para aplicarlas en la predicción del resultado de los casos, usando técnicas como las empleadas desde mediados del siglo xx en la predicción de resultados electorales.

Por otra parte, el empleo de procedimientos de inteligencia artificial en las bases de jurisprudencia permite detectar los principales argumentos considerados por los jueces, tomando en cuenta las características relevantes de los casos motivo de la consulta. La velocidad con que las computadoras pueden realizar esta tarea acorta de manera significativa el tiempo de preparación de los casos.

Estos programas adaptan sus funciones a las características procedimentales del derecho propio del país en el que se ofertan. En el ámbito del *common law*, la empresa Lex Machina<sup>711</sup> ofrece una aplicación para analizar cómo se han resuelto en el pasado cierto tipo de casos o cuánto tiempo toman las diferentes etapas del proceso. Aplicaciones similares, orientadas a facilitar información a los litigantes, existen en otros países como Canadá, Reino Unido o India. En el Reino Unido, la plataforma Luminance<sup>712</sup> ha sido desarrollada en 2016 a partir de investigaciones adelantadas por la Universidad de Cambridge. La plataforma lee y entiende los documentos legales, mientras aprende activamente de las interacciones entre el abogado y sus documentos. Puede detectar anomalías estructurales o lingüísticas entre cualquier cláusula o tipo de documento, lo que permite acortar el tiempo destinado a la revisión de los mismos. Cabe destacar que esta herramienta,

710 MONTEIRO PESSOA. “Abogacía laboral 4.0: inteligencia artificial y problemáticas profesionales en la abogacía brasileña”, cit., p. 181.

711 Accesible en [<https://lexmachina.com>]. Otras aplicaciones de carácter predictivo desarrolladas para el sistema jurídico norteamericano son Judge Analytics de Ravel Law, Judicial Profiles de ALM y Litigation Analysis de Bloomberg Law.

712 [<https://www.luminance.com>].



especialmente útil en la negociación de contratos, puede funcionar en 80 idiomas diferentes.

En el área del derecho continental europeo existen diversos programas de análisis de jurisprudencia, como la aplicación francesa *Doctrine*<sup>713</sup>. Orientada a la recuperación de documentación jurídica que integra el derecho francés, ayuda a buscar decisiones en casación, textos de ley y comentarios de sentencias. Permite analizar la aplicabilidad de la jurisprudencia a las características del caso, así como revisar las tendencias jurisprudenciales. En España, el programa de Tirant Lo Blanche ofrece un servicio similar<sup>714</sup>. En la misma área geográfica se han desarrollado, así mismo, herramientas orientadas a la predicción del resultado posible de los casos. La española Jurimetría, combina al mismo tiempo el análisis de la estructura argumental en la jurisprudencia con el análisis estadístico de las decisiones judiciales en todo el país, que permite prever las posibilidades de éxito en un caso concreto<sup>715</sup>. Utiliza el lenguaje natural y permite conocer el posicionamiento concreto de un magistrado, así como analizar la trayectoria de las contrapartes en el proceso.

En América Latina estas aplicaciones de inteligencia artificial se usan ya en el campo de la administración de justicia. El sistema *Prometea*, desarrollado para la Fiscalía de la Ciudad de Buenos Aires, busca predecir la solución de expedientes jurídicos simples con el objetivo de liberar tiempo para el análisis de los casos complejos<sup>716</sup>. El mismo sistema se está aplicando en la Corte Constitucional de Colombia y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>717</sup>.

713 [\[https://www.doctrine.fr\]](https://www.doctrine.fr).

714 [\[https://analytics.tirant.com/analytics\]](https://analytics.tirant.com/analytics).

715 [\[https://jurimetria.wolterskluwer.es\]](https://jurimetria.wolterskluwer.es).

716 ELSA ESTÉVEZ, PABLO FILLOTRANI Y SEBASTIÁN LINARES LEJARRAGA. *Prometea: transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, disponible en [\[https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial\]](https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial).

717 Según informes oficiales, *Prometea* asiste en las notificaciones a las partes traduciendo los documentos a los cuatro idiomas oficiales de la Corte: inglés, español, francés y portugués. Realiza en dos minutos la tarea que a la Corte le llevaba tres días. Ver JUAN GUSTAVO CORVALAN. *Prometea: inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*, Buenos Aires - Bogotá, Astrea - Universidad del Rosario, 2019.

La incorporación de herramientas de inteligencia artificial en el ejercicio profesional resulta un poco más lenta. Las bases de datos de jurisprudencia son comunes en la región, por lo que es posible que los programas de análisis de la estructura argumental se difundan en primer lugar. De hecho, ya está funcionando Tirant México<sup>718</sup>, que trabaja sobre legislación y jurisprudencia para analizar las posibilidades de argumentación con respecto a un caso concreto. El servicio contempla igualmente el análisis de la estructura argumental en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La aparición de los programas que permiten analizar la posibilidad de éxito de los casos, probablemente demorará algo más, pues requieren mejoras en el campo de la estadística judicial y en la incorporación de tecnología en tribunales. En este sentido, el impulso a la digitalización de la gestión judicial desarrollado durante la pandemia del COVID-19<sup>719</sup> puede contribuir al desarrollo de este tipo de programas.

Los cambios tecnológicos hasta aquí reseñados, tienen múltiples consecuencias sobre la práctica de los abogados. En primer lugar, las plataformas de búsqueda de consejo jurídico para comparar los honorarios profesionales debilitan el vínculo abogado-cliente, haciendo pesar más los aspectos puramente económicos en la elección del profesional. También el uso de modelos de documentos legales accesibles vía Internet aumenta la distancia entre el abogado y el cliente, acentuando la impersonalidad de su vínculo. Estos desarrollos pueden afectar especialmente a los abogados más jóvenes o a quienes realizan tareas rutinarias, pues reducen sus oportunidades de trabajo.

Por otra parte, el desarrollo de aplicaciones que aplican inteligencia artificial avanza sobre el monopolio de los abogados sobre las tareas jurídicas, ya que los profesionales de la estadística y la informática adquieren un rol clave. ¿Pueden los colegios de abogados impedir la reducción del monopolio de los abogados? En los Estados Unidos el crecimiento de las plataformas jurídicas virtuales ha sido resistido por las asociaciones profesionales, pues consideran que el autoservicio reduce el campo de trabajo profesional de los abogados. Legal Zoom ha

718 [\[https://www.tirantonline.com.mx/tolmex\]](https://www.tirantonline.com.mx/tolmex).

719 JAIME ARELLANO, LAURA CORA, CRISTINA GARCÍA y MATÍAS SUCUNZA. *Reporte CEJA. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales adoptadas y uso de TICS en procesos judiciales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2020, disponible en [\[https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648\]](https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648).

enfrentado varios conflictos judiciales por ejercicio ilegal de la profesión con las asociaciones profesionales y ha saldado muchas de estas disputas incorporando abogados locales a sus servicios; lo mismo ha ocurrido en Brasil con el robot Valentina.

Estos conflictos ponen de relieve la tensión que presentan estas plataformas de servicio jurídico *online*, entre la búsqueda de mayor accesibilidad de la justicia para los ciudadanos y la caída de los honorarios profesionales<sup>720</sup>. Los efectos de los nuevos desarrollos tecnológicos sobre la accesibilidad de la justicia pueden ser diversos. En América Latina, algunas de las nuevas plataformas están orientadas a ampliar el acceso mediante la reducción de costos de honorarios profesionales o el servicio jurídico pro-bono, como en el ofrecido en Colombia por la Fundación Luis Amigó<sup>721</sup>. Al mismo tiempo, el uso de plataformas privadas para la predicción del resultado de los casos –como el ofrecido en México por Tirant Analytics– puede agravar las brechas económicas entre los litigantes, ya que estos servicios que permiten el rápido análisis de antecedentes tienen un costo difícil de enfrentar para los abogados que ejercen individualmente o en firmas pequeñas.

## V. REFLEXIONES FINALES

En las últimas décadas, el aumento del número de graduados en derecho en la región ha estado acompañada de una creciente diversificación de sus miembros, en términos de género, origen social o geográfico. Las formas de asociación de los abogados presentan igualmente amplia variedad, desde quienes ejercen individualmente hasta las firmas de los más variados tamaños. También son muy diversas las formas de inserción laboral de los abogados, desde quienes ejercen con independencia la profesión según el modelo tradicional, hasta quienes trabajan en las firmas jurídicas o como consejeros jurídicos en empresas de diversos campos de la producción o en organizaciones no gubernamentales.

Trabajando en contextos tan diversos, no sorprende que las prácticas de los abogados sean también muy variadas. Mientras que en el

720 BARTON. “A glass half full look at the changes in the American legal market”, cit.

721 [<https://www.funlam.edu.co/modules/consultoriojuridico/item.php?itemid=77>].

pasado la enorme mayoría encontraba en la litigación un espacio de confluencia, hoy numerosos profesionales concentran el foco de su actividad en áreas como el asesoramiento preventivo, el uso de mecanismos alternativos de resolución de conflictos o el apoyo en la estructuración de negocios<sup>722</sup>. Esta variedad de prácticas ha impactado sobre los honorarios, acentuando las desigualdades económicas en el interior de la profesión. El proceso no es exclusivo de la profesión jurídica, obviamente. Aunque la desigualdad se redujo en América Latina en la primera década de los años 2000, esta tendencia se estancó después de 2010, por lo que la región continúa siendo una de las más desiguales del mundo<sup>723</sup>. La crisis económica provocada por la pandemia ha afectado especialmente a las pequeñas empresas y a los trabajadores informales, acentuando las desigualdades económicas, como ha informado un estudio del BID y la Universidad de Cornell<sup>724</sup>.

Como los abogados tienden a seguir la suerte de sus clientes, se han acentuado así mismo las desigualdades en el interior de la profesión jurídica. Podemos observar lo ocurrido en México: en 2004 las grandes firmas de abogados mexicanas absorbían apenas el 12% de los profesionales ocupados, pero percibían el 34% de la riqueza total generada por el sector jurídico. En este grupo de empresas, la remuneración promedio era casi diez veces superior a la que percibían quienes trabajan en los despachos pequeños: una ilustración bastante clara de la fuerza de las disparidades entre diferentes grupos de abogados<sup>725</sup>. Una década más tarde, y pese a la relativa mejora en la distribución del ingreso

722 Para una descripción de este proceso de fragmentación en el interior de un país, ver el excelente análisis de la profesión en Brasil de BONELLI y HARTMANN. "Legal profession in Brazil: Changes in the last 30 years", cit.

723 LEONARDO GASPARINI. *La desigualdad en su laberinto: hechos y perspectivas sobre desigualdad de ingresos en América Latina*, La Plata, CEDLAS - Universidad Nacional de La Plata, 2019, disponible en [[https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc\\_cedlas256.pdf](https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc_cedlas256.pdf)].

724 Ver NICOLÁS BOTTAN, BRIDGET HOFFMANN y DIEGO VERA-COSSIO. "Resultados de encuesta sobre el coronavirus revelan importantes impactos, vínculos entre la desigualdad y los mercados laborales", *Ideas que Cuentan*, 8 de mayo de 2020, disponible en [<https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/resultados-de-encuesta-sobre-el-coronavirus-revelan-importantes-impactos-vinculos-entre-la-desigualdad-y-los-mercados-laborales/>].

725 MARÍA INÉS BERGOGLIO. "El papel del abogado litigante", en LUIS PÁSARA (ed.). *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 57 a 85.

reportada por LEONARDO GASPARINI, la desigualdad de ingresos en el interior de la profesión jurídica mexicana no ha disminuido. Las grandes empresas jurídicas, que reúnen el 8,7% de los profesionales, perciben el 35% de los ingresos<sup>726</sup>. El carácter asimétrico de los procesos de globalización queda visible en el interior de la profesión.

Tal como señala PÉREZ PERDOMO, la fragmentación de las escuelas de derecho acentúa las desigualdades entre los abogados<sup>727</sup> y también profundiza las diferencias en los discursos públicos de la profesión. Mientras que en el área orientada a los negocios se expande la cultura jurídica de raíz empresarial<sup>728</sup>, en otros grupos el uso del lenguaje de derechos en la traducción de demandas políticas y sociales se extiende junto con el campo de ejercicio de los abogados de causa y la judicialización de la política<sup>729</sup>.

¿Podrán las asociaciones profesionales contrabalancear esas tendencias a la fragmentación en el monitoreo del cumplimiento de la ética profesional? Las investigaciones han mostrado la brecha entre los altos ideales plasmados en los códigos de ética y las prácticas profesionales. En Lima, LUIS PÁSARA encontró que la promesa de éxito en el proceso –conducta rechazada por los códigos de ética– es muy general. Por su parte, los abogados y jueces entrevistados informaron que la presión por el éxito, por lograr una sentencia favorable, genera entre los profesionales cierta indiferencia moral por los medios utilizados para ello, que favorece la inconducta profesional<sup>730</sup>.

En Argentina, FELIPE FUCITO ha analizado extensamente esta cuestión, entrevistando a los jueces –observadores privilegiados de la conducta de los letrados– encontró que la mayoría de ellos opinaba que el nivel del cumplimiento de las normas éticas ha disminuido dentro de

726 Datos del Censo Económico 2014, disponibles en [<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/ce/ce2014>].

727 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Advogados e a educação jurídica na América Latina. Algumas tendências, conjecturas e questões”, *Cadernos FGV Direito Rio*, n.º 10, 2014, pp. 39 a 59.

728 ENGELMANN. “Abogados de negocios’ y la Rule of Law en Brasil (1990-2000)”, cit.; BERGOGLIO. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, cit.

729 SMULOVITZ. “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina”, cit.; MEILI. “Staying alive: Public interest law in contemporary Latin America”, cit.

730 LUIS PÁSARA. *Los abogados de Lima en la administración de justicia*, Lima, Consorcio Justicia Viva, 2005.

la profesión<sup>731</sup>. Como en otras áreas de la cultura jurídica latinoamericana, aquí también la brecha entre las aspiraciones recogidas en las normas y las prácticas cotidianas de los actores resulta ser significativa.

A medida que avanza la fragmentación de prácticas y discursos de los abogados, el consenso respecto a los valores profesionales se va erosionando y la tarea que llevan a cabo las asociaciones, monitoreando el cumplimiento de las reglas éticas en la relación del abogado con su cliente y con los magistrados, se vuelve más compleja. Cabe preguntarse entonces, cuál será el efecto de estas tendencias sobre la imagen pública de una profesión que depende centralmente de la confianza ciudadana para funcionar.

## REFERENCIAS

- ARELLANO, JAIME; LAURA CORA, CRISTINA GARCÍA y MATÍAS SUCUNZA. *Reporte CEJA. Estado de la Justicia en América Latina bajo el COVID-19: medidas generales adoptadas y uso de TICS en procesos judiciales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2020, disponible en [<https://biblioteca.cejamericas.org/handle/2015/5648>].
- BARTON, BENJAMIN H. “A glass half full look at the changes in the American legal market”, *International Review of Law and Economics*, vol. 38, suplemento, 2014, pp. 29 a 42.
- BELLEI, CRISTIÁN. *Situación educativa de América Latina y el Caribe: hacia la educación de calidad para todos al 2015*, Santiago de Chile, OREALC - UNESCO, 2013, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000224559>].
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “El papel del abogado litigante”, en LUIS PÁSARA (ed.). *Los actores de la justicia latinoamericana*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 2007, pp. 57 a 85.

---

731 FUCITO. *Perfil del abogado bonaerense*, cit., pp. 167 a 216.

- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “Cambios en la organización temporal del trabajo jurídico: la mirada de los abogados”, *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, n.º XII, 2010, pp. 553 a 568.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “Transformaciones en la profesión jurídica en América Latina. Empresas jurídicas y nuevos discursos profesionales”, en JOSÉ ANTONIO CABALLERO JUÁREZ, HUGO ALEJANDRO CONCHA CANTÚ, FRANCISCO ALBERTO IBARRA PALAFOX y HÉCTOR FIX FIERRO (eds.). *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados. Vol. 1: Globalización y derecho, justicia y profesión jurídica*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, pp. 529 a 573, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2813/19.pdf>].
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “Law firms in Argentina: Challenges and responses to crisis” en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 27 a 62.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “Tendencias recientes en la profesión jurídica latinoamericana: expansión y segmentación” en FELIPE FUCITO, ENRIQUE ZULETA PUCEIRO y ANDREA GASTRON (comps.). *Temas socio-jurídicos fundamentales*, Buenos Aires, La Ley, 2020, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/2020\\_temas-socio-juridicos-fundamentales.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/libros/pdf/2020_temas-socio-juridicos-fundamentales.pdf)].
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS y JERÓNIMO CARBALLO. “Segmentación en la profesión jurídica: cambios ocupacionales de los abogados argentinos, 1995-2003”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, vol. 3, n.º 5, 2005, pp. 201 a 222, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/05/segmentacion-en-la-profesion-juridica.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/05/segmentacion-en-la-profesion-juridica.pdf)].
- BONELLI, MARIA DA GLORIA e IVAR HARTMANN. “Legal profession in Brazil: Changes in the last 30 years”, *Third International Sociological Association Forum*, Vienna, 10 a 14 de julio de 2016.

BOTTAN, NICOLÁS; BRIDGET HOFFMANN y DIEGO VERA-COSSIO.

“Resultados de encuesta sobre el coronavirus revelan importantes impactos, vínculos entre la desigualdad y los mercados laborales”, *Ideas que Cuentan*, 8 de mayo de 2020, disponible en [<https://blogs.iadb.org/ideas-que-cuentan/es/resultados-de-encuesta-sobre-el-coronavirus-revelan-importantes-impactos-vinculos-entre-la-desigualdad-y-los-mercados-laborales/>].

BOURDIEU, PIERRE. *Poder, derecho y clases sociales*, Bilbao, Descleé de Brouwer, 2000.

CAIN, MAUREEN y CHRISTINE HARRINGTON. *Lawyers in a post-modern world: Translation and transgression*, Nueva York, New York University, 1994.

CAMPANA, MAXIMILIANO NICOLÁS. “Derecho a tener derechos’. Campañas de litigio estratégico y reconocimientos jurídicos al colectivo de la diversidad sexual” (tesis de doctorado), Córdoba, Universidad Nacional de Cordoba, 2016, disponible en [<https://core.ac.uk/download/pdf/223030834.pdf>].

COMISION ECONOMICA DE AMERICA LATINA –CEPAL–. *La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe*, 2013, Santiago de Chile, CEPAL, 2014, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/36805>].

COMISIÓN NACIONAL SOBRE LA DESAPARICIÓN DE PERSONAS – CONADEP–. *Nunca más*, Buenos Aires, EUDEBA, 2016.

CONTI CRAVEIRO, MARIANA y MANUEL A. GÓMEZ. “Big law in Brazil: Rise and current challenges”, en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 63 a 82.

CORVALAN, JUAN GUSTAVO. *Prometea: inteligencia artificial para transformar organizaciones públicas*, Buenos Aires - Bogotá, Astrea - Universidad del Rosario, 2019.



CUMMINGS, SCOTT L. y LOUISE G. TRUBEK. "Globalizing public interest law", *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, vol. 13, n.º 1, 2008, pp. 1 a 54, disponible en [<https://ssrn.com/abstract=1338354>].

DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO; RAFAEL MERY NIETO y JUAN ENRIQUE VARGAS VIANCOS. "Big law in Chile: A glance at the law firms", en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 83 a 122.

DE OLIVEIRA, FABIANA LUCI y LUCIANA RAMOS. "General (in-house) counsels in Brazil: career, professional profile and a new role", *FGV Direito SP Research Paper Series*, n.º 119, 2015, disponible en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2580499](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580499)].

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid - Bogotá, Trotta - ILSA, 2009.

DEZALAY, YVES y BRYANT GARTH. "De élite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción de la autonomía del derecho en México", en HÉCTOR FIX-FIERRO (ed.). *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, Mexico, UNAM, 2006, pp. 185 a 253, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2261/9.pdf>].

ENGELMANN, FABIANO. "Les études à l'étranger des juristes bresiliens. Effets en retour d'un passage obligé", *Cahiers de La Recherche Sur l'Education et Les Savoirs*, n.º 2, 2009, pp. 183 a 202.

ENGELMANN, FABIANO. "Abogados de negocios' y la Rule of Law en Brasil (1990-2000)", *Política*, vol. 49, n.º 1, 2011, pp. 21 a 41, disponible en [<https://revistapolitica.uchile.cl/index.php/RP/article/view/16274>].

ESTÉVEZ, ELSA; PABLO FILLOTRANI y SEBASTIÁN LINARES LEJARRAGA.

*Prometea: transformando la administración de justicia con herramientas de inteligencia artificial*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2020, disponible en [<https://publications.iadb.org/es/prometea-transformando-la-administracion-de-justicia-con-herramientas-de-inteligencia-artificial>].

FIX-FIERRO, HÉCTOR. *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes.*

*Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, D. F., UNAM, 2006.

FLOOD, JOHN. “Institutional bridging: How large law firms engage in globalization”, *Boston College Law Review*, vol. 54, n.º 1, 2013, pp.

1.087 a 1.121, disponible en [[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2257291](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2257291)].

FRIEDMAN, LAWRENCE. “Big law today and tomorrow”, en MANUEL

A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 331 a 340.

FUCITO, FELIPE. *Perfil del abogado bonaerense*, La Plata, Fundación Cijuso, 2000.

GASPARINI, LEONARDO. *La desigualdad en su laberinto: hechos y*

*perspectivas sobre desigualdad de ingresos en América Latina*, La Plata, CEDLAS - Universidad Nacional de La Plata, 2019, disponible en [[https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc\\_cedlas256.pdf](https://www.cedlas.econo.unlp.edu.ar/wp/wp-content/uploads/doc_cedlas256.pdf)].

GÓMEZ, MANUEL A. y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Corporate lawyers and multinational corporations in Latin America and Spain:

1990-2015”, en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 3 a 23.

GONZALES MANTILLA, GORKI. “Lawyers and globalization in Peru (1990–2014): Challenges in the shadows”, en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 197 a 240.

GROSS CUNHA, LUCIANA; DANIELA MONTEIRO GABBAY, JOSE GARCEZ GHIRARDI, DAVID M. TRUBEK y DAVID B. WILKINS. “Globalization, lawyers, and emerging economies: The case of Brazil”, en *The Brazilian legal profession in the age of globalization: The rise of the corporate legal sector and its impact on lawyers and society*, Cambridge, Cambridge University Press, 2018, disponible en [<https://ssrn.com/abstract=3110792>].

HENDERSON, WILLIAM D. “Three generations of U. S. lawyers: Generalists, specialists, project managers”, *Maryland Law Review*, vol. 70, n.º 2, 2011, pp. 373 a 389, disponible en [<https://digitalcommons.law.umaryland.edu/mlr/vol70/iss2/7/>].

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA –INEGI–. “Estadísticas a propósito del día del abogado (12 de Julio)”, Aguascalientes, 8 de julio de 2016, disponible en [[https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2016/abogado2016\\_o.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2016/abogado2016_o.pdf)].

JACQUES, MANUEL. “Una concepción metodológica del uso alternativo del derecho”, *El Otro Derecho*, n.º 1, 1988, pp. 19 a 42.

KRITZER, HERBERT. “Law schools and the continuing growth of the legal profesion”, *Oñati Socio-Legal Series*, vol. 3, n.º 3, 2013, pp. 450 a 473, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/osls/article/view/198>].

LAMPREA, EVERALDO. “The rise of big law in Colombia”, en MANUEL A. GOMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end corporate legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 155 a 176.

LARSON, MAGALI SARFATTI. "The rise of professionalism: A sociological analysis", en STANLEY ARONOWITZ y MICHAEL J. ROBERTS (eds.). *Class: The anthology*, Hoboken (NJ), John Wiley & Sons, 2017, pp. 263 a 286.

LISTA, CARLOS ALBERTO. "La educación jurídica en Argentina: genealogía de una crisis", *Anuario del Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba*, n.º 8, 2005, pp. 601 a 617.

LISTA, CARLOS ALBERTO y SILVANA BEGALA. "Abogados, compromiso social y uso del derecho", en *XII Congreso Nacional y III Latinoamericano de Sociología Jurídica*, Viedma, Río Negro, Argentina, 8, 9 y 10 de noviembre de 2012, disponible en [[http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog\\_nivel\\_3/116/archivos/listabegala.pdf](http://www.sasju.org.ar/interfaz/blog_nivel_3/116/archivos/listabegala.pdf)].

LIU, SIDA. "The legal profession as a social process: A theory on lawyers and globalization", *Law and Social Inquiry*, vol. 38, n.º 3, 2013, pp. 670 a 693.

MCGINNIS, JOHN O. y RUSSELL G. PEARCE. "The great disruption: How machine intelligence will transform the role of lawyers in the delivery of legal services", *Fordham Law Review*, vol. 82, n.º 6, 2014, pp. 3.041 a 3.066, disponible en [<https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss6/16/>].

MEILI, STEPHEN. "Staying alive: Public interest law in contemporary Latin America", *International Review of Constitutionalism*, vol. 9, 2009, pp. 43 a 71, disponible en [[https://scholarship.law.umn.edu/faculty\\_articles/213/](https://scholarship.law.umn.edu/faculty_articles/213/)].

MENESES REYES, RODRIGO y JOSÉ ANTONIO CABALLERO. "Global and traditional: A profile of corporate lawyers in Mexico", en MANUEL A. GÓMEZ y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Big law in Latin America and Spain: Globalization and adjustments in the provision of high-end legal services*, Nueva York, Palgrave Macmillan, 2018, pp. 177 a 196.

- MILLS, C. WRIGHT. *White collar: Las clases medias en Norteamérica*, 3.<sup>a</sup> ed., Madrid, Aguilar, 1973.
- MONTEIRO PESSOA, RODRIGO. “Abogacía laboral 4.0: inteligencia artificial y problemáticas profesionales en la abogacía brasileña”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, n.º 1, 2019, pp. 167 a 184, disponible en [<https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/51276>].
- PARSONS, TALCOTT. “Consideraciones de un sociólogo sobre la profesión legal”, en *Ensayos de Teoría Sociológica*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Paidós, 1967.
- PÁSARA, LUIS. *Los abogados de Lima en la administración de justicia*, Lima, Consorcio Justicia Viva, 2005.
- PEÑAS DEFAGO, MARÍA ANGÉLICA y JOSÉ MANUEL MORÁN FAÚNDES. “The conservative litigation against sexual and reproductive health policies in Argentina”, *Reproductive Health Matters*, vol. 22, n.º 44, 2014, pp. 82 a 90.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Bogotá, Externado, 2004.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Advogados e a educação jurídica na América Latina. Algumas tendências, conjecturas e questões”, *Cadernos FGV Direito Rio*, n.º 10, 2014, pp. 39 a 59.
- PUGA, MARIELA. *Litigio y cambio social en Argentina y Colombia*, Buenos Aires, CLACSO, 2012, disponible en [<http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20120308124032/Puga.pdf>].
- ROJAS HURTADO, FERNANDO. “Comparaciones entre las tendencias de los servicios legales en Norteamérica, Europa y América Latina. Primera parte”, *El Otro Derecho*, n.º 1, 1988, pp. 7 a 18.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia, t. I: La profesión jurídica*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Teoría sociológica sobre la profesión jurídica y administración de justicia”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 12, n.º 23, 2009, pp. 71 a 84, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2496>].

SMULOVITZ, CATALINA. “La política por otros medios. Judicialización y movilización legal en Argentina”, *Desarrollo Económico*, vol. 48, n.º 190, 2008, pp. 287 a 305.



## CAPÍTULO OCTAVO

## Estado, democracia y derechos humanos

JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ<sup>732</sup>FERNANDO GASPAR DUEÑAS<sup>733</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Como toda sociología, la sociología jurídica no puede desviarse de su principal objetivo, que consiste en describir y entender la dinámica de

732 Doctor en Ciencia Política de la Université Paris 2 Panthéon Assas; Magíster en Políticas Públicas y Especialista en Derecho Constitucional de la misma universidad francesa; Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Visiting Scholar de Columbia University y Johns Hopkins University. Profesor e investigador de la Universidad Católica de Colombia, a cuyo Grupo de investigación en Derecho Público y TICs pertenece este trabajo. Contacto: [jfflorez@ucatolica.edu.co], [www.joseflorez.com], [florezjose@gmail.com]. X: [@florezjose]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-6999-6307].

733 Filósofo de la Universidad Nacional de Colombia, con estudios de Maestría en Modelado y Simulación de las Universidades Jorge Tadeo Lozano y Central. Coordinador del Grupo de Analítica de Datos e Inteligencia Artificial de la Registraduría Nacional del Estado Civil.



la acción humana en la sociedad, tal como es y no como debería ser<sup>734</sup>. Esta observación, que a primera vista puede parecer trivial, recupera su sentido cuando advertimos que como el derecho es una disciplina que se encarga de modelar el comportamiento humano mediante estructuras normativas que se ocupan del *deber ser* de las cosas, con el respaldo del poder de coerción estatal y constituye a su vez el principal objeto de estudio de la sociología jurídica, esa vocación *prescriptiva* del derecho podría terminar por contaminar la vocación esencialmente *descriptiva* que tiene la sociología y cualquier otra ciencia social.

Lo anterior, desde luego, no significa que la reflexión prescriptiva esté excluida de las ciencias sociales, sino que, aunque las recomendaciones que hacen los científicos sociales para solucionar problemáticas concretas de la sociedad, también hacen parte de su aporte para orientar racionalmente el cambio social, siempre deben basarse en la comprensión causal de la realidad social, que es su función primigenia.

Siguiendo a VINCENZO FERRARI<sup>735</sup>, puede asumirse que las tres funciones sociales primordiales que desarrolla un sistema jurídico son: 1) *Orientación social*, que consiste en la capacidad del derecho, en cuanto conjunto de reglas relativamente ordenadas, “para orientar la conducta de una comunidad de individuos según reglas”; 2) *Gestión de los conflictos declarados* o capacidad del derecho “para orientar conflictos una vez estos han aflorado y han sido declarados públicamente, a través de cauces preestablecidos y preordenados para su tratamiento”; y 3) *Legitimación del poder*, que es la capacidad del derecho “para ofrecer argumentos que logren generar consenso sobre decisiones, entendidas como expresión de la capacidad decisional de los actores sociales”.

Esta última función de legitimación del poder es la que más dificulta la comprensión de la realidad social que está permeada por el derecho, el cual se vale de un material argumentativo y un discurso oficial para justificar su obligatoriedad, que con frecuencia riñe con lo empíricamente observable. Desde esta perspectiva, aunque el derecho aspira a modelar la acción humana, siempre subsiste una *distancia en-*

734 VINCENZO FERRARI. *Derecho y sociedad*, Bogotá, Externado, 2012, p. 45, especifica el objeto de la sociología jurídica como sigue: “La sociología del derecho se ocupa de insertar el derecho en el cuadro general ofrecido por la sociología, de comprender sus características y examinar en qué modo este interfiere con otros factores que caracterizan la acción humana”.

735 VINCENZO FERRARI. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989, p. 271.

*tre la realidad social y la norma jurídica* que busca determinarla, que al sociólogo del derecho le interesa particularmente entender y visibilizar. En esa medida, es responsabilidad especial del sociólogo del derecho develar lo que hay detrás del tejido normativo y desligarse de las ficciones jurídicas que atraviesan su objeto de estudio para poder entender mejor la sociedad.

Este capítulo se propone abordar tres temas del cuerpo de pensamiento del derecho público y la ciencia política que resultan emblemáticos para la finalidad legitimadora del poder que tiene el derecho y que, por ello, suponen un particular desafío para la sociología jurídica y su función reveladora de la realidad social. A saber: 1) El Estado, sus orígenes, justificación y evolución histórica; 2) La democracia, sus capacidades y sus límites; 3) Los derechos humanos, sus propiedades y su canon de interpretación científica contemporánea.

La pregunta planteada a lo largo del capítulo es, ¿qué tratamiento debería dárseles a estos temas desde la sociología jurídica para que estén en correspondencia con el carácter desmitificador de la disciplina? La respuesta a este interrogante es una aproximación ante todo realista y crítica, que supere el enfoque ideal-típico y lógico-deductivo que ha marcado a buena parte de la reflexión jurídica y que se encuentre más afinada en la práctica de las instituciones y en la evidencia empírica que en el formalismo y en el discurso autolegitimador del derecho.

## II. EL ESTADO

Lo más esclarecedor al momento de estudiar el Estado para entender sus propiedades como objeto político es desmitificarlo. “El mito del Estado” fue deconstruido con maestría por ERNST CASSIRER<sup>736</sup> para señalar la tremenda influencia del pensamiento mítico en la construcción del Estado moderno, que ha cumplido la función de hacerles creer a los destinatarios de la coerción estatal que ella viene legitimada por causas sobrenaturales distintas del hecho mundano del poder humano, de la dominación de unos sobre otros, que es necesaria para garantizar niveles aceptables de paz y cooperación en nuestras sociedades.

El pensamiento mítico ha tenido un papel fundamental en la aceptación del dominio del Estado por parte de los dominados, en la consolidación de su legitimidad. Pero no explica por qué este apareció, ni tampoco qué es y para qué sirve en realidad.

Los seres humanos somos una especie social, lo que significa que sobrevivimos como grupo, no como individuos autosuficientes y que entonces tenemos que cooperar. Eso son las sociedades humanas: sistemas de cooperación que a su vez están compuestos de múltiples mecanismos, subsistemas de cooperación especializados. La cooperación social surge y se mantiene con facilidad en las sociedades humanas pequeñas, pero, superado cierto umbral de tamaño de la sociedad, se torna cada vez más difícil, en especial si la cooperación no es de tipo económico, y por tanto, no existe el incentivo de un beneficio más bien garantizado.

La razón de esto es que para lograr cooperar, los seres humanos tienen que confiar entre sí. Pero, para poder confiar necesitan poder monitorearse los unos a los otros. Resulta indispensable el ejercicio del *control social*, que consiste en hacer cumplir reglas o sistemas de reglas (instituciones) que regulan comportamientos y roles (conjuntos de comportamientos, funciones, prácticas)<sup>737</sup>. Sin el control social, los seres humanos no pueden saber si los demás son confiables y van a cumplir con su parte de la empresa cooperativa, si van a asumir los costos que este tipo de empresas siempre requieren. No pueden saber quiénes son confiables y quiénes no. No pueden saber si van a ser engañados y temen constantemente serlo. La desconfianza social imposibilita la cooperación. Da lugar a los denominados problemas de coordinación y de acción colectiva, que no son otra cosa que problemas para cooperar<sup>738</sup>.

El ejercicio del control social se ve facilitado cuando los seres humanos se relacionan de manera directa, personal y frecuente. Cuando se cumple este tipo de relación, los seres humanos se conocen, no resultan ser unos extraños y pueden monitorearse entre sí, pueden ejercer control social mutuo. De esa manera pueden saber con cierta certeza quién es cada uno, quiénes son dignos de confianza (y de qué tanta) y quiénes no. El control social genera incentivos para que los acuerdos de cooperación se cumplan, para que nadie engañe a nadie.

737 DAVID SLOAN WILSON. *This view of life: Completing the Darwinian revolution*, Nueva York, Pantheon Books, 2019.

738 DAVID HUME. *A treatise of human nature*, Oxford, Oxford University Press, 2000.

Este tipo de relación se cumple, como caso general, en las sociedades pequeñas, pero no en las sociedades de mayor tamaño, de gran escala. En estas, la mayoría de las relaciones se tornan indirectas, impersonales y anónimas, lo que dificulta hasta imposibilitar el control social y, con ello, la confianza y la cooperación sociales. Para superar este escollo, el ejercicio del control social debe poder hacerse a gran escala entre extraños. Y esto es posible si en la sociedad se erigen y se reconocen individuos o grupos de individuos con la función de ejercer el control social sobre los demás. Es decir, es posible si los seres humanos se organizan en estructuras jerárquicas, desde muy simples hasta muy complejas, dependiendo del tipo de mecanismo de cooperación<sup>739</sup>.

En realidad, los seres humanos somos una especie social gracias a que, al igual que otras especies de primates, somos también una especie jerárquica, algo que se suele olvidar o que cuesta reconocer<sup>740</sup>. No lo somos en un grado tan alto como otras especies de mamíferos y de insectos, pero sí lo suficiente como para que podamos desarrollar y organizarnos en estructuras jerárquicas muy especializadas (de muchos niveles y muchas diferencias de estatus), y no solo en las más simples.

A su vez, la necesidad de organizarnos en sociedades cada vez más grandes y de cooperar a gran escala se le debe al hecho de que, al igual que otras especies animales, no habitamos el planeta como una única sociedad, sino como muchas sociedades (muchas manadas) que tienen que sobrevivir cada una por sí misma, y que además compiten por recursos entre ellas. Las sociedades más grandes tienen ventaja sobre las más pequeñas y solo las más exitosas en sostener la cooperación interna pueden llegar a ser más grandes que otras. Para alcanzar este nivel de éxito deben recurrir a mecanismos especializados que permitan resolver los problemas de coordinación y acción colectiva que se les plantean.

El Estado es uno de esos mecanismos o subsistemas especializados. Su principal rasgo es que funciona mediante estructuras altamente jerárquicas que establecen relaciones coercitivas o de subordinación (no necesariamente voluntarias) entre los integrantes de la sociedad. El otro mecanismo especializado es el mercado, cuyo rasgo esencial es que funciona mediante estructuras no jerárquicas o poco jerárqui-

739 PETER TURCHIN. *Ultrasociety: How 10,000 years of war made humans the greatest cooperators on Earth*, Connecticut, Beresta Books, 2015.

740 FRANCISCUS BERNARDUS MARIA DE WAAL. *Mama's last hug: Animal emotions and what they teach us about ourselves*, Nueva York, W. W. Norton & Company, 2019.

cas que no establecen relaciones coercitivas ni de subordinación, sino fundamentalmente voluntarias. Aunque no los únicos, ambos son los dos más grandes mecanismos de cooperación que las sociedades humanas han desarrollado para resolver los problemas de coordinación y acción colectiva a todas las escalas. Ninguno es, por supuesto, infalible ni resulta el más adecuado para resolver siempre el mismo tipo de problemas de coordinación o acción colectiva.

El Estado, y en especial el Estado *moderno*, no es entonces otra cosa que una *forma de organización social* consistente en estructuras jerarquizadas que tienen la función hondamente centralizada y especializada de ejercer el control social dentro de una sociedad y el territorio que esta ocupa. Es un modelo de gobierno de una sociedad y su territorio que funciona con base en estructuras de administración altamente jerarquizadas y centralizadas<sup>741</sup>.

Los Estados empezaron a aparecer con el aumento del tamaño de las sociedades humanas como un mecanismo para hacer posible la cooperación a gran escala en su interior y, en esa medida, aumentar sus probabilidades de supervivencia en la competencia entre ellas. El pensamiento mítico no da cuenta de esta realidad, sino solo de unas de las formas como el Estado mantiene la eficacia del derecho, de las reglas jurídicas (normas y principios) e instituciones (sistemas de reglas) mediante las cuales ejerce el control social o la dominación, sin la cual no habría cooperación social y, por tanto, sociedad. Puesto en contexto de esta manera, también se comprende mejor el origen del derecho como un subproducto del poder político, así como el alcance de conceptos jurídicos difíciles de capturar como el de *soberanía interna*: “La dimensión simbólica de la soberanía interna contiene la facultad de decidir en última instancia lo que es derecho y lo que no lo es”<sup>742</sup>.

De ahí la importancia de la publicación de *El príncipe* de NICOLÁS MAQUIAVELO en 1532, que supuso una ruptura con el pensamiento mítico en la explicación del poder político y la fuerza del Estado<sup>743</sup>. Esta disrupción epistemológica le valió a MAQUIAVELO el merecido

741 CHARLES S. SPENCER. “Territorial expansion and primary state formation”, en *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 107, n.º 16, 2010, pp. 7.119 a 7.126, disponible en [<https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1002470107>].

742 JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO. *El revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Externado, 2006, p. 81.

743 NICOLÁS MAQUIAVELO. *El príncipe*, Madrid, Alianza, 2010.

título de “padre de la ciencia política moderna”<sup>744</sup>, por haber introducido el método científico en el estudio del fenómeno político. Sin caer en la exageración, CASSIRER<sup>745</sup> caracteriza el aporte de MAQUIAVELO al estudio de la política como una revolución científica de alcance similar a la que representó el tránsito de la alquimia a la química en la comprensión de la materia, o la sustitución de la astrología por la astronomía en el estudio de los astros. Fue la revolución maquiavélica la que nos permitió descontaminar el estudio de la política de explicaciones sobrenaturales: el príncipe no manda porque así lo quieren los dioses, sino porque logró imponerse con ayuda de humanos sobre los demás humanos<sup>746</sup>.

Sin embargo, el pensamiento mítico permanece latente en la dinámica política del Estado contemporáneo. Así como hay quienes aún creen en la astrología, la comprensión científica de la política todavía convive con el mito y las ficciones que se manifiestan en las modernas ideologías. Estas ideologías pueden ser las totalitarias que más mancharon de sangre el siglo xx: fascismo, nacional socialismo y comunismo; o “religiones seculares”<sup>747</sup> como el humanismo, la democracia, el libre mercado y los derechos humanos, que hoy están vigentes como la principal materia prima de nuestro pensamiento político porque han mostrado una enorme capacidad pacificadora.

Desde una perspectiva sociológica, en línea con la tradición marxista, el Estado puede abordarse como una herramienta de dominación de las élites políticas sobre el grueso de la población, porque en efecto lo es, pero también como una tecnología social pacificadora que se consolidó y se impuso sobre otros modelos de organización política como el imperio y las ciudades-Estado, gracias a características de tamaño territorial, demografía y cohesión cultural que en los últimos cinco siglos favorecieron la acumulación eficaz de capital y

744 JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 29, 2012, pp. 107 a 144, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3294>].

745 CASSIRER. *The myth of the State*, cit.

746 Tampoco parece exagerado afirmar que MAQUIAVELO sentó así las bases cognitivas para las revoluciones democráticas de finales del siglo XVIII: es más fácil justificar la soberanía popular y derrocar al rey cuando se supera la idea de que su origen es divino.

747 YUVAL NOAH HARARI. *Homo deus: breve historia del mañana*, Bogotá, Debate, 2016.

coerción<sup>748</sup>, y resultaron propicias para la construcción de un orden interestatal cada vez más estable y pacífico.

En el amplio catálogo de definiciones del Estado *moderno*, tal vez la del sociólogo MAX WEBER<sup>749</sup> sigue siendo la más satisfactoria por su realismo y capacidad descriptiva: “Una empresa política organizada institucionalmente (*Anstaltsbetrieb*) se llamará Estado si, y en la medida en que, su personal administrativo pueda reclamar el monopolio de la fuerza física legítima en la ejecución de sus órdenes”<sup>750</sup>; lo que complementa así: “Estado es aquella comunidad humana que, dentro de un determinado territorio (el ‘territorio’ es elemento distintivo), reclama (con éxito) para sí el monopolio de la violencia física legítima”<sup>751</sup>; para agregar que:

El Estado moderno es una asociación de dominación con carácter institucional que ha tratado, con éxito, de monopolizar dentro de un territorio la violencia física legítima como medio de dominación y que, a este fin, ha reunido todos los medios materiales en manos de su dirigente y ha expropiado a todos los funcionarios estamentales que antes disponían de ellos por derecho propio, sustituyéndolos con sus propias jerarquías supremas<sup>752</sup>.

La ventaja de este concepto de Estado es que, dentro de la tradición hobbesiana, reconoce el carácter necesariamente violento del Estado, pero a la vez singulariza la legitimidad colectiva de su violencia como factor diferenciador frente a las demás violencias. La probada efectividad del Estado como mecanismo pacificador de las sociedades ha venido a verificar empíricamente el pensamiento de THOMAS HOBES sobre su necesidad para atemperar la faceta violenta del humano. STEVEN PINKER<sup>753</sup> atribuye la reducción global de la violencia letal a

748 CHARLES TILLY. “Cities and States in Europe, 1000-1800”, *Theory and Society*, vol. 18, n.º 5, 1989, pp. 563 a 584.

749 MAX WEBER. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979; MAX WEBER. *Economy and society: A new translation*, Cambridge, Harvard University Press, 2019.

750 WEBER. *Economy and society: A new translation*, cit.

751 WEBER. *El político y el científico*, cit., p. 83.

752 Ibid., p. 92.

753 STEVEN PINKER. *The better angels of our nature: Why violence has declined*, Nueva York, Penguin Books, 2012.

una batería de causas dentro de las cuales la más determinante fue la consolidación del Leviatán, porque institucionalizó el uso privativo de la fuerza por parte del Estado y prohibió la venganza privada. Por su parte, MAX ROSER<sup>754</sup> probó estadísticamente la impresionante caída de la tasa de homicidios por cada 100 mil habitantes en sociedades estatales respecto de sociedades sin Estado: incluso en época de guerra, las sociedades estatales más violentas lo son menos que las que carecen de Estado<sup>755</sup>.

También la reflexión sobre el “estado de naturaleza”, un “experimento mental” (sin sustento empírico) ideado por los tres filósofos contractualistas clásicos (THOMAS HOBBS, JOHN LOCKE y JEAN-JACQUES ROUSSEAU) para imaginar la interacción humana que precedió al nacimiento de las sociedades estatales, merece una reconsideración especial de su alcance a la luz de la evidencia científica moderna. La “falacia hobbesiana”<sup>756</sup> consistió en desconocer la predisposición social y cooperativa del humano, que ha sido constatada observacionalmente por la primatología<sup>757</sup> y el estudio antropológico de las sociedades de cazadores recolectores.

El mito del humano salvaje y violento en estado de naturaleza, popularizado en el imaginario colectivo global por la novela y la película de éxito mundial *El señor de las moscas*, no corresponde a una experiencia real de naufragio de niños. RUTGER BREGMAN<sup>758</sup> pudo rastrear un caso real de seis niños entre 13 y 16 años, que naufragaron en 1965 en la Polinesia cerca del Reino de Tonga y debieron sobrevivir 15 meses en la isla desierta de ‘Ata. Luego de ser rescatados por el capitán australiano PETER WARNER, los adolescentes, quienes se encontraban en perfecto estado de salud, dieron testimonio de haber creado un sistema de convivencia y gestión pacífica del conflicto que les permitió mantenerse unidos y optimistas en el propósito de sobrevivir hasta

754 MAX ROSER. “Ethnographic and archaeological evidence on violent deaths”, *Our World in Data*, 2 de agosto de 2013, disponible en [<https://ourworldindata.org/ethnographic-and-archaeological-evidence-on-violent-deaths>].

755 Ídem.

756 FRANCIS FUKUYAMA. *Los orígenes del orden político: desde la prehistoria hasta la Revolución Francesa*, Bogotá, Ariel, 2016, p. 61.

757 FRANCISCUS BERNARDUS MARIA DE WAAL. *Good natured: The origins of right and wrong in humans and other animals*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.

758 RUTGER BREGMAN. *Humankind: A hopeful history*, Nueva York, Back Bay Books, 2021.



cuando fueron encontrados. Pareciera entonces que el lugar común de que “los buenos somos más” es una verdad empírica al menos en el sentido de que “lo bueno en nosotros prevalece” (entendiendo por “bueno” nuestra capacidad de cooperar para el mutuo beneficio en lugar de destruirnos).

No obstante, el humano también tiene una dimensión violenta que las instituciones han ayudado a contener. La contundente evidencia histórica sobre la capacidad pacificadora del Estado ha hecho que la reflexión académica actual no gire en torno a si lo necesitamos (lo cual, de paso, ha llevado al pensamiento anarquista radical que persigue su abolición, a la obsolescencia), sino que se centre sobre qué tipo de Estado se adecúa mejor a las necesidades de nuestras sociedades. Por esa razón, una sociología que quiera aprehender el Estado, debe estudiarlo a través de su evolución en distintos modelos estatales que buscan solucionar problemas sociales específicos. En este orden de ideas, es posible identificar al menos cinco modelos estatales que corresponden a diferentes evoluciones y dimensiones del Estado moderno desde que se consolidó en el siglo xv, a saber: el Estado absolutista, el Estado liberal o de derecho, el Estado democrático, el Estado constitucional y el Estado capitalista y social o de bienestar. Sin embargo, el análisis de la especificidad de esos modelos escapa al objetivo de este capítulo.

### III. LA DEMOCRACIA

El principal reto de la sociología del derecho al abordar el estudio de la democracia es visibilizar los múltiples defectos y límites en sus capacidades que presenta la forma democrática de gobierno<sup>759</sup>, y que el discurso democrático busca esconder o edulcorar<sup>760</sup> mediante diversos mitos. Entre ellos, aquí resaltaremos que la democracia es una forma de dominación que el mito democrático del “gobierno del pueblo” quiere encubrir; las numerosas desigualdades que subsisten en las sociedades democráticas; el carácter necesariamente elitista de toda for-

759 ADAM PRZEWORKI. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.

760 JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*, Bogotá, Externado, 2015.

ma de gobierno (no solo la democrática); el déficit de representación real que persiste en todas las variantes de democracia representativa conocidas; y la incapacidad “epistémica” de la democracia como método para producir decisiones correctas. Por último, presentaremos una visión realista de la democracia como método de control social del poder y de pacificación social, altamente imperfecto, pero relativamente eficiente a la hora de prevenir el abuso del poder y la violencia.

Al igual que el cristianismo, el derecho y el capitalismo, la democracia es un “orden imaginado”<sup>761</sup>. Eso implica que no es una realidad material “extramental”, sino un fenómeno “intramental” que, como constructo del ingenio humano, posee tres características que le permiten funcionar y pasar por algo no ficticio entre el grueso de sus destinatarios.

En primer lugar, el orden imaginado está incrustado en el mundo material de forma tal que, aunque solo existe en la mente humana, está conectado conceptualmente con la realidad material que rodea a las personas, y gracias a ello tiene apariencia de realidad. Un buen ejemplo de ello, es la idea de que en las democracias el pueblo es soberano y permanece como titular del poder político a pesar de que no lo ejerce. Ciertamente, la “soberanía popular” ha sido uno de los mitos democráticos más exitosos en el objetivo de esconder la dominación de la mayoría de la población por parte de una élite gobernante que ostenta el poder de tomar las decisiones colectivas en todas las formas de gobierno que ha inventado el hombre. Este fenómeno fue denominado “ley de hierro de la oligarquía” en la teoría de las organizaciones de ROBERT MICHELS<sup>762</sup>, y luego GAETANO MOSCA<sup>763</sup> lo desarrolló en su trabajo sobre la clase política, al señalar que en todas las sociedades existen dos clases de personas, la de los gobernantes y la de los gobernados, y que en toda forma de gobierno siempre gobierna una minoría.

En las democracias, la gente va a las urnas con la idea de que escoge a sus “representantes”, que materializan el “gobierno del pueblo” durante los siguientes cuatro o cinco años en la mayoría de sistemas democráticos. Pero ninguna de tales cosas ocurre en la práctica por-

761 YUVAL NOAH HARARI. *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Bogotá, Debate, 2014.

762 ROBERT MICHELS. *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, París, Flammarion, 1971.

763 GAETANO MOSCA. *La clase política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.

que, por un lado, los gobernantes popularmente elegidos carecen de mandato imperativo y solo excepcionalmente son revocables en caso de incumplir sus promesas de campaña, razón por la cual no son verdaderos representantes de sus electores en términos jurídicos<sup>764</sup>. Por otro lado, el “gobierno del pueblo”<sup>765</sup> siempre es apenas el de una élite política profesional que ganó las elecciones y gobierna de forma independiente de sus electores, quienes rara vez tienen tiempo para hacerle seguimiento a la gestión de sus elegidos y, en caso de tenerlo, carecen de mecanismos institucionales para hacerlos responsables.

Empíricamente, la representación democrática nunca ha dejado de ser un artificio debido a la imposibilidad fáctica de que cualquier ser humano encarne la voluntad de otro. Para ello, se requeriría un clon de la persona “representada”, un doble moral perfecto, pues nadie podría representar fielmente a otro salvo siendo él mismo, porque la voluntad humana es inalienable. Es la idea plasmada por ROUSSEAU<sup>766</sup> en el *Contrato social*, cuando advierte que “la voluntad no se representa: es ella misma o es otra; en esto no hay términos medios”. Por esa razón, para el ginebrino la mal llamada “democracia representativa” era una trampa para los ciudadanos: “El pueblo inglés cree ser libre, pero se engaña; no lo es sino durante la elección de los miembros del Parlamento; una vez estos son elegidos, ya es esclavo, ya no es nada”<sup>767</sup>.

En segundo lugar, el orden imaginado modela nuestros deseos. La mayoría de la gente “cree” en la democracia y, por ende, piensa que “la voz del pueblo es la voz de Dios”, a pesar de que ninguna de las dos

764 FLÓREZ. *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*, cit.; HANS KELSEN. *Teoría general del Estado*, México, Coyoacán, 2004.

765 El “gobierno del pueblo” ni siquiera fue posible en la época en que “el pueblo todavía cabía en una plaza”, JACQUES RANCIÈRE. *El odio a la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007, p. 13. En la democracia directa ateniense, justo antes de que estallara la Guerra del Peloponeso en el 431 a. C., JOHN VAN ANTWERP estima en 40.000 la cantidad de ciudadanos adultos hombres en medio de una población total de alrededor de 300.000, cfr. JOHN VAN ANTWERP FINE. *The ancient Greeks: A critical history*, Cambridge, Harvard University Press, 1983. Esto significa que apenas el 13% de la población tenía la calidad de ciudadano, en una sociedad que era a la vez esclavista, xenófoba y misógina, CÉSAR MAURICIO VALLEJO SERNA. *La política como fundamento de la libertad*, Bogotá, Externado, 2016.

766 JEAN-JACQUES ROUSSEAU. *Du contrat social*. París, Flammarion, 1996.

767 Para una reflexión más completa, FLÓREZ. *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*, cit., p. 15.

supuestas “voces” existe como observable empírico, mientras desprende de esa creencia la idea de que existe una “sabiduría de las multitudes”<sup>768</sup> o “capacidad epistémica” de las democracias<sup>769</sup>, que les permite a los electorados tomar buenas decisiones y elegir buenos gobernantes. Todo lo anterior, a pesar de que existe evidencia sólida de que la ignorancia política en el elector medio es generalizada<sup>770</sup> y como consecuencia de ello tiende al error sistemático en sus decisiones políticas<sup>771</sup>.

En tercer lugar, el orden imaginado es intersubjetivo porque no solo existe en la mente del individuo, sino en la imaginación compartida de muchas personas a través de la red de comunicación que las conecta. El concepto de “voluntad popular”, por ejemplo, está tan arraigado en el imaginario democrático de la gente, que, si alguien se atreve a afirmar que la “voluntad del pueblo” no existe, lo podrían enviar al psiquiatra a pesar de que no es muy difícil entender que lo que instrumenta cualquier democracia al final de unas elecciones es apenas la “voluntad de la mayoría”<sup>772</sup>.

Ahora bien, un análisis equilibrado de la democracia implica reconocer también su valor agregado como tecnología social de organización del poder. El gran aporte del modelo democrático moderno se deriva de su idoneidad para distribuir el poder en diferentes grupos de interés y su capacidad pacificadora de las sociedades. Veamos:

Aunque la organización en una red de estructuras jerárquicas, cada una independiente de la otra, que instrumentan las democracias modernas resuelve el problema de la concentración absoluta del poder<sup>773</sup>, no soluciona el problema de que diversos individuos o grupos

768 JAMES SUROWIECKI. *The wisdom of crowds: Why the many are smarter than the few and how collective wisdom shapes business, economics, society and nations*, Nueva York, Anchor Books, 2005.

769 HÉLÈNE LANDEMORE. *Democratic reason: Politics, collective intelligence, and the rule of the many*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

770 ARTHUR LUPIA. *Uninformed: Why people seem to know so little about politics and what we can do about it*, Nueva York, Oxford University Press, 2016; ILYA SOMIN. *Democracy and political ignorance: Why smaller government is smarter*, Stanford, Stanford University Press, 2013; JASON BRENNAN. *Against democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2016.

771 BRYAN CAPLAN. *The myth of the rational voter: Why democracies choose bad policies*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.

772 JOSEPH SCHUMPETER. *Capitalism, socialism and democracy*, Nueva York, Harper, 1947.

773 Distribución del poder para la que ROBERT DAHL (1971) acuñó el popular término de “Poliarquía”.

concentren una cantidad determinada de poder que resulte suficiente para obtener una posición relativa de predominio que les permita hacer un ejercicio arbitrario o abusivo de su poder (dentro de un rango de acción determinado). Aquí, arbitrario o abusivo significa básicamente que dichos individuos y grupos ejercen su poder para beneficiarse a sí mismos y a sus aliados en desmedro o perjuicio de otros, en lugar de beneficiarse sin afectarlos o, mejor aún, beneficiándolos también de manera apropiada o razonable. En particular, significa que ejercen su poder económico o político relativo para lograr que el Estado actúe para beneficiarlos a costa del resto.

Que seamos una especie social, significa más exactamente que somos una especie que se organiza en grupos y que le damos primacía al grupo al cual pertenecemos sobre otros grupos. Significa que somos grupistas (incluso antes que egoístas) y que habitamos el planeta no como una única sociedad, sino como muchas manadas con las cuales competimos por recursos<sup>774</sup>. Este rasgo vuelve algo común que los seres humanos, cuando tienen alguna posición de poder, tiendan a usarlo para beneficiarse a sí mismos y a los suyos (a sus familias y tribus o a su empresa o aliados económicos y políticos, por ejemplo). Hace que fácilmente surjan carteles y pactos de colusión tanto económicos como políticos, dando origen al fenómeno de la corrupción que, en general, se materializa mediante empresas cooperativas, de grupos, no de individuos aislados.

Esto explica por qué siempre existe el riesgo de que todo individuo o grupo que llega a ocupar una posición relativa de predominio o ventaja en el mercado político, todo líder económico, pueda usar el poder específico que le concede su posición de autoridad para beneficiarse a sí mismo o a su grupo en perjuicio de otros individuos o grupos que participan también en el mercado y buscan legítimamente beneficiarse dentro de él. Para enfrentar este problema, las sociedades estatales desarrollaron reglas e instituciones que ayudan a promover sistemáticamente el principio o proceso complementario a la cooperación: la competencia. Esto explica también por qué siempre existe el riesgo de que todo líder político y todo individuo que ocupa un cargo político o público, pueda usar el poder específico que le concede su posición para beneficiarse a sí mismo y a su grupo cercano sin favorecer a quienes tienen la obligación política y legal de beneficiar: el resto de los

miembros de la sociedad, del grupo completo, sobre los cuales tienen una posición superior en la jerarquía.

Para enfrentar este problema, y recurriendo así mismo a nuestra naturaleza grupista, las sociedades democráticas terminaron desarrollando otra serie de reglas e instituciones que ayudan a instrumentar lo que algunos primatólogos y antropólogos evolutivos llaman “dominación inversa” (*reverse dominance*). Este es un tipo de control social entre los primates que consiste en que individuos subordinados ante el líder (el que ocupa la cima de la jerarquía del grupo o tiene alguna posición superior en ella) se alían para conformar subgrupos, al menos uno, que ejercen control social sobre él o ella<sup>775</sup>. Este tipo de control social permite disciplinar a los líderes que buscan beneficiarse a sí mismos y a los suyos, en perjuicio del resto de integrantes del grupo, de modo que cumplan con su papel de liderar para beneficio de todos, so pena de ser depuestos (o incluso expulsados del grupo o asesinados).

Pues bien, las reglas democráticas y republicanas son, en esencia, un mecanismo para ejercer, por supuesto de manera limitada, este tipo de control social: las instituciones democráticas establecen un procedimiento para que el grupo pueda decidir o injerir en la decisión, sobre *algunos* asuntos que afectan al grupo, de modo que ningún líder individual pueda ejercer su poder de decisión y actuación de manera arbitraria en esos asuntos<sup>776</sup>. Las instituciones liberales, por su parte, crean y mantienen una situación de pesos y contrapesos que hace que, en esos y otros muchos más asuntos, los diferentes líderes y sus grupos se encarguen mutuamente de evitar y contener el ejercicio arbitrario de su poder relativo. De este modo, se evita el ejercicio del poder sin que existan restricciones mínimas pero trascendentales de control social sobre quienes lo ejercen.

Entre dichos asuntos, resulta determinante la decisión sobre quiénes van a tener posiciones de liderazgo o de gobierno (posiciones superiores en las estructuras jerárquicas políticas), y quiénes no, y bajo qué mí-

---

775 CHRISTOPHER BOEHM. *Hierarchy in the forest: The evolution of egalitarian behavior*, Boston, Harvard University, 1999.

776 FLÓREZ. *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*, cit.; DAYANA JIMÉNEZ, FERNANDO GASPARDUEÑAS, JOSÉ FERNANDO FLÓREZ, MARÍA PAULA ROJAS Y SEBASTIÁN GALINDO. *El pueblo contra sí mismo: el plebiscito por la paz en Colombia y los límites de la democracia*, Bogotá, Corporación Universitaria Republicana, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.

nimas condiciones procedimentales y formales de prevención o castigo del ejercicio arbitrario o abusivo del poder: en especial, y de manera decisiva, desde cuándo y hasta cuándo van a mantener dichas posiciones.

Es crucial porque el hecho de que exista toda una red de jerarquías y de diferentes niveles jerárquicos significa que existe una multiplicidad de élites, no solo una, que se disputan el poder político (partidos y movimientos políticos, por ejemplo), lo que crea el problema de cuál de todas ellas va a gobernar. Significa, más aún, que toda forma estatal de gobierno, que todo régimen político –incluido el que añade y acopla la dimensión democrática–, consiste siempre en el gobierno de algunas élites (niveles superiores de las jerarquías) sobre una población general (niveles inferiores de las jerarquías). Significa que *la democracia no es el gobierno del pueblo*, por más que la población general pueda imponer un conjunto de límites efectivos al ejercicio del gobierno por parte de dichas élites<sup>777</sup>.

En las formas estatales de organización social, los gobernados no gobiernan, en ninguna de ellas lo hacen. Lo que la dimensión democrática, el mecanismo procedimental de control social inverso de decisiones, les proporciona a los Estados liberales (y constitucionales) es una solución para el problema de la disputa por el poder político: los que se disputan el acceso al gobierno y los que ya gobiernan (élites) aceptan, por un lado, que su poder político no debe ser absoluto en ningún sentido (dimensión liberal) y, por otro, que su poder político debe ser aceptado de manera voluntaria y explícita por los gobernados (población general). Pero lo anterior no de cualquier forma, sino mediante algún mecanismo que permita dos cosas, a saber: que los gobernados manifiesten explícitamente que aceptan el gobierno de una de esas élites, y no el de las demás, y que valide formalmente el carácter voluntario y explícito de dicha aceptación (dimensión democrática).

Así las cosas, el mecanismo procedimental de control social inverso de decisiones que llamamos democrático, simple y llanamente, permite establecer quién o quiénes van a acceder al gobierno y subsidiariamente cómo estas personas van a tomar algunas decisiones de relevancia colectiva como parte de su ejercicio del gobierno. Pero no establece o no delimita quién o quiénes van a verse favorecidos por el ejercicio del gobierno. El mecanismo establece límites al ejercicio del poder que son preeminentemente formales y, por lo tanto, permite

un amplio y sustancial margen de maniobra en su ejercicio. En esa medida, no garantiza que los que acceden al gobierno necesariamente vayan a gobernar en favor de la población general. Esta es, de hecho, la gran fuente de descontento e incluso desprecio hacia la democracia.

Sin embargo, es indispensable resaltar que el inmenso valor del mecanismo procedimental democrático no se deriva solo de que garantice en algún grado o sentido que los que gobiernan, por ser elegidos por la población general, gobiernen dándole prevalencia a los intereses de ella (a los individuos y grupos que la conforman). No, su mayor valor se deriva del hecho de que permite solucionar el problema de la disputa por el poder político de manera pacífica, lo que en ningún sentido es poca cosa. Al contrario, es un servicio invaluable, pues se trata ni más ni menos de que impide que esa disputa haga colapsar la sociedad entera al evitar que se transforme en guerra civil<sup>778</sup>.

Las instituciones democráticas, aquellas que instrumentan el procedimiento democrático, responden entonces al problema de cómo se accede al poder político y, en general, de cómo se toman decisiones sobre algunos asuntos de interés público o relevancia colectiva. Responden al problema sobre la *forma* como se deben tomar dichas decisiones. Pero dejan sin responder el problema fundamental asociado ya señalado: la cuestión de cómo se *ejerce* el poder político, qué políticas públicas o decisiones políticas concretas (promulgación y ejecución de normas y actos, por ejemplo) *adoptan o* logran implementar *quienes gobiernan* (que se encuentran en las ramas legislativa y ejecutiva). No responden, pues, al problema de cuál es el *contenido* y sentido específico de las decisiones que se toman, de *para qué* cosas concretas van a usar el aparato estatal quienes gobiernan.

Con todo, los límites formales que las reglas e instituciones democráticas establecen, permiten e incentivan la aparición, por un lado, de grupos variados pero dispersos dentro de la población general muy dispuestos a ejercer el control social inverso y, por otro, de sectores de las élites marginales, por fuera del gobierno, pero con poder relativo, muy dispuestos a aliarse con ellos en una relación de apoyo mutuo como parte de su estrategia de competencia por el acceso al gobierno. Esta situación se traduce en una convergencia de intereses que crea y mantiene siempre vigente la demanda de que las élites que gobiernan



lo hagan en favor de la población general. Por supuesto, se trata de una pretensión cuya materialización depende de la compleja realidad política, que se nutre de la realidad social (sociedad civil en sus dimensiones no económicas) y de la realidad económica (sociedad civil en sus dimensiones propiamente económicas) y que sobrepasa el alcance de las reglas e instituciones democráticas. La realidad política no se reduce a la democracia, nunca lo va a hacer y no tiene nada de malo que no lo haga.

#### IV. LOS DERECHOS HUMANOS<sup>779</sup>

Debido al fenómeno de la constitucionalización del derecho y el auge del modelo de Estado constitucional<sup>780</sup>, los derechos humanos se han convertido en el principal prisma de lectura hermenéutica del derecho contemporáneo, al punto que se caracteriza a nuestros ordenamientos jurídicos modernos como “derecho de los derechos”<sup>781</sup>. Sin embargo, el tratamiento sociológico de los derechos humanos, desde una perspectiva crítica y realista, implica la superación de varios mitos y extravíos metodológicos que han oscurecido su comprensión científica. En esta parte se presentan tres derroteros epistemológicos que contribuyen a esclarecer las propiedades de los derechos humanos: el reconocimiento de su historicidad y su naturaleza mutable, como productos culturales que son; la superación del iusnaturalismo como canon para su análisis; la normalización de su carácter político.

En primer lugar, respecto de la historicidad de los derechos humanos y sus generaciones, cabe advertir que, como todo fenómeno humano, estos derechos tienen una historia que resalta su carácter contextual, tanto espacial como temporalmente, y por tanto esencialmente mutable. Afirmar que existen “generaciones” de derechos humanos es

779 Esta parte de la reflexión es una actualización de un fragmento publicado por JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. “Derechos humanos de quinta generación: la superación del paradigma jurídico antropocéntrico”, en *Derechos humanos y no humanos de última generación: la superación del antropocentrismo en el derecho constitucional*, Bogotá, Tirant Lo Blanch y Universidad Católica de Colombia, 2019, pp. 21 a 47.

780 PEDRO SALAZAR UGARTE. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006.

781 CARLOS BERNAL PULIDO. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2005.

reconocer que todos son “hijos de su tiempo”. La clasificación de los derechos humanos en “generaciones” suele atribuirse al jurista francés KAREL VASAK<sup>782</sup> y se basa formalmente en la Declaración Universal de los Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948 y en otros instrumentos legales internacionales que, con posterioridad, fueron adoptados por la Organización de Naciones Unidas –ONU–. En especial, los catálogos de derechos contenidos en los dos pactos de derechos humanos que completaron la Declaración de 1948: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su protocolo, que entró en vigencia el 23 de marzo del mismo año. Sin embargo, conviene señalar que la sistematización de los derechos humanos en generaciones es de carácter doctrinal, pues ninguna de las tres declaraciones mencionadas los clasifica.

En conjunto, la clasificación generacional de los derechos humanos responde a varios criterios: su cronología, algunos instrumentos jurídicos internacionales en los que están consignados, pero sobre todo sus propósitos, el tipo de acción estatal que requieren para materializarse, su época de aparición como respuesta a nuevas demandas sociales, su contenido y los sujetos que protegen. A continuación, haremos un recorrido breve por las principales características de cada generación de derechos.

*Derechos de primera generación* son los denominados “derechos civiles y políticos”, referidos a la autonomía personal de los individuos y a la facultad de los ciudadanos de participar en el poder de gobernar. Incluyen un catálogo amplio de libertades cuyo contenido consiste en el derecho a *oponerse* al Estado, en el sentido de que constituyen límites a su poder de intervención en la sociedad. Entre los principales derechos civiles se encuentran el derecho a la vida, el derecho a la intimidad, la prohibición de la tortura y los tratos degradantes, la prohibición de la esclavitud y los trabajos forzados, la libertad de pensamiento y de culto, la libertad de expresión y de prensa, la propiedad privada, el derecho a la seguridad personal en relación con la justicia y la policía, el derecho a un juicio justo y a la igualdad ante la ley. Por su parte, los principales derechos políticos son el derecho al sufragio,

782 KAREL VASAK. “Human rights: A thirty-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights”, *The UNESCO Courier: a window open on the world*, vol. xxx, n.º 11, 1977, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>].

la participación en la elaboración de las leyes, la igualdad en el acceso a lo público, el derecho a elecciones libres y el control ciudadano sobre los impuestos y la administración.

*Derechos de segunda generación* son los económicos, sociales y culturales, cuyo contenido se concreta en el derecho a *exigir* del Estado ciertas prestaciones básicas. Al contrario de los de primera generación, que son derechos que pueden ejercerse de manera independiente y singular, los derechos de segunda generación requieren del apoyo institucional de los Estados para garantizar su efectividad mediante legislación y políticas públicas que los hagan realidad. Entre ellos se encuentran el derecho al trabajo, la libertad de asociación, el derecho a la educación y el aprendizaje, el derecho a la seguridad social (que incluye el derecho a un seguro de salud y a jubilación por edad, discapacidad o enfermedad), el derecho de reunión y el de asociación sindical.

*Derechos de tercera generación* son los llamados “derechos de solidaridad”. Se inspiran en la idea de que la vida humana en comunidad da nacimiento a cierto tipo de derechos colectivos que trascienden al individuo y redundan en beneficio de toda la especie, incluidas las futuras generaciones, como por ejemplo, el derecho a la autodeterminación de los pueblos, el derecho al desarrollo, el derecho a un medio ambiente sano y ecológicamente equilibrado, el derecho a la paz, el derecho a la asistencia humanitaria y el derecho de propiedad sobre el patrimonio común de la humanidad. Son además derechos que no pueden ejercerse de manera individual sino solo por grupos o colectividades y que solo pueden materializarse gracias a un esfuerzo conjunto entre los individuos, los Estados y todo tipo de organizaciones multilaterales, públicas y privadas.

*Derechos de cuarta generación* son aquellos que se han gestado, de manera reciente, como resultado del avance tecnológico y de las nuevas necesidades de protección aparejadas. Entre ellos se encuentran numerosos derechos que nacen a raíz de las nuevas tecnologías, en particular gracias al desarrollo de la informática, la Internet, la genética, la biomédica y las telecomunicaciones. Ejemplos de esos jóvenes derechos son los siguientes: los derechos relativos a la ingeniería genética y la protección del genoma humano (que comprenden el derecho a la identidad genética y la prohibición de ser clonado, así como los límites a la intervención de las características genéticas de una persona, que siempre debe estar subordinado a propósitos médicos terapéuticos); el derecho de acceso a la informática, que implica el acceso a Internet; el derecho de acceso a la sociedad de la información en

condiciones de igualdad y no discriminación; el derecho al uso del espectro electromagnético y la infraestructura para los servicios en línea satelitales o por vía de cable; el derecho a formarse en las nuevas tecnologías; el derecho a la autodeterminación informativa; el derecho al *habeas data* y a la seguridad digital.

También se perfilan aquí nuevas garantías como el derecho a la “hipervida” o la “cibervida”, entendido como la protección de la personalidad digital o virtual que ahora tenemos en el ciberespacio a través de nuestra actividad en línea, en especial en las redes sociales<sup>783</sup>. Así mismo, el auge del “dataísmo” ha implicado la aparición de nuevos riesgos y necesidades<sup>784</sup>. Como los datos son la nueva moneda (e incluso son la propia moneda, como ocurre con el *bitcoin*), se requieren nuevos derechos para protegerlos.

El desarrollo computacional de la inteligencia artificial y el auge de las decisiones algorítmicas automatizadas, han planteado la necesidad de actualizar la agenda global de derechos humanos de cuarta generación<sup>785</sup>. Esta actualización puede producirse mediante la ampliación de derechos ya existentes, como el de no discriminación, frente a nuevas amenazas como la perfilación algorítmica por parte de sistemas de inteligencia artificial que aplican sesgos injustos<sup>786</sup>. Pero también mediante la aparición de nuevos derechos humanos como, por ejemplo, “el derecho a obtener explicaciones sobre decisiones individuales automatizadas” o “*right to explanation*”, basados en nuevos principios como el de transparencia y responsabilidad algorítmica y el de control de los

783 Es un error pensar que los derechos de cuarta generación se definen a partir de “las nuevas formas que cobran los derechos de primera, segunda y tercera generación en el entorno del ciberespacio”, GONZALO ALTAMIRANO DIMAS. *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, México, D. F., Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017, p. 4. Desde esa perspectiva, la libertad de expresión que se desarrolla en Internet, en particular en las redes sociales, sería un nuevo derecho, cuando la única novedad es el medio. Una nueva generación de derechos supone un verdadero cambio en su contenido.

784 MARC DUGAIN y CHRISTOPHE LABBÉ. *L'homme nu. La dictature invisible du numérique*, París, Plon/Robert Laffont, 2016.

785 MATHIAS RISSE. “Human rights and artificial intelligence: An urgently needed agenda”, *Human Rights Quarterly*, vol. 41, n.º 1, 2019, pp. 1 a 16.

786 JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. “Inteligencia artificial y derechos humanos”, *Semana*, 29 de julio de 2020, disponible en [<https://www.semana.com/opinion/articulo/inteligencia-artificial-y-derechos-humanos-columna-de-jose-fernando-florez/690168/>].

sistemas de inteligencia artificial, así como los principios de explicabilidad e inteligibilidad algorítmica<sup>787</sup>. El Instituut Rathenau, incluso, le recomendó al Consejo Europeo estudiar la conveniencia de reconocer el “derecho a no ser medido, analizado o guiado” y el “derecho al anonimato virtual” frente a la amenaza de la hipervigilancia estatal y privada, al igual que el reconocimiento del “derecho al contacto humano significativo” como reacción a la tendencia a robotizar toda suerte de tareas que nos privan cada vez más de la interacción con otros humanos, que es crucial para la salud física y mental de nuestra especie<sup>788</sup>.

Los *derechos de quinta o última generación*<sup>789</sup> suponen la superación del iusantropocentrismo, y con ello la adopción de derechos cuyos sujetos de protección son especies distintas de la humana, tanto sintientes como no sintientes. Estos derechos siguen siendo humanos en la medida en que son creados por nuestra especie, pues el derecho es un fenómeno humano, pero al mismo tiempo son “no humanos” en el sentido de que protegen seres y entidades no humanas. Entre ellos se encuentran los derechos de los animales y los derechos de recursos naturales como la *Pachamama* o Madre Tierra, mediante la protección jurídica de ríos, páramos y otros ecosistemas como sujetos de derechos. Así como en el pasado el derecho favoreció la “cosificación de las personas”, mediante instituciones tan crueles como el esclavismo, hoy favorece la “personificación de las cosas” gracias al desarrollo de nuevas sensibilidades.

787 DANIEL CASTAÑO. “La gobernanza de la inteligencia artificial en América Latina: entre la regulación estatal, la privacidad y la ética digital”, en CAROLINA AGUERRE (ed.). *Inteligencia artificial en América Latina y el Caribe. Ética, gobernanza y políticas*, Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 2020, pp. 5 a 33.

788 RINIE VAN EST, JOOST GERRITSEN y LINDA KOOL. *Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, La Haya, Rathenau Instituut, 2017, pp. 43 y ss.

789 Me aparto del criterio de autores que, como LUCERITO FLORES, consideran que entre los derechos de última generación se encuentran los recientemente reconocidos a minorías sexuales LGBTI o el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres, cfr. LUCERITO LUDMILA FLORES SALGADO. *Temas actuales de los derechos de última generación*, Puebla, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13156>]. Ese tipo de derechos son ampliaciones del radio de acción de viejos derechos, en los casos mencionados del derecho a la igualdad, la libertad y la propiedad sobre el propio cuerpo.

También se proyecta el nacimiento de derechos en cabeza de entidades “vivas”, pero en sentido no biológico, como lo serían las máquinas, los artefactos, los robots y el *software* inteligente. Si la inteligencia artificial se desarrolla al punto de producir alguna forma de “conciencia” que empiece a comportarse en forma autárquica, independiente de la voluntad del programador<sup>790</sup>, habrá que preguntarse qué tipo de tratamiento jurídico les daremos a sus actos y a los de los humanos que la crearon. Ese escenario está más cerca de lo que imaginamos y algunos operadores jurídicos internacionales ya lo advirtieron. Mediante una resolución del 16 de febrero de 2017, el Parlamento Europeo le hizo recomendaciones a la Comisión Europea para legislar en materia de derecho civil y robótica. En los puntos relativos a la responsabilidad de los robots solicita analizar las implicaciones jurídicas y recomienda considerar la personalidad jurídica específica de los robots más complejos para hacerlos responsables por los daños que puedan causar. De igual forma, cabe empezar a concebir la posibilidad de reconocer derechos a seres “transhumanos”<sup>791</sup> o “poshumanos”, es decir, personas con identidad genética, cognitiva o informacional modificada por la nanorrobótica.

Una crítica que se ha formulado contra la clasificación generacional de los derechos humanos es que su “progresiva identificación” cronológica desvirtuaría su naturaleza, pues la propia Declaración Universal de 1948 los describe como “inherentes a los seres humanos” y encasillarlos en sucesivas generaciones equivale a reducirlos a solo

790 Lo cual no está muy lejos de ocurrir, cuando no se asume que ya ocurrió con algunos algoritmos de aprendizaje automático profundo, cuyos procesos de desarrollo autónomo ya no entiende ni controla el humano. AMY WEBB relata el caso de la inteligencia artificial AlphaGo-Zero, que fue diseñada para derrotar a los mejores jugadores de Go del mundo aprendiendo desde cero sobre el juego, sin procesar datos de las estrategias utilizadas por los humanos. AlphaGo-Zero no solo cumplió holgadamente ese objetivo gracias a que diseñó sus propias estrategias, sino que demostró que los algoritmos ahora pueden aprender sin guía humana y eso los hace más eficientes porque los descontamina de las limitantes de nuestra especie a través de un proceso de aprendizaje cuyo contenido desconocemos, que puede plantear y resolver problemas que la inteligencia humana ni siquiera había advertido, cfr. AMY WEBB. *The big nine. How the tech giants and their thinking machines could warp humanity*, Nueva York, Public Affairs, 2019.

791 JONATHAN PIEDRA ALEGRÍA. “Transhumanismo: un debate filosófico”, *Revista Praxis*, n.º 75, 2017, pp. 47 a 61, disponible en [<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/praxis/article/view/9734>].

aquellos “reconocidos por la ley”<sup>792</sup>. A ese reparo se puede responder señalando con realismo que, efectivamente, las generaciones no hacen una *identificación* de “los” derechos, sino que describen la *producción* dinámica de “unos” nuevos derechos en función del contexto social. Así como aparecen nuevos derechos, es posible que se extingan algunos viejos, bien sea por simple obsolescencia<sup>793</sup>, transformaciones morales o por carencia actual de objeto<sup>794</sup>. Esa perspectiva va en consonancia con la superación de los cánones iusnaturalistas de fundamentación de los derechos humanos y su remplazo por visiones más críticas y positivistas.

Una segunda crítica dirigida por FAUSTO POCAR contra las generaciones de derechos humanos, es el peligro de “abuso” que, con frecuencia, conduce a “mantener puntos de vista según los cuales los nuevos derechos, en particular los derechos colectivos, deberían protegerse anulando o eliminando los derechos individuales de generaciones anteriores, o al menos otorgando prioridad sobre ellos”<sup>795</sup>. Esa crítica sin duda remite al conflicto entre los modelos de Estado liberal y socialista, que ilustra claramente el marco ideológico que siempre define la discusión sobre el alcance concreto que los jueces y la acción estatal les dan a los derechos individuales, solidarios y colectivos en cada sociedad<sup>796</sup>.

Por último, se critica que la multiplicación de derechos humanos en el tiempo, producto del reconocimiento de nuevas generaciones, aumenta la contradicción entre ellos y afecta su eficacia<sup>797</sup>. Esa crítica

792 FAUSTO POCAR. “Some thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the ‘generations’ of human rights”, *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 3, 2015, pp. 43 a 53, disponible en [<https://www.stu.edu/Portals/law/docs/human-rights/ihr/r/volumes/10/10-3%20Pocar.pdf>].

793 La inviolabilidad de la correspondencia está a punto de extinguirse en términos materiales, junto con el correo postal. Ahora es esencialmente un asunto de seguridad informática, criptografía y amenaza de *hackers*.

794 Piénsese, por ejemplo, en el deleznable “derecho de pernada”. O en el derecho de propiedad sobre humanos. En esos casos, es una verdadera dicha que los derechos no sean en forma alguna inherentes a las personas.

795 POCAR. “Some thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the ‘generations’ of human rights”, cit., p. 45.

796 STEVEN LUKES. “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”, en STEPHEN SHUTE y SUSAN HURLEY (eds.). *De los derechos humanos: las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 29 a 46.

797 ADRIAN VASILE CORNESCU. “The generations of human rights”, en *Days of law: The conference proceedings*, Brno, Masarykova Univerzita, 2009,

es justa y sirvió en la teoría constitucional al desarrollo de nuevas técnicas de racionalización de las colisiones entre derechos fundamentales. Es importante resaltar aquí el aporte de ROBERT ALEXY<sup>798</sup> a la hermenéutica constitucional, con su teoría del discurso y la concepción de los derechos como “mandatos de optimización” que aspiran a realizarse en la mayor medida de lo posible, así como el desarrollo de la ley de ponderación y el principio de proporcionalidad en cuanto herramientas de interpretación de los derechos fundamentales.

En segundo lugar, la superación del iusnaturalismo supuso cuestionar las falsas tesis de la naturalidad, la universalidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad y la inherencia de los derechos humanos, que han sido superadas gracias a su estudio científico. Aunque algunos sectores de la doctrina<sup>799</sup> –en especial, el discurso oficial de los derechos humanos– continúan usando esos adjetivos carentes de poder explicativo para arrogarse mayor autoridad, la historia muestra que la realidad está llena de “derechos naturales” que apenas son culturales, “derechos universales” que en realidad son locales, “derechos inalienables” que son alienados a diario, “derechos imprescriptibles” que con frecuencia prescriben y derechos “inherentes a la persona humana” cuya existencia sin embargo nadie ha podido observar empíricamente por fuera de la cultura.

El debate, hace más de dos siglos, entre dos grandes pensadores del liberalismo europeo sobre la existencia de derechos “naturales” ilustra lo controvertida que ha sido, de antaño, la tesis que busca remitir la justificación de los derechos humanos a una fundamentación ontológica trascendental. Mientras el inglés JEREMY BENTHAM<sup>800</sup> sostenía que hablar de derechos naturales era un “disparate en zancos”, una afirmación que solo servía para que el *statu quo* bloqueara las reformas económicas necesarias para alcanzar el bienestar social, el francés BENJAMIN CONSTANT<sup>801</sup> le ripostaba que el sentido de esa afirmación

---

disponible en [[https://www.law.muni.cz/sborniky/dny\\_prava\\_2009/files/prispevky/tvorba\\_prava/Cornescu\\_Adrian\\_Vasile.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf)].

798 ROBERT ALEXY. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Externado, 2003.

799 JHON IFEDIORA. “Universal human rights and cultural relativism: A marriage of inconvenience”, *Policy Perspective*, vol. 3, n.º 1, 2004, pp. 1 a 7.

800 JEREMY BENTHAM. *Falacias políticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

801 BENJAMIN CONSTANT. *Principes de politique*, París, Pluriel, 1997.



era que había ciertos derechos que, por lo importantes, “debían ser” considerados naturales e inalienables, aunque no lo fueran en la práctica y que, en todo caso, remitir la conveniencia de un derecho a su “utilidad” era igual de vago y problemático que hacerla depender de su justicia o naturalidad.

Hoy el propio concepto de “naturaleza” está en crisis por la investigación sociológica y cultural<sup>802</sup>. El trabajo de PIERRE BOURDIEU<sup>803</sup> sobre lo que denominó “arbitrarios culturales” –categoría en la que caben perfectamente los derechos humanos– explica muy bien que el pretendido carácter “natural” de muchos fenómenos humanos suele ser apenas una etiqueta impuesta por un discurso estratégico que busca investir con autoridad algunas preferencias culturales sobre otras para afianzar distintos modos de dominación. Los arbitrarios culturales son concepciones que tienen como objetivo posicionar ciertos significados como verdades universales mediante el ejercicio del poder simbólico, convirtiendo las relaciones sociales en competencias entre grupos, bien sean dominantes o dominados, que buscan imponer sus formas de interpretar el mundo al resto de la sociedad<sup>804</sup>. BOURDIEU refiere sobre esa forma de interpretar la realidad social, que es una arbitrariedad derivada de la cultura que no puede deducirse de ningún principio universal y carente de nexo con la naturaleza<sup>805</sup>.

La dominación masculina<sup>806</sup>, por ejemplo, está tan profundamente anclada en nuestros inconscientes que ya ni si quiera la percibimos en muchos ámbitos de la vida social, a pesar de que se nutre de la falsa idea de que el hombre está mejor dotado “por naturaleza” que la mujer para realizar múltiples actividades sociales, y eso contribuye a afianzar el estereotipo cultural machista de que la mujer es más

802 El “negacionismo” moderno de la naturaleza humana ha llevado incluso a ignorar el rol crucial que siguen jugando las predisposiciones genéticas en el devenir humano, como lo denuncia STEVEN PINKER. *The blank slate: The modern denial of human nature*, Nueva York, Penguin Books, 2003.

803 PIERRE BOURDIEU y JEAN CLAUDE PASSERON. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Barcelona, Laia, 1977.

804 PEDRO CASTÓN BOYER. “La sociología de Pierre Bourdieu”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 76, 1996, pp. 75 a 97, disponible en [[https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_076\\_o6.pdf](https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_076_o6.pdf)].

805 BOURDIEU y PASSERON. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, cit., p. 48.

806 PIERRE BOURDIEU. *La domination masculine*, París, Éditions du Seuil, 2002.

“débil” o “naturalmente” inferior al hombre en varios aspectos. Algo similar ocurre con otra serie de fenómenos que son catalogados “contra natura” por el *statu quo* para justificar la segregación de minorías. El reconocimiento progresivo de los derechos humanos de minorías sexuales, étnicas, religiosas y lingüísticas, es justamente el resultado de enconadas luchas sociales contra arbitrarios culturales que ceden a la normalización de la diversidad gracias al derecho en algunas sociedades antes que en otras. ENRIQUE GUERRA sostiene en ese sentido que la obra de BOURDIEU es una explicación sobre la fuerza y capacidad del poder simbólico para ocultar la opresión como algo natural<sup>807</sup>.

El absolutismo de los valores fue remplazado por el relativismo axiológico en la teoría del derecho gracias al éxito del positivismo jurídico kelseniano<sup>808</sup>, en el cual los derechos y su contenido son entendidos bien como el resultado de la imposición en contextos autocráticos o bien como consensos sociales en las democracias. El pluralismo típico de las democracias conduce a que se reconozca en ellas la existencia, no de una sola moral, sino de múltiples “sistemas morales”. Desde una perspectiva positivista, CARLOS BERNAL PULIDO<sup>809</sup> por ejemplo, se conforma con especificar la “objetividad” de los derechos humanos mediante la verificación de alguna de sus dos propiedades formales: la inclusión en un instrumento jurídico internacional sobre derechos humanos o el reconocimiento por parte de la jurisprudencia sobre derechos humanos de los tribunales internacionales especializados. Por su parte, NÉSTOR OSUNA PATIÑO<sup>810</sup> propone una definición jurídica formal de derecho humano a partir de tres características: ser una norma jurídica supralegal (por ende, contenida en una constitución o un tratado internacional de derechos humanos) que les otorga

---

807 ENRIQUE GUERRA MANZO. “Las teorías sociológicas de Pierre Bourdieu y Norbert Elias: los conceptos de campo social y habitus”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXVIII, n.º 83, 2010, pp. 383 a 409, disponible en [<https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/215>].

808 HANS KELSEN. *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 2001.

809 CARLOS BERNAL PULIDO. “La metafísica de los derechos humanos”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 25, 2010, pp. 117 a 133, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569>].

810 NÉSTOR OSUNA PATIÑO. “Derechos y libertades constitucionales”, en MAGDALENA CORREA, NÉSTOR OSUNA PATIÑO y GONZALO RAMÍREZ CLEVES (eds.). *Lecciones de derecho constitucional*, t. 1, Bogotá, Externado, 2017, pp. 343 a 384.

a las personas una prerrogativa o situación de ventaja y que cuenta con un mecanismo de garantía judicial específico.

El colapso del iusnaturalismo en la filosofía del derecho ha supuesto entonces, un reenfoque pragmatista en la teorización de los derechos humanos. La superación de modelos metafísicos de fundamentación ha conducido a la adopción de nuevas teorías más críticas<sup>811</sup> y realistas<sup>812</sup>. MARIE-BÉNÉDICTE DEMBOUR<sup>813</sup> acierta al clasificar las ideas alrededor de los derechos humanos en cuatro grandes “escuelas de pensamiento”. Aparte de la escuela iusnaturalista, hoy superada, habría otras tres que podríamos llamar escuelas “realistas” sobre los derechos humanos: la deliberativa, la de la protesta y la discursiva.

La *escuela deliberativa* concibe los derechos humanos como valores políticos que las sociedades liberales adoptan sin ínfulas universalistas. Los derechos son el resultado de acuerdos sociales deseables que, sin embargo, para volverse universales requieren de consensos globales como los mejores estándares legales para gobernar una sociedad. Así mismo, asume que los derechos humanos son relevantes apenas para un gobierno determinado (no para el conjunto de la vida moral humana) y se materializan esencialmente a través del derecho constitucional.

La *escuela de la protesta* busca sobre todo combatir la injusticia. Para esos académicos, los derechos humanos son un mecanismo de lucha social en contra de los privilegios del *statu quo* y a favor de los oprimidos. Y aunque reconocen un plano trascendental en los fundamentos de esa lucha, su principal interés es la materialización concreta de aspiraciones sociales mediante el reconocimiento legal de derechos que, no obstante, nunca son vistos como la culminación del proyecto reivindicatorio, sino apenas como pasos necesarios en la incesante batalla por la justicia.

La *escuela discursiva* es más neutral respecto de los derechos humanos. No les dispensa ninguna reverencia y piensa que existen

811 DUNCAN KENNEDY. “La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies”, *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, n.º 1, 2006, pp. 47 a 89, disponible en [[https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)].

812 HELIO GALLARDO. “Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana”, *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, n. 4, 2010, pp. 57 a 90.

813 MARIE-BÉNÉDICTE DEMBOUR. “What are human rights? Four schools of thought”, *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n.º 1, 2010, pp 1 a 20.

simplemente porque “la gente habla de ellos”. Eso implica considerar también que los derechos humanos no son “dados” ni constituyen “la respuesta correcta a todos los males del mundo”, sino que son apenas un discurso utópico, importante para canalizar demandas políticas y que produce algunos buenos resultados, pero también representa una amenaza imperialista para los pueblos por fuera de la tradición cultural occidental. Por lo anterior, esa escuela no “cree” en los derechos humanos y además imagina y ejecuta mejores proyectos de emancipación en el futuro. Desde esa perspectiva, autores como STEPHEN HOPGOOD<sup>814</sup> consideran que la emergencia de los derechos humanos como paradigma global de la regulación del comportamiento y como discurso ético prominente de nuestro tiempo, fue una estrategia para lidiar con el vacío de autoridad que dejó lo que FRIEDRICH NIETZSCHE llamó “la muerte de Dios”, es decir, el remplazo de la anterior utopía moral de alcance universal que fue el cristianismo.

En definitiva, la característica común a las tres últimas escuelas mencionadas es que estudian los derechos humanos en forma crítica y realista, es decir, desde una perspectiva científica y sin recurrir a esoterismos trascendentales para su justificación.

En tercer lugar, la normalización del carácter político de los derechos humanos sugiere que no vienen “dados” por ningún referente trascendental, ni corresponden a una realidad “óntica”, para expresarlo en la terminología de MARTIN HEIDEGGER, sino que son “producidos” por una creación del ingenio humano, el derecho, que a su vez es un derivado de la política, pero también funciona como uno de sus límites<sup>815</sup>. Esa tensión entre la doble naturaleza del derecho, como producto y límite de la política en el Estado de derecho, encuentra expresión en la teoría de los derechos humanos. La obsolescencia del iusnaturalismo conduce a reconocer el origen político de todo el derecho y de los derechos humanos en particular.

Los derechos humanos son políticos en un doble sentido. En primer lugar, son “límites” a la política, en particular a las mayorías legis-

814 STEPHEN HOPGOOD. *The endtimes of Human Rights*, Nueva York, Cornell University, 2013.

815 Para FERRAJOLI, “toda la historia del Derecho puede ser leída como la historia de la lenta, difícil y controvertida obra de minimización del poder”, cfr. LUIGI FERRAJOLI. “Jueces y política”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 4, n.º 7, 1999, pp. 63 a 79, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1333>].

ladoras en los regímenes democráticos<sup>816</sup>. Como advierte con enorme lucidez VALENTINA PAZÉ<sup>817</sup>, históricamente los derechos humanos y los tribunales constitucionales no aparecieron para proteger la democracia, sino para “protegerlos de ella”, luego del desastre humanitario que significaron las leyes producidas por parlamentos sin límites en la Segunda Guerra Mundial.

La tensión entre derechos humanos y democracia<sup>818</sup>, entre el rol de los jueces que derogan leyes mediante el control de constitucionalidad y el de los legisladores que las redactan, ha sido objeto de especial interés en la teoría constitucional y la teoría democrática. Ese conflicto, que ALEXANDER BICKEL<sup>819</sup> bautizó como “dificultad contramayoritaria”, ha sido resuelto en varias democracias en favor de la protección de los derechos humanos por parte de los jueces, que son concebidos como instancias de “desconfianza”<sup>820</sup> frente al riesgo de tiranía de las mayorías.

El carácter contramayoritario del poder judicial no solo ha sido reconocido en la doctrina<sup>821</sup>, sino avalado por los tribunales constitucionales. Colombia ha acogido la concepción contrademocrática de los derechos fundamentales, al punto de reconocer que “constituyen un límite al ejercicio del poder político, tanto del poder constituyente como de los poderes constituidos” y, por ende, no pueden ser derogados mediante mecanismos de democracia directa como el plebiscito o el referendo<sup>822</sup>. Desde esa perspectiva, los derechos humanos forman

816 RODOLFO ARANGO RIVADENEIRA. *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Norma y Universidad de los Andes, 2008.

817 VALENTINA PAZÉ. *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

818 JOHAN KARLSSON. *Democracy versus human rights: Why Held and Habermas do not resolve the tension*, Oslo, Universitetet i Oslo, 2010.

819 ALEXANDER M. BICKEL. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University, 1986.

820 JOHN HART ELY. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 2002; PIERRE ROSANVALLON. *La contre-democratie. La politique à l'âge de la défiance*, Paris, Seuil, 2006.

821 ROBERTO GARGARELLA. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, disponible en [[http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3.pdf](http://bivice.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_justicia_frente_al_gobierno_3/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf)].

822 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 de 18 de julio 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>].

parte de la “esfera de lo no decidible” por las mayorías políticas, según la terminología adoptada por FERRAJOLI<sup>823</sup>, y por tanto constituyen un “coto vedado” al poder del legislador o espacio de intangibilidad democrática<sup>824</sup> cuya violación por parte de cualquier gobierno incluso autorizaría la desobediencia civil<sup>825</sup>.

Sin embargo, los derechos humanos tienen otra dimensión política contrapuesta: son también la conquista de luchas sociales que logran normalizarse con el derecho. Eso significa que son causa y efecto de la política. Aunque limitan la legislación, una vez consolidados jurídicamente buscan hacerse intangibles por el sistema político y antes de ello son reivindicaciones sociales que luchan por “juridizarse”. Pero tienen el potencial de convertirse en políticas públicas, con lo cual, “de constituir límites a la discrecionalidad administrativa y burocrática, los derechos se vuelven dependientes de ella”<sup>826</sup>.

El carácter reivindicatorio de los derechos humanos y su concepción como lucha social remite a su contenido utópico<sup>827</sup>. Desde esa perspectiva, los derechos humanos son la última gran utopía vigente en el mundo luego de que los demás proyectos globales moralizadores caducaron<sup>828</sup>, y se entienden como luchas abiertas o causas inacabadas. Por ejemplo, la lucha feminista por la igualdad de género es una causa social en la que aún queda mucho por hacer: es inaceptable un mundo donde todavía hay apenas 23% de mujeres en los parlamentos, solo 9% de alcaldesas y escasamente 11 presidentas en cerca de 200 países. Se calcula además que las mujeres tardarán 89 años más en alcanzar la igualdad económica y que el mundo crecería económicamente un tercio más si la mujer entrara de lleno al mercado laboral<sup>829</sup>.

823 LUIGI FERRAJOLI. *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.

824 ERNESTO GARZÓN VALDÉS. “Consenso, racionalidad y legitimidad”, *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13 a 28, disponible en [<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/388>].

825 LUIS CAROCA PÁEZ y SEBASTIÁN CABELLO OSORIO. “El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil”, *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 18, 2011, pp. 85 a 98, disponible en [<https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19465>].

826 MARTTI KOSKENNIEMI. “Sobre derechos humanos internacionales, contextos políticos y amor”, *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, vol. 3, 2002, pp. 281 a 302.

827 SAMUEL MOYN. *The last utopia: Human rights in history*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

828 HOPGOOD. *The endtimes of human rights*, cit.

829 ELVIRA PALOMO y MARÍA R. SAHUQUILLO. “Los hombres deben estar en el

Se suele afirmar que en Latinoamérica los derechos humanos emergieron en los años 1970 como una utopía alternativa al resultado fallido de los sueños socialistas y de revolución armada que tuvieron lugar en el Cono Sur. Esa narrativa explica el auge de los derechos humanos en América Latina como el lenguaje moral y político que le permitió al activismo de izquierda resistir al autoritarismo que significó la brutal represión luego de los golpes de Estado militares apoyados por Estados Unidos en países como Uruguay, Argentina, Brasil, y en especial, Chile<sup>830</sup>.

Sin embargo, JORGE GONZÁLEZ JÁCOME<sup>831</sup> demuestra que en el caso colombiano, ese enfoque pierde de vista un ambiente político de lucha armada contra el Estado, cuyas lecturas tanto revolucionarias como democráticas de los derechos humanos coexistieron y compitieron por imponerse hasta al menos los años 1980, pues el lenguaje de los derechos humanos subsistió como una estrategia de la izquierda radical para denunciar las acciones de un Estado burgués que seguía excluyendo a amplios sectores de la sociedad a pesar de su molde democrático.

## V. REFLEXIONES FINALES

Se quiso avanzar en estos párrafos un “modelo de sociología del derecho como ciencia crítica”<sup>832</sup>, que opera de modo crítico en el sentido de que busca detectar las contradicciones del tejido normativo con la realidad, así como algunos de sus numerosos efectos ocultos y no deseados. El derecho, por ejemplo, es potencialmente discriminatorio cuando es manipulado por el poder para favorecer intereses de grupo en desmedro de otros y mantener los privilegios del *statu quo*, como se dedicó a demostrarlo por décadas en Estados Unidos la escuela de los

---

feminismo moderno”, *El País*, 14 de mayo de 2018, disponible en [[https://elpais.com/internacional/2018/05/11/actualidad/1526049786\\_847295.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/11/actualidad/1526049786_847295.html)].

830 MOYN. *The last utopia: Human rights in history*, cit.

831 JORGE GONZÁLEZ JÁCOME. “The emergence of revolutionary and democratic human rights activism in Colombia between 1974 and 1980”, *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n.º 1, 2018, pp. 91 a 118, disponible en [[https://web.archive.org/web/20190220131417id\\_/http://muse.jhu.edu:80/article/685698/pdf](https://web.archive.org/web/20190220131417id_/http://muse.jhu.edu:80/article/685698/pdf)].

832 VINCENZO FERRARI. *Primera lección de sociología del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3920/11.pdf>], p. 143.

*Critical Legal Studies*<sup>833</sup>. Pero el derecho también tiene un enorme potencial transformador e igualador, como lo demuestra el éxito del discurso de los derechos humanos como lucha social para lograr reivindicaciones jurídicas de grupos históricamente marginalizados. También se analizó cómo el discurso legitimador del Estado y la democracia, se esfuerza por disfrazar el hecho persistente de la dominación, el elitismo y la desigualdad política en todos los sistemas de gobierno. Sin embargo, tanto el Estado como la democracia, con todas sus imperfecciones, han demostrado ser tecnologías de pacificación social, distribución del poder y control social particularmente efectivas.

El objetivo de estas líneas no era prescindir de las estructuras jurídicas, sino trascenderlas para comprender mejor la realidad social que el derecho interviene, pero siempre bajo el entendido de que “no se puede hacer sociología del derecho sin derecho”<sup>834</sup>, ni tampoco sin sociología. La invitación es entonces a seguir construyendo un diálogo *interdisciplinario*, para conseguir gracias a él un saber *transdisciplinario* por ende más robusto.

## REFERENCIAS

ALEXY, ROBERT. *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Externado, 2003.

ALTAMIRANO DIMAS, GONZALO. *Los derechos humanos de cuarta generación. Un acercamiento*, México, D. F., Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2017.

ARANGO RIVADENEIRA, RODOLFO. *Derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de Justicia y Paz*, Bogotá, Norma y Universidad de los Andes, 2008.

BENTHAM, JEREMY. *Falacias políticas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990.

---

833 MARK KELMAN. *A guide to critical legal studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.

834 FERRARI. *Primera lección de sociología del derecho*, cit., p. 147.



- BERNAL PULIDO, CARLOS. *El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos humanos*, Bogotá, Externado, 2005.
- BERNAL PULIDO, CARLOS. “La metafísica de los derechos humanos”, en *Revista Derecho del Estado*, n.º 25, 2010, pp. 117 a 133, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/2569>].
- BICKEL, ALEXANDER M. *The least dangerous branch. The Supreme Court at the bar of politics*, New Haven, Yale University, 1986.
- BOEHM, CHRISTOPHER. *Hierarchy in the forest: The evolution of egalitarian behavior*, Boston, Harvard University, 1999.
- BOURDIEU, PIERRE. *La domination masculine*, París, Éditions du Seuil, 2002.
- BOURDIEU, PIERRE y JEAN CLAUDE PASSERON. *La reproducción: elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Barcelona, Laia, 1977.
- BREGMAN, RUTGER. *Humankind: A hopeful history*, Nueva York, Back Bay Books, 2021.
- BRENNAN, JASON. *Against democracy*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2016.
- CAPLAN, BRYAN. *The myth of the rational voter: Why democracies choose bad policies*, Nueva Jersey, Princeton University Press, 2008.
- CAROCA PÁEZ, LUIS y SEBASTIÁN CABELLO OSORIO. “El coto vedado como fundamento de la desobediencia civil”, *Revista de Derecho y Humanidades*, n.º 18, 2011, pp. 85 a 98, disponible en [<https://derechoyhumanidades.uchile.cl/index.php/RDH/article/view/19465>].
- CASSIRER, ERNST. *The myth of the State*, New Haven, Yale University Press, 1946.

- CASTAÑO, DANIEL. “La gobernanza de la inteligencia artificial en América Latina: entre la regulación estatal, la privacidad y la ética digital”, en CAROLINA AGUERRE (ed.). *Inteligencia artificial en América Latina y el Caribe. Ética, gobernanza y políticas*, Buenos Aires, Universidad de San Andrés, 2020, pp. 5 a 33.
- CASTÓN BOYER, PEDRO. “La sociología de Pierre Bourdieu”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 76, 1996, pp. 75 a 97, disponible en [[https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS\\_076\\_06.pdf](https://reis.cis.es/REIS/PDF/REIS_076_06.pdf)].
- CONSTANT, BENJAMIN. *Principes de politique*, París, Pluriel, 1997.
- CORNESCU, ADRIAN VASILE. “The generations of human rights”, en *Days of law: The conference proceedings*, Brno, Masarykova Univerzita, 2009, disponible en [[https://www.law.muni.cz/sborniky/dny\\_prava\\_2009/files/prispevky/tvorba\\_prava/Cornescu\\_Adrian\\_Vasile.pdf](https://www.law.muni.cz/sborniky/dny_prava_2009/files/prispevky/tvorba_prava/Cornescu_Adrian_Vasile.pdf)].
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-379 de 18 de julio 2016, M. P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, disponible en [<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/c-379-16.htm>].
- DAVENPORT, CHRISTIAN. *State repression and the domestic democratic peace*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007.
- DE WAAL, FRANCISCUS BERNARDUS MARIA. *Good natured: The origins of right and wrong in humans and other animals*, Cambridge, Harvard University Press, 1997.
- DE WAAL, FRANCISCUS BERNARDUS MARIA. *Mama's last hug: Animal emotions and what they teach us about ourselves*, Nueva York, W. Norton & Company, 2019.
- DEMBOUR, MARIE-BÉNÉDICTE. “What are human rights? Four schools of thought”, *Human Rights Quarterly*, vol. 32, n.º 1, 2010, pp 1 a 20.
- DUGAIN, MARC y CHRISTOPHE LABBÉ. *L'homme nu. La dictature invisible du numérique*, París, Plon/Robert Laffont, 2016.

- ELY, JOHN HART. *Democracy and distrust. A theory of judicial review*, Cambridge, Harvard University Press, 2002.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, JOSÉ ANTONIO. *El revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Externado, 2006.
- FERRAJOLI, LUIGI. “Jueces y política”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, año 4, n.º 7, 1999, pp. 63 a 79, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1333>].
- FERRAJOLI, LUIGI. *Democracia y garantismo*, Madrid, Trotta, 2010.
- FERRARI, VINCENZO. *Funciones del derecho*, Madrid, Debate, 1989.
- FERRARI, VINCENZO. *Derecho y sociedad*, Bogotá, Externado, 2012.
- FERRARI, VINCENZO. *Primera lección de sociología del derecho*, México, D. F., Universidad Nacional Autónoma de México, 2015, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3920/11.pdf>].
- FINE, JOHN VAN ANTWERP. *The ancient Greeks: A critical history*, Cambridge, Harvard University Press, 1983.
- FLORES SALGADO, LUCERITO LUDMILA. *Temas actuales de los derechos de última generación*, Puebla, México, Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, 2015, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13156>].
- FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. “De Maquiavelo al Estado postmoderno. Paradigmas políticos de aproximación al fenómeno estatal”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 29, 2012, pp. 107 a 144, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3294>].
- FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. *Todo lo que la democracia no es y lo poco que sí: defensa de una concepción democrática realista*, Bogotá, Externado, 2015.

- FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. “Derechos humanos de quinta generación: la superación del paradigma jurídico antropocéntrico”, en *Derechos humanos y no humanos de última generación: la superación del antropocentrismo en el derecho constitucional*, Bogotá, Tirant Lo Blanch y Universidad Católica de Colombia, 2019, pp. 21 a 47.
- FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. “Inteligencia artificial y derechos humanos”, *Semana*, 29 de julio de 2020, disponible en [<https://www.semana.com/opinion/articulo/inteligencia-artificial-y-derechos-humanos-columna-de-jose-fernando-florez/690168/>].
- FUKUYAMA, FRANCIS. *Los orígenes del orden político: desde la prehistoria hasta la Revolución Francesa*, Bogotá, Ariel, 2016.
- GALLARDO, HELIO. “Teoría crítica y derechos humanos. Una lectura latinoamericana”, *Redhes: Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, n. 4, 2010, pp. 57 a 90.
- GARGARELLA, ROBERTO. *La justicia frente al gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición, 2011, disponible en [[http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3/La\\_justicia\\_frente\\_al\\_gobierno\\_3.pdf](http://bivicce.corteconstitucional.gob.ec/bases/biblo/texto/La_justicia_frente_al_gobierno_3/La_justicia_frente_al_gobierno_3.pdf)].
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO. “Consenso, racionalidad y legitimidad”, *Isegoría*, n.º 2, 1990, pp. 13 a 28, disponible en [<https://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/388>].
- GONZÁLEZ JÁCOME, JORGE. “The emergence of revolutionary and democratic human rights activism in Colombia between 1974 and 1980”, *Human Rights Quarterly*, vol. 40, n.º 1, 2018, pp. 91 a 118, disponible en [<https://web.archive.org/web/20190220131417id/http://muse.jhu.edu:80/article/685698/pdf>].
- GUERRA MANZO, ENRIQUE. “Las teorías sociológicas de Pierre Bourdieu y Norbert Elias: los conceptos de campo social y habitus”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXVIII, n.º 83, 2010, pp. 383 a 409, disponible en [<https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/215>].

- HARARI, YUVAL NOAH. *De animales a dioses: breve historia de la humanidad*, Bogotá, Debate, 2014.
- HARARI, YUVAL NOAH. *Homo deus: breve historia del mañana*, Bogotá, Debate, 2016.
- HOPGOOD, STEPHEN. *The endtimes of human rights*, Nueva York, Cornell University, 2013.
- HUME, DAVID. *A treatise of human nature*, Oxford, Oxford University Press, 2000.
- IFEDIORA, JHON. "Universal human rights and cultural relativism: A marriage of inconvenience", *Policy Perspective*, vol. 3, n.º 1, 2004, pp. 1 a 7.
- JIMÉNEZ, DAYANA; FERNANDO GASPAS DUEÑAS, JOSÉ FERNANDO FLÓREZ, MARÍA PAULA ROJAS Y SEBASTIÁN GALINDO. *El pueblo contra sí mismo: el plebiscito por la paz en Colombia y los límites de la democracia*, Bogotá, Corporación Universitaria Republicana, Ediciones Nueva Jurídica, 2018.
- KARLSSON, JOHAN. *Democracy versus human rights: Why Held and Habermas do not resolve the tension*, Oslo, Universitetet i Oslo, 2010.
- KELMAN, MARK. *A guide to critical legal studies*, Cambridge, Harvard University Press, 1987.
- KELSEN, HANS. *¿Qué es justicia?*, Barcelona, Ariel, 2001.
- KELSEN, HANS. *Teoría general del Estado*, México, Coyoacán, 2004.
- KENNEDY, DUNCAN. "La crítica de los derechos en los Critical Legal Studies", *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, vol. 7, n.º 1, 2006, pp. 47 a 89, disponible en [[https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista\\_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf](https://www.palermo.edu/derecho/publicaciones/pdfs/revista_juridica/n7N1-Julio2006/071Juridica02.pdf)].

KOSKENNIEMI, MARTTI. “Sobre derechos humanos internacionales, contextos políticos y amor”, *Anuario de Derechos Humanos Nueva Época*, vol. 3, 2002, pp. 281 a 302.

LANDEMORE, HÉLÈNE. *Democratic reason: Politics, collective intelligence, and the rule of the many*, Princeton, Princeton University Press, 2013.

LUKES, STEVEN. “Cinco fábulas sobre los derechos humanos”, en STEPHEN SHUTE y SUSAN HURLEY (eds.). *De los derechos humanos: las conferencias Oxford Amnesty de 1993*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 29 a 46.

LUPIA, ARTHUR. *Uninformed: Why people seem to know so little about politics and what We can do about it*, Nueva York, Oxford University Press, 2016.

MAQUIAVELO, NICOLÁS. *El príncipe*, Madrid, Alianza, 2010.

MICHELS, ROBERT. *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, París, Flammarion, 1971.

MOSCA, GAETANO. *La clase política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2004.

MOYN, SAMUEL. *The last utopia: Human rights in history*, Cambridge, Harvard University Press, 2010.

OSUNA PATIÑO, NÉSTOR. “Derechos y libertades constitucionales”, en MAGDALENA CORREA, NÉSTOR OSUNA PATIÑO y GONZALO RAMÍREZ CLEVES (eds.). *Lecciones de derecho constitucional*, t. 1, Bogotá, Externado, 2017, pp. 343 a 384.

PALOMO, ELVIRA y MARÍA R. SAHUQUILLO. “Los hombres deben estar en el feminismo moderno”, *El País*, 14 de mayo de 2018, disponible en [[https://elpais.com/internacional/2018/05/11/actualidad/1526049786\\_847295.html](https://elpais.com/internacional/2018/05/11/actualidad/1526049786_847295.html)].

PAZÉ, VALENTINA. *En nombre del pueblo. El problema democrático*, Madrid, Marcial Pons, 2013.

- PIEDRA ALEGRÍA, JONATHAN. "Transhumanismo: un debate filosófico", *Revista Praxis*, n.º 75, 2017, pp. 47 a 61, disponible en [<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/praxis/article/view/9734>].
- PINKER, STEVEN. *The blank slate: The modern denial of human nature*, Nueva York, Penguin Books, 2003.
- PINKER, STEVEN. *The better angels of our nature: Why violence has declined*, Nueva York, Penguin Books, 2012.
- POCAR, FAUSTO. "Some thoughts on the Universal Declaration of Human Rights and the 'generations' of human rights", *Intercultural Human Rights Law Review*, vol. 10, n.º 3, 2015, pp. 43 a 53, disponible en [<https://www.stu.edu/Portals/law/docs/human-rights/ihrlr/volumes/10/10-3%20Pocar.pdf>].
- PRZEWORKI, ADAM. *Qué esperar de la democracia: límites y posibilidades del autogobierno*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2010.
- RANCIÈRE, JACQUES. *El odio a la democracia*, Buenos Aires, Amorrortu, 2007.
- RISSE, MATHIAS. "Human rights and artificial intelligence: An urgently needed agenda", *Human Rights Quarterly*, vol. 41, n.º 1, 2019, pp. 1 a 16.
- ROSANVALLON, PIERRE. *La contre-democratie. La politique à l'âge de la défiance*, París, Seuil, 2006.
- ROSER, MAX. "Ethnographic and archaeological evidence on violent deaths", *Our World in Data*, 2 de agosto de 2013, disponible en [<https://ourworldindata.org/ethnographic-and-archaeological-evidence-on-violent-deaths>].
- ROUSSEAU, JEAN-JACQUES. *Du contrat social*. París, Flammarion, 1996.
- SALAZAR UGARTE, PEDRO. *La democracia constitucional: una radiografía teórica*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2006.

- SCHUMPETER, JOSEPH. *Capitalism, socialism and democracy*, Nueva York, Harper, 1947.
- SOMIN, ILYA. *Democracy and political ignorance: Why smaller government is smarter*, Stanford, Stanford University Press, 2013.
- SPENCER, CHARLES S. "Territorial expansion and primary state formation", en *Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 107, n.º 16, 2010, pp. 7.119 a 7.126, disponible en [<https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.1002470107>].
- SUROWIECKI, JAMES. *The wisdom of crowds: Why the many are smarter than the few and how collective wisdom shapes business, economics, society and nations*, Nueva York, Anchor Books, 2005.
- TILLY, CHARLES. "Cities and States in Europe, 1000-1800", *Theory and Society*, vol. 18, n.º 5, 1989, pp. 563 a 584.
- TURCHIN, PETER. *Ultrasociety: How 10,000 years of war made humans the greatest cooperators on Earth*, Connecticut, Beresta Books, 2015.
- VALLEJO SERNA, CÉSAR MAURICIO. *La política como fundamento de la libertad*, Bogotá, Externado, 2016.
- VAN EST, RINIE; JOOST GERRITSEN y LINDA KOOL. *Human rights in the robot age: Challenges arising from the use of robotics, artificial intelligence, and virtual and augmented reality*, La Haya, Rathenau Instituut, 2017.
- VASAK, KAREL. "Human rights: A thirty-year struggle. The sustained efforts to give force of law to the Universal Declaration of Human Rights", *The UNESCO Courier: a window open on the world*, vol. xxx, n.º 11, 1977, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000048063>].
- WEBB, AMY. *The big nine. How the tech giants and their thinking machines could warp humanity*, Nueva York, Public Affairs, 2019.



WEBER, MAX. *El político y el científico*, Madrid, Alianza, 1979.

WEBER, MAX. *Economy and society: A new translation*, Cambridge, Harvard University Press, 2019.

WILSON, DAVID SLOAN. *This view of life: Completing the Darwinian revolution*, Nueva York, Pantheon Books, 2019.

## CAPÍTULO NOVENO

## Delito y reacción penal

GERMÁN SILVA GARCÍA<sup>835</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

En este capítulo, el lector encontrará una exposición teórica acerca de las acciones sociales divergentes de interés penal, que pueden llegar o llegan a ser definidas como delito, y por otra parte, sobre el control social penal. Ambas materias, constituyen el objeto de estudio de la sociología jurídica penal<sup>836</sup>.

835 Doctor en Sociología de la Universidad de Barcelona, Magíster en Sistema Penal y Problemas Sociales de la misma casa de estudios, Abogado y Especialista en Ciencias Penales de la Universidad Externado de Colombia. Decano y profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia. Este trabajo es un producto de investigación del Grupo “Historia, Conflictos y Cambios Social” del Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–. Contacto: [germansilva.ilae@hotmail.com]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-3972-823X].

836 GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y GERARDO RUIZ-RICO RUIZ. “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las

Como se hizo explícito en la exposición contenida en el primer capítulo, la sociología jurídica es una especialidad de la sociología. Pues bien, a su vez, la sociología jurídica tiene varias subespecialidades, desde el punto de vista de su contenido, una de las cuales es la sociología jurídica penal y que como tal, es equivalente a la criminología. Es decir, cuando se hace alusión de manera indistinta a la sociología jurídica penal o a la criminología, se está hablando de lo mismo, salvo aclaración de por medio. Al respecto, debe considerarse que la sociología general estudia las acciones sociales y las estructuras sociales, mientras que la criminología se ocupa de las mismas cuestiones, pero de manera especializada. Es decir, estudia un tipo de acción social específica: la divergencia penal y, además, una clase específica de estructura social: el control penal<sup>837</sup>.

Explicado con mayor detalle, se dirá que la criminología estudia las acciones sociales, valga decir, las interacciones, actitudes o posiciones sociales, que incidieron, pueden llegar a afectar o deberían repercutir sobre las normas penales. Esas acciones sociales a lo largo de la historia de la criminología, se han llamado muchas veces criminales. Pero como se verá en el siguiente acápite, la criminalidad no es un tipo de acción social, es una etiqueta que se impone a las acciones sociales. Así mismo, han sido denominadas desviaciones sociales, pero en otro capítulo al explicar la noción de desviación, fue descartada por tratarse de otra categoría prescriptiva que suma varios defectos adicionales. Entonces, la desviación ya no es entendida como un fenómeno natural o acción social, sino analizada como una construcción social, es decir, como un constructo subjetivo<sup>838</sup>. Como se verá, la categoría de divergencia penal sustituye la de desviación penal<sup>839</sup>.

---

sociedades latinoamericanas”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 1 extra, 2018, pp. 11 a 31, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/32657>]. Sobre la historia de la disciplina en el continente, GERMÁN SILVA GARCÍA, JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].

837 En estricto sentido no hay una divergencia penal, sino una divergencia social de interés penal, pues lo penal no es una cualidad de la acción, es una estimación que versa sobre la acción. Con todo, aclarado esto, se usará la expresión divergencia penal para abreviar.

838 CIRUS RINALDI. *Deviazioni, devianza, devianze, divergenze*, Roma, SAS, 2009, p. 152.

839 Resalta el relativismo valorativo del concepto de divergencia, que permite

En efecto, al corresponder a una clase de acción social, por ende, tener una índole descriptiva, además de otros atributos, se adoptó la noción de divergencia social explicada también en el capítulo cuarto. Junto a la divergencia se debe estudiar su opuesto: la convergencia social, ya que también resulta importante comprender por qué hay situaciones que no motivan una intervención penal. Pero cabe preguntarse, ¿cómo es determinado el interés penal que debe recaer sobre la divergencia social? Esa relevancia penal no deriva de la divergencia, es una estimación o ponderación subjetiva. Porque discernir cuándo alcanza interés penal es producto de un juicio de valor, en el escenario prescriptivo del derecho aun cuando la filosofía, la ciencia política y la sociología pueden colaborar en la tarea. Esto ocurre así, pues la sociología jurídica combina, de modo interdisciplinario, una ciencia social como la sociología con otra normativa como es el derecho. En este caso serán criterios (sociales, económicos, políticos, culturales y jurídicos), junto a la argumentación que los sustente, los que responderán la pregunta.

También la criminología estudiará las estructuras sociales que envuelven la operación de las normas jurídicas penales. Esas estructuras están comprendidas en el control social penal. La policía, la administración de justicia penal y las instituciones penitenciarias son, por excelencia, parte de este, al igual que el Estado, que organiza todas las anteriores. Así mismo, pueden agregarse otros componentes de modo variable y flexible, siempre que la especificidad jurídico-penal concurra. Por ejemplo, los medios de comunicación, si su actuación se manifiesta sobre la operación del control penal, como ocurre con frecuencia<sup>840</sup>.

El enfoque adoptado que incorpora de modo simultáneo en el objeto de estudio de la criminología a las acciones sociales (divergencia penal) y a las estructuras sociales (control penal) bajo unos parámetros teóricos comunes y coherentes, no es compartido por todos. Se

---

estudiar los intereses y el conflicto social sin ataduras, MORRIS L. GHEZZI. "Per un pluralismo difunzionale", en VINCENZO FERRARI, PAOLA RONFANI y SILVIA STABILE (eds.). *Conflitti e diritto nella società transnazionale*, Milán, Franco Angeli, 2001, p. 492.

840 Un ejemplo, referido a la justicia como espectáculo mediático, en ROGELIO PÉREZ PERDOMO. "Escándalos de corrupción y cultura jurídico política: un análisis desde Venezuela", en JOHANNES FEEST (ed.). *Globalization and legal cultures: Oñati summer course 1997*, Madrid, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1999, p. 41.

opone al enfoque que limita el conocimiento de la disciplina a las acciones (llamadas, además, criminalidad o desviación), pero también a la posición que circunscribe el saber de la disciplina al control penal.

Aun cuando la criminalidad no es una propiedad de la acción social sino una calificación adjudicada como resultado de la intervención del control penal, nada impide que se estudie la acción social como un fenómeno libre de valoraciones o etiquetas. Es decir, las acciones sociales tienen una existencia material, como un fenómeno que puede ser constatado empíricamente. Esas acciones pueden ser investigadas como tales, al margen de los adjetivos impuestos por el control penal. Pero además es indispensable estudiarlas junto al control penal, pues ambas son las “dos caras de una misma moneda”, por lo que existe una relación de mutua influencia entre ellas. La divergencia penal afecta el curso que toma el control penal; a su vez, el control penal repercute sobre la manera como se desarrolla la divergencia<sup>841</sup>. Varias investigaciones en América Latina han seguido esta ruta<sup>842</sup>.

La vida social puede ser comprendida en dos dimensiones, que son del todo diferentes. Una prescriptiva, formada por juicios de valor, percepciones, creencias u opiniones, esta dimensión es subjetiva

841 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>], pp. 38 y ss.

842 CAMILA CORVALÁN. “Divergencia social y encierro. El conflicto social vinculado a la privación de libertad de los y las adolescentes”, *Estudios Paraguayos*, vol. 35, n.º 1, 2015, pp. 187 a 202; ARIEL ÁVILA MARTÍNEZ y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. *Mercados de criminalidad en Bogotá*, Bogotá, Taller de Edición Rocca y Corporación Nuevo Arco Iris, 2011, pp. 42 y ss.; PAULO CESAR PONTES FRAGA. “Criminalidad urbana, proceso de socialización y delincuencia en Río de Janeiro: estudios con historias de vida”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXVIII, n.º 82, 2010, pp. 85 a 112, disponible en [<https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/247>]; GERMÁN SILVA GARCÍA. “Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria”, en GONZALO CATAÑO (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 325 y ss.; LUIS GERARDO GABALDÓN. “Experiencias con armas y justicia juvenil: una aproximación al caso venezolano”, *El Otro Derecho*, n.º 29, 2003, pp. 65 a 80; DAMIÁN ZAITCH. *Trafficking cocaine: Colombian drug entrepreneurs in the Netherlands*, La Haya, Kluwer Law International, 2002, pp. 27 y ss.; ALONSO SALAZAR y ANA MARÍA JARAMILLO. *Medellín: las subculturas del narcotráfico*, Bogotá, CINEP, 1996, pp. 35 y ss.

y sus insumos no pueden ser verificados, solo defendidos a través de la argumentación, el derecho y la filosofía se ocupan de ella. Otra dimensión es descriptiva, integrada por las acciones o hechos sociales. Esta dimensión es objetiva y sus elementos pueden ser constatados empíricamente, la sociología y las ciencias sociales la abordan. Como lo señala JÜRGEN HABERMAS, el positivismo científico plantea la total separación de las dos dimensiones mencionadas; pero, aunque tienen una naturaleza distinta, es indispensable considerarlas de modo simultáneo y observar las relaciones e influencias que se generan entre ellas, pues ninguna puede ser entendida sin la otra<sup>843</sup>. Por esto, el objeto de estudio de la sociología jurídica penal compendia tanto la divergencia penal (esfera descriptiva) como el derecho o control penal (dimensión prescriptiva).

Lo dicho coincide con la posición comúnmente adoptada en la sociología jurídica sobre su objeto de estudio. Este no solo comprende al derecho o a las instancias políticas y medidas que tienen que ver con su operación. También, en un sentido amplio, imbrica el estudio de las posiciones y actitudes ante el derecho y demás instituciones vinculadas a su aplicación<sup>844</sup>.

La finalidad de la criminología es informar la política penal, por esta vía la sociología jurídica aporta al cambio social. Se trata de una especie de las políticas de control social o jurídicas que, a su vez, representa una de las expresiones de las políticas públicas. Es un campo externo a la criminología, que pertenece a la ciencia política, al que concurren la criminología, el derecho y otras disciplinas. Así,

La política penal es el programa de acción para tratar la divergencia de interés penal y conducir el control penal, lo que comprende como medios el conjunto de concepciones, medidas y prácticas penales diseñadas y ejecutadas por el Estado o por grupos sociales organizados, en un tiempo y espacio determinados, para materializar los objetivos o intereses superiores de la organización social respectiva<sup>845</sup>.

843 JÜRGEN HABERMAS. *La lógica de las ciencias sociales*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1990, p. 33.

844 JEAN CARBONNIER. *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 16; VINCENZO FERRARI. *Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología jurídica*, Madrid, Dykinson, 2000, p. 61.

845 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., p. 59.

Tradicionalmente ha sido usada la voz política criminal. En el campo vecino, desde el siglo XIX fue abandonada la expresión “derecho criminal”<sup>846</sup>. Ella es inadecuada, pues no está dirigida solo sobre aquellas personas o situaciones definidas como criminales, sino que tiene como destinatario a todas las personas. Así mismo, la criminalidad no constituye una realidad objetiva, por lo que el objeto material de la política no es la criminalidad. El apelativo de penal concerniente a esta política obedece a la especificidad de los referentes a los que se dirige<sup>847</sup>.

## II. LA CRIMINALIDAD

Una conducta, valga decir, una acción social, no posee ninguna cualidad, rasgo o atributo intrínseco o en sí mismo considerado que la haga criminal<sup>848</sup>. En la acción social no concurre ninguna característica ontológica que la convierta en criminal, lo cual significa que no tiene una propiedad esencial que sea criminal. Esto, porque el talante criminal endilgado a un comportamiento es resultado de una definición política y jurídica<sup>849</sup>, es una condición o estatus atribuido mediante un juicio de valor subjetivo<sup>850</sup>. Empíricamente no aparece en la conducta componente alguno con una naturaleza criminal, ello sucede en virtud del proceso de criminalización, es decir, del proceso mediante el cual una determinada conducta y su actor son seleccionados para ser definidos como criminales, por quien tiene el poder para hacerlo, con fundamento en unos criterios sociales, económicos, políticos y culturales<sup>851</sup>. El hecho evidente, como lo demuestra la historia del derecho de manera fehaciente, que un mismo comportamiento no haya sido delito siempre, en todo tiempo o lugar, acredita lo afirmado. En suma, es una definición atribuida.

846 JUAN BUSTOS RAMÍREZ. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 3 y 4.

847 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 59 y 60.

848 HOWARD S. BECKER. *Los extraños: sociología de la desviación*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1971, p. 19.

849 FRANK TANNENBAUM. *Crime and Community*, New York, Columbia University Press, 1938, pp. 8 y ss.; GEORGE B. VOLD. *Theoretical criminology*, 4.<sup>a</sup> ed., Nueva York, Oxford University Press, 1967, pp. 208 y ss.

850 AUSTIN T. TURK. “Toward construction of a theory of delinquency”, *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, vol. 55, n.º 2, 1964, p. 216.

851 BECKER. *Los extraños: sociología de la desviación*, cit., p. 19.

La Escuela Positivista y otras teorías biológicas antiguas y contemporáneas, e incluso, algunas psicológicas, refieren la presencia en determinadas personas de rasgos innatos que hacían a esos sujetos criminales<sup>852</sup>. Una peculiaridad en un hueso del cráneo, la forma de las orejas, la estructura morfológica del cuerpo, un determinado gen, una alteración endocrina, la raza, un impulso sexual, una enzima, una reacción química del organismo, un instinto, etc., eran profusa e indistintamente citadas como causas de la criminalidad. En tales casos, la criminalidad sí sería un atributo objetivo presente en unas especies de individuos que serían criminales por naturaleza. Sin embargo, la inmensa mayoría de esas teorías fueron refutadas de modo absoluto y concluyente, mientras algunas otras fueron cuestionadas y no han podido probar de manera convincente sus supuestos<sup>853</sup>.

La definición como criminal comparece en la creación del derecho penal, en cuyo caso suele ser aún hipotética, abstracta y general. La definición también debe asistir en la aplicación del derecho penal, evento en el que corresponde a una definición específica, ante un caso particular, ambas son importantes, necesarias y complementarias, estas dos instancias son las etapas del control social penal<sup>854</sup>. Esas defini-

852 La Escuela Positivista reunía causas antropofísicas, biológicas, psicológicas y sociales para estudiar la criminalidad de un modo etiológico, es decir, causal explicativo. Defendía la noción de peligrosidad social, conforme a la cual habría ciertas personas y situaciones que son potencialmente criminales, en razón a que poseen unos rasgos singulares e innatos con la capacidad de predisponer la comisión de delitos. CESARE LOMBROSO. *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Turín, Fratelli Boca, 1897, pp. 10 y ss.; ENRICO FERRI. *Sociología criminal*, t. II, Madrid, de Góngora, 1908, pp. 3 y ss.; ENRICO FERRI. *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1933, pp. 266 y ss.

853 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>], pp. 192 y ss.; GABRIEL IGNACIO ANITUA. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Didot, 2015, pp. 200 y ss. Para la revisión de las teorías criminológicas, además de los dos textos anteriores, se puede ver: ROBERTO BERGALLI. “Perspectiva sociológica. Desarrollos ulteriores”, en ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS RAMÍREZ (dirs.). *El pensamiento criminológico*, t. I, Bogotá, Temis, 1983.

854 Frente a las dos etapas debe considerarse la aplicación de los principios del derecho penal mínimo, principios del derecho que constituyen una limitación a la operación del control penal a fin de preservar las garantías



ciones operan sobre la divergencia social y será percibida e interpretada de determinadas formas para ser calificada como lícita o delictiva.

En América Latina, los análisis históricos y criminológicos han demostrado que la categoría de criminal, más que emerger de métodos políticos democráticos y técnico-jurídicos racionales, aparece como un producto de procesos de construcción social de la realidad. La realidad es un fenómeno objetivo, empíricamente verificable, donde el análisis de sus datos permite inducir una interpretación adecuada de ella. No obstante, con frecuencia la “realidad” emerge de percepciones y definiciones subjetivas, no fundadas en la observación.

Para el efecto anterior se utilizan tipificaciones o recetas, esto es, fórmulas que en otras ocasiones fueron usadas con éxito para describir una situación o proveerle un sentido, y que frente a un nuevo suceso, son retomadas, sin consultar la realidad, para definirla en sus términos, se piensa que como el caso nuevo es similar, la receta puede ser usada a discreción. Aún acontecimientos análogos tienen elementos diferentes, no son idénticos, pero para poder aplicar la receta se omiten esas diferencias. Como la receta reemplaza la descripción y análisis de la realidad objetiva confrontada, ella es trastocada y alterada. En otras palabras, la realidad se ajusta a la tipificación para que esta puede funcionar, y en esos términos, la realidad es modificada, al transformarse la realidad de modo subjetivo acaece una construcción social de la realidad<sup>855</sup>. El lenguaje es también muy apropiado para, desde el poder de las palabras, construir realidades, también las imágenes. Empero, los discursos subjetivos no basados en datos objetivos, suelen ser muy eficientes para edificar realidades sociales, si son emitidos por voceros con autoridad cuando los medios de comunicación los replican, si encajan con las creencias de la gente, en fin, cuando son difundidos con estrategias apropiadas.

El teorema de THOMAS demuestra que “si los hombres definen las situaciones como reales, son reales en cuanto a sus consecuencias”<sup>856</sup>.

---

penales y evitar daños innecesarios. Al respecto, ALESSANDRO BARATTA. “Principios del derecho penal mínimo”, en *Doctrina Penal*, vol. 10, n.º 37-40, 1987, pp. 623 y ss.; LUIGI FERRAJOLI. *Derecho y razón*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997, pp. 92 y ss.

855 ALFRED SCHÜTZ. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962, pp. 39 y ss.; PETER BERGER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991, pp. 74 y ss.

856 WILLIAM ISSAC THOMAS y DOROTHY S. THOMAS. *The child in America: Behavior problems and programs*, Nueva York, Knopf, 1928, p. 572.

Esto complementa la exposición sobre la construcción social de la realidad en el ámbito de las repercusiones que ocasiona, en particular del control social penal, al sostener que aunque una cosa no sea cierta, si la gente piensa que es verdad, sus consecuencias serán muy reales.

En América Latina a fines del siglo XIX y durante las primeras décadas del XX, se desarrolla un proceso de construcción social de la realidad referida a los criminales y, por consiguiente, a la criminalidad. Este va a delinear los imaginarios acerca de la criminalidad hasta nuestros días. En esos años se presenta en el continente la decisiva consolidación de los Estados, la mayoría de las veces, después de guerras civiles. Acaece una configuración del Estado, la nación, el derecho y la ciudadanía. En parte, la definición de la ciudadanía, o sea, quiénes tienen acceso a ella, se hace por la ruta de excluir a los criminales, que carecen de ella, o solo tienen acceso a la misma de manera limitada<sup>857</sup>. Se organizan repúblicas de “gentes decentes”, y se excluye al pueblo,

857 JULIO RAMOS. “Faceless tongues: Language and citizenship in nineteenth century Latin America”, en ANGELIKA BAMMER (ed.). *Displacements: Cultural identities in question*, Bloomington, Indiana University, 1994, pp. 36 y ss.; WANDA CAPELLER. *L'engranage de la répression*, París, LGDJ, 1995, pp. 30 y ss.; ROBERT M. BUFFINGTON. *Criminales y ciudadanos en México moderno*, México, D. F., Siglo XXI, 2001, p. 4.; JOSÉ LUIS ROMERO. *El obstinado rigor: hacia una historia cultural de América Latina*, México, D. F., UNAM, 2002, p. 251; SUSANA VILLAVICENCIO. “Ciudadanos para una nación”, en SUSANA VILLAVICENCIO (ed.). *Los contornos de la ciudadanía. Nacionales y extranjeros en la Argentina del centenario*, Buenos Aires, EUDEBA, 2003, p. 27; LILA CAIMARI. *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004, p. 150; CARLOS AGUIRRE ROJAS. *The criminals of Lima and their word: The prison experience, 1850-1935*, Durham, Duke University Press, 2005, pp. 40 y 41; JOSÉ JORGE GÓMEZ IZQUIERDO. “Racismo y nacionalismo en el discurso de las élites mexicanas: historia patria y antropología indigenista”, en JOSÉ JORGE GÓMEZ IZQUIERDO (coord.). *Los caminos del racismo en México*, México, D. F., Plaza y Valdés, 2005, pp. 123 y 124; BERNARD SUBERCASEAUX. *Historia de las ideas y de la cultura en Chile*, Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 2007, p. 22; JUAN PABLO DABOE. *Nightmares of the letered city: Banditry and literature in Latin America, 1816-1929*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2007, pp. 110 y ss.; GERMÁN SILVA GARCÍA y VÍCTOR MANUEL URIBE URÁN. “La construcción social de la criminalidad en América Latina y su impacto social y político”, en GINO RÍOS PATIO (coord.). *Criminología comparada. Enfoque científico de la desviación y la reacción social en los países iberoamericanos y España*, Lima, CECRIM, USMP, Anna Hucha, 2020, pp. 100 y ss.

valga decir, a la plebe<sup>858</sup>. La plebe, esto es, los indígenas, los negros, los mestizos, los inmigrantes, los pobres, y en ocasiones, las mujeres rebeldes y los homosexuales, le dan color a esos imaginarios acerca de la criminalidad. Los seguidores de la Escuela Positivista en América Latina, la naciente psicología en algunos países, la ideología de la degeneración, la eugenesia, ideas sobre la “mala vida”, temores sobre el asalto a la democracia por el populacho, los discursos de ensayistas latinoamericanos y literatos, paralelo a prejuicios sociales y raciales, nutren las percepciones sobre la criminalidad, las cuales deben servir para apartar las amenazas y fortalecer la preponderancia de las élites<sup>859</sup>.

- 858 MARTHA IRUROSQUI y VÍCTOR PERALTA RUIZ. “Élites y sociedad en la América andina: de la república de ciudadanos a la república de la gente decente”, en JUAN MAIGUASHCA (ed.). *Historia de América andina: creación de las repúblicas y formación de la nación*, vol. 5, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003, p. 98.
- 859 RAFAEL DE ZAYAS ENRÍQUEZ. *Fisiología del crimen: estudios jurídico-sociológico*, t. 1, Veracruz, Imprenta de R. de Zayas, 1885, pp. 19 y ss.; LUIS MARÍA DRAGO. *Los hombres de presa: antropología criminal*, Buenos Aires, F. Lajounane, 1888, pp. 23 y ss.; FRANCISCO J. HERBOSO ESPAÑA. *Estudios penitenciarios*, Santiago de Chile, Ercilla, 1892, pp. 14 y ss.; GABRIEL RENÉ MORENO. *Bolivia y Perú: más notas históricas y bibliográficas*, Santiago de Chile, Barcelona, 1905; JOSÉ INGENIEROS. *Criminología*, Madrid, Daniel Jorro, 1913, p. 83; FERNANDO ORTIZ FERNÁNDEZ. *Hampa afro-cubana: los negros brujos: apuntes para un estudio de etnología criminal*, Madrid, Edit. América, 1917, pp. 37 y ss.; ARCESIO ARAGÓN. *Elementos de criminología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta Departamental del Cauca, 1934, pp. 169 y ss.; RAIMUNDO NINA RODRIGUES. *As raças humanas e a reponsabilidade penal no Brasil*, 3.<sup>a</sup> ed., Bahía, Editora Nacional, 1938, pp. 15 y ss.; JORGE ENRIQUE GUTIÉRREZ ANZOLA. *Violencia y justicia*, Bogotá, Tercer Mundo, 1962, pp. 17 y ss.; ALCIDES ARGUEDAS DÍAZ. *Pueblo enfermo*, La Paz, Isla, 1979, pp. 7 y ss.; JULYAN G. PEARD. *Race, place, and medicine. The idea of the tropics in nineteenth-century Brazil*, Durham, Duke University Press, 2000, p. 15; PABLO PICCATO. *City of suspects: Crime in Mexico City, 1910-1930*, Durham, Duke University Press, 2001, pp. 65 y ss.; JAVIER PRADO UGARTECHE. *El método positivo en el derecho penal*, Lima, Universidad Ricardo Palma, 2003, pp. 66 y ss.; JAMES D. HENDERSON. *La modernización en Colombia: los años de Laureano Gómez, 1889-1965*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2006, p. 19; JOSÉ JORGE SIQUEIRA. *Entre Orfeu e Xangô: a emergência de uma nova consciência sobre a questão do negro no Brasil 1944/1968*, Río de Janeiro, Pallas, 2006, p. 98; ELISA SPECKMAN GUERRA. *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, D. F., Colegio de México y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007,

De modo particular en varios países latinoamericanos, los discursos que propagan los imaginarios sobre la criminalidad juegan un papel clave en la construcción social de la realidad. Concurren los discursos de 1) Los “expertos”, criminólogos y penalistas; 2) Las normas penales; 3) Los “eruditos” o publicistas, funcionarios o personajes que se apropian de la “opinión pública”; 4) La prensa “amarilla”, crónica policial o página “roja” de los periódicos y medios de comunicación.

En todos ellos, por una parte, los indios, los negros y los mestizos, por otra, los pobres, encarnan la representación de los criminales. El proceso de construcción de la realidad social criminal parte de la realidad objetiva, que tiene existencia en el mundo material y constituye una *problemática*; luego se desarrolla una *representación o imaginario* de esa realidad, de manera subjetiva, acorde con el proyecto político de las élites; para el efecto, los *discursos* citados son el conducto o medio por el cual se difunden e imponen las representaciones; ellas están basadas en *prejuicios y creencias*, en concordancia con los intereses; los imaginarios pasan a formar parte de la *cultura*, donde se consolidan de manera permanente; las *definiciones e interpretaciones* subjetivas son los instrumentos del discurso, ayudadas por el lenguaje y las imágenes, proveen un sentido significativo a sus constructos; la construcción social de la realidad se transforma en un *saber*, a veces legitimado como conocimiento científico; el saber gestará determinadas *prácticas penales*<sup>860</sup>.

Pero ya de modo específico, ¿cómo operan las definiciones de criminalidad?, ¿cuáles son las bases del proceso de criminalización? WILLIAM J. CHAMBLISS alude a la existencia de dos grandes visiones generales. De acuerdo con la primera, el Estado y el derecho penal son utilizados como un instrumento para materializar los intereses de la

---

pp. 89 y ss.; ANASTASIO ALFARO GONZÁLEZ. *Arqueología criminal americana*, Charleston, BiblioBaazar, 2008, pp. 9 y ss.; JORGE URIBE VERGARA. “Sociología biológica, eugenesia y biotipología en Colombia y Argentina (1918-1939)”, en SANTIAGO CASTRO GÓMEZ y EDUARDO RESTREPO (eds.). *Genealogías de la colombianidad: formaciones discursivas y tecnologías de gobierno en los siglos XIX y XX*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008, p. 219; JULIO COTLER DOLBERG. *Clases, Estado y nación en el Perú*, 3.ª ed., Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2009, pp. 127 y ss.; RICARDO DONATO SALVATORE. *Subalternos, derechos y justicia penal: ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010, pp. 222 y ss.

860 SILVA GARCÍA. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, cit., pp. 118 a 120.

clase dominante; de conformidad con la segunda, el Estado y el derecho penal son neutrales y se estructuran a partir de un consenso. Empero, CHAMBLISS se aparta de estos dos extremos al considerar que el conflicto social entre grupos de la sociedad es el que motiva y orienta las definiciones sobre criminalidad, y aun cuando hay diferencias de poder entre los grupos que favorecen a las élites, también hay límites en las sociedades democráticas al ejercicio de ese poder, por lo cual el asunto es más complejo, en particular porque las élites no son monolíticas, tampoco son hegemónicas, ni los otros grupos son pasivos, como tampoco puede demostrarse que existe un acuerdo comunitario o consenso<sup>861</sup>.

Por esto CHAMBLISS plantea la importancia de teorías singulares que buscan respuestas a las preguntas anteriores. En esa dirección, pueden ser mencionadas, al menos, las más importantes. La teoría de los *empresarios morales*, en la que un grupo monopoliza la definición de lo que está mal y la dramatiza a fin de realizar sus intereses y excluir a quienes pueden amenazarlos (BECKER; TANNENBAUM). La de los *intereses burocráticos*, donde una burocracia con alguna autonomía, pese a que debe ceñirse a las estructuras del Estado, dispone de una franja importante para decidir la criminalización (CHAMBLISS). La de las *necesidades sociales percibidas*, cuando la ley penal es una respuesta necesaria para resolver problemáticas sociales (HALL). Las teorías del *escándalo*, que incluyen la indignación moral (RANULF), el pánico moral (COHEN) y el populismo penal (GARLAND, BAUMAN), que explotan el miedo y las emociones de la población para legitimar medidas represivas. Las del *peligro*, que incluyen el viejo peligrosismo social (FERRI) y la nueva versión de la sociedad del riesgo que, ante las incertidumbres derivadas de los cambios tecnológicos, científicos y ambientales, promueve medidas preventivas (BECK, WALKLATE, CARRABINE, etc.)<sup>862</sup>.

Otro aspecto de la definición penal atañe a los procesos de criminalización negativos. Cuando ciertas conductas lesivas son marginadas de la ley penal o, sobre todo, cuando en la aplicación de la ley penal se renuncia a la persecución de comportamientos hipotéticamente reprochables. Estos procesos, igualmente, han sido estudiados con relación a ciertos estamentos (militares, por ejemplo) y otros grupos sociales para esclarecer cuáles fueron los fundamentos de la no

861 WILLIAM J. CHAMBLISS. "The State and criminal law", en WILLIAM J. CHAMBLISS y MILTON MANKOFF (eds.). *Whose law? What order? A conflict approach to criminology*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1976, pp. 66 y ss.

862 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 52 a 58.

criminalización<sup>863</sup>. WILLIAM J. CHAMBLISS ya había señalado que en la definición de lo criminal se gestionan sesgos. Esto supone que ciertos actos despiertan toda la atención y las reacciones, mientras que otros son omitidos, protegidos por el silencio o la indiferencia, de acuerdo con los intereses de las facciones<sup>864</sup>.

### III. DIVERGENCIA Y CONTROL: FUNDAMENTOS, ESFERAS MACRO/MICRO, ANÁLISIS FUNCIONAL Y ORGANIZACIÓN

En este apartado, y también en el siguiente, bajo herramientas teóricas comunes, se revisarán los procesos de divergencia social penal y control social penal. La noción y fundamentos teóricos de la divergencia social fueron explicados en capítulo anterior. Los conceptos que atañen al control social también se expusieron en otro capítulo. A continuación, serán expuestas algunas cuestiones específicas con acento penal sobre ambos aspectos.

Ha de considerarse que el control penal interviene sobre las líneas de acción de la divergencia social, para seleccionar, al menos una de ellas, a fin de definirla como criminal. La divergencia penal expone una situación de conflicto social, a su vez, el control penal supone una intervención sobre el conflicto que, en un Estado democrático, debería proveerle un tratamiento justo y pacífico, pero que muchas veces es instrumentalizado para que juegue en beneficio de uno de los grupos envuelto en el conflicto, aquel con mayor poder.

En la divergencia social todos los involucrados son divergentes, lo que no varía como consecuencia de la intervención del control penal, lo que se agrega es la definición como criminal de uno de ellos, lo que supone una censura a la diversidad que contenía. Como se acotó en capítulo anterior, la esencia de la divergencia es la diversidad. La

863 PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ. *Procesos de selección penal negativa: investigación criminológica*, Bogotá, Universidad Libre, 2013, pp. 292 y ss.; MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH y MAURÍCIO HABCKOST DALLA ZAN. “Colaboração premiada e seletividade do sistema penal: problematizações acerca da utilização de acordos na Operação Lava Jato”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, n.º 1, 2020, pp. 313 a 336, disponible en [<https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/6459/pdf>].

864 CHAMBLISS. “The State and criminal law”, cit., pp. 67 y ss.

diversidad es un elemento descriptivo, empíricamente verificable. El control penal definirá la admisibilidad de la diversidad, rotulándola como lícita o criminal<sup>865</sup>, por esto, la diversidad es también el núcleo de las decisiones que debe tomar el control penal<sup>866</sup>. Si la diversidad es admitida se arriba a una situación de pluralismo. El pluralismo es prescriptivo, no puede ser probado empíricamente, depende de las razones que argumente y de los valores en los que se funda. Así, aunque son diferentes, de naturaleza dispar, están relacionados, el espejo de la diversidad es el pluralismo.

La sociedad, aunque constituye una continuidad, a efectos analíticos puede ser escindida en las dimensiones macrosocial y microsocial. Estas son equivalentes a dimensiones relativas, respectivamente, a la estructura social y la acción social. A su vez, estas dos dimensiones pueden ser divididas en planos objetivos y subjetivos<sup>867</sup>. Tanto el desarrollo de la divergencia social de interés penal (dimensión microsocial), como el que concierne a la operación del control social penal (dimensión macrosocial), pueden ser analizados de modo integral con estas herramientas. Esto significa considerar un plano macro/objetivo, en el que ingresan elementos como el derecho o la organización estatal; otro macro/subjetivo, al que arriban componentes como las ideologías y la cultura; uno micro/objetivo, que incorpora dispositivos como las acciones sociales; otro micro/subjetivo, referido a ingredientes como las posiciones de estatus o las expectativas de rol. Esto clarifica y organiza el mapa completo de elementos que deben ser tenidos en cuenta en el estudio del objeto de conocimiento. No debe perderse de vista, en el caso de la divergencia social, que las estructuras sociales configuran un contexto que se compenetra con ella. A la par, el control penal se pone en operación por intermedio de acciones sociales, las cuales se llaman reacciones penales y que son las respuestas de los

865 GERMÁN SILVA GARCÍA. “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996, pp. 845 y ss.; También, GERMÁN SILVA GARCÍA. “Le basi della teoria sociologica del delitto”, *Sociologia del Diritto*, vol. XXVII, n.º 2, 2000, pp. 119 a 135; SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 147 y ss.

866 KAI ERIKSON. “Notes on the sociology of deviance”, *Social Problems*, vol. 9, n.º 4, 1962, pp. 307 a 314.

867 GEORGE RITZER. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill, 1993, pp. 456 y ss.

agentes o actores del control penal. Este mapa analítico permite considerar las distintas variables que tienen un impacto en la realización de la divergencia penal y en la operación del control penal.

Tanto el control penal como la divergencia, pueden ser examinados usando el análisis funcional. Esta es una metodología cuyo uso no supone asumir las tesis del estructural-funcionalismo, pese a ser su origen. Con este propósito debe distinguirse entre fin y función social, tal distinción es muy importante en sociología, al diferenciar entre el deber ser (los fines) y el ser (las funciones), y también valiosa, pues rara vez encajan los objetivos del derecho con su realidad, mientras que la divergencia a veces acarrea consecuencias sociales no previstas. Los fines son los propósitos, las funciones sociales son consecuencias reales de los hechos, de las que puede derivarse una abstracción teórica con un cierto nivel de generalidad. Las funciones se pueden clasificar en manifiestas, latentes y simbólicas. Manifiestas, cuando coinciden el fin pretendido y la función acaecida; latentes, cuando ocurre lo contrario<sup>868</sup>. Por su parte, en las funciones simbólicas no hay consecuencias reales, sí la apariencia o sensación de que ellas han sucedido<sup>869</sup>. Por ejemplo, en los años 1990 en España, el asesinato de un concejal por la banda ETA cumplió la función social, latente, de desarrollar la solidaridad y defensa del derecho a la vida, al generar una amplia movilización en todo el país. En Latinoamérica es común que se expidan normas muy drásticas, ambientadas en el populismo penal, aunque ineficaces, y a veces, inconstitucionales, pero que cumplen la función social, simbólica, de promover la sensación de una actuación gubernamental severa y contundente contra el delito<sup>870</sup>. Varios casos pueden acreditarlo<sup>871</sup>.

868 ROBERT K. MERTON. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992, pp. 239 y ss.

869 JOSEPH R. GUSFIELD. *Symbolic crusade: Status politics and the American temperance movement*, 2.ª ed., Illinois, University of Illinois Press, 1986, pp. 87 y ss.

870 “El populismo penal explota con fines electorales, en general políticos, las necesidades emocionales de la población, representadas como indignación, ira, frustración, incertidumbre y miedo respecto del delito por medio de la adopción o promoción de medidas penales severas que son populares, aunque usualmente ineficientes dada su carencia de soporte sociojurídico, constitucional o dogmático penal”, GERMÁN SILVA GARCÍA. “La construcción social de la realidad. Las ficciones del discurso sobre la impunidad y sus funciones sociales”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 17, n.º 1, 2022, pp. 105 a 123, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/7743>].

871 Sobre el feminicidio y los ataques con ácido, RAFAEL VELANDIA MONTES.



La divergencia penal como el control penal, alcanzan ciertos grados de organización. En el ámbito del control penal el Estado no es la única forma de organización, pero sí es la más importante. El tema de la organización estatal es tratado en un capítulo diferente de este libro, por ende, corresponde apenas hacer algunas precisiones relacionadas con la especificidad del control penal. La primera de ellas, es que las características del control penal están determinadas por el tipo o modelo de organización del Estado. El modelo estatal influye, además, en los niveles de fragmentación del poder. Será, por ejemplo, mayor en el Estado democrático liberal, menor en el Estado absolutista.

La fragmentación supone la segmentación de los poderes estatales entre distintos grupos con finalidades dispares. La fragmentación en el Estado moderno es provocada por: 1. El carácter conflictivo de la sociedad, que lleva a distintos grupos a apropiarse de partes del Estado como un medio para la realización de sus intereses e ideologías; 2. El mesogobierno, es decir, por la cesión de competencias del poder estatal a entidades territoriales o al sector privado, a fin de garantizar la gobernabilidad; 3. La estructura de organización del Estado, en particular por la división de los poderes públicos; 4. La racionalidad del poder político estatal, que supone la división en competencias y la introducción de límites y controles a su ejercicio; 5. La clase burocrática que posee cierta autonomía y tiene sus propios intereses e ideologías, que gestiona sus facultades con alguna discrecionalidad; 6. La globalización, que implica la presencia de entes internacionales que imponen políticas o se apropian de competencias como poderes su-

---

*Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017, pp. 27 y ss.; *Acerca de la accidentalidad de tránsito y las infracciones contra menores*, RAFAEL VELANDIA MONTES. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, t. II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/109>], pp. 9 y ss.; De sus efectos para prohiar un derecho penal máximo, ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO. “Populismo, obediencia y divergencia”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 1 extra, 2018, pp. 33 a 48, disponible en [<https://www.redalyc.org/journal/279/27957769002/27957769002.pdf>]. Sobre menores, LUIS EDUARDO MORÁS. “Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo en Uruguay”, *Boletín Criminológico*, n.º 25, 2019, disponible en [<https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/6834>], pp. 1 a 10.

praestatales. La fragmentación del poder estatal repercute generando: A. Incoherencia, donde las políticas de control penal son contradictorias; B. Ambivalencia, pues de modo simultáneo las actividades del control penal buscan vigilar y reprimir a los criminales, potenciales o consumados, a la vez que intenta introducir y validar garantías para la protección de los derechos ciudadanos<sup>872</sup>.

En lo que concierne a la divergencia, por regla general, que tiene muy pocas excepciones, ella se manifiesta de manera organizada. La dicotomía con la que algunos criminólogos pretenden diferenciar al crimen organizado del no organizado, carece entonces de sentido. Si la mayor parte de la divergencia penal es organizada, la cuestión a discutir es cuáles son las formas organizativas que asume. Así mismo, puede indicarse que los principales modelos ideales de la divergencia organizada que suele devenir en criminalidad son: 1. Redes de trabajo; 2. Corporaciones; 3. Bandas; 4. Milicias; y 5. Grupos de apoyo.

En las redes de trabajo concurren distintos agentes independientes, individuales o que representan a grupos de escala variada, con competencias especializadas, que se asocian de manera coyuntural. Sus relaciones son horizontales, y por sus características compartimentadas, es difícil para las autoridades detectarlos. En las corporaciones se encuentran empresas que tienen un objeto lícito, pero que a la vez de modo variable realizan actividades paralelas que potencialmente pueden ser calificadas como criminales, sus integrantes tienen poder y estatus elevado. Ese poder y la combinación con actividades legales, hacen más remoto que sean seleccionadas por el control penal. Las bandas tienen una organización vertical, división del trabajo y, al menos entre una parte de sus integrantes, un saber especializado. Las milicias están organizadas como estructuras militares, con un mando jerarquizado, ideologías, normas internas, altos niveles de disciplina y esquemas autoritarios, división del trabajo, además de lo cual disponen de armamento militar y suelen fijar objetivos políticos para sus acciones. Los grupos de apoyo no están directamente involucrados en la realización de la divergencia, pero prestan apoyo para su ejecución o brindan soporte posterior para asegurar sus resultados o evitar la intervención eficaz de las instancias del control penal<sup>873</sup>.

872 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 272 y ss.

873 *Ibid.*, pp. 292 y ss.; También a nivel global, los modelos anteriores tienen claras expresiones, BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Organizaciones criminales transnacionales, ‘espacios ingobernados’ y una doctrina que emer-

#### IV. DIVERGENCIA Y CONTROL: CONFLICTO, PODER, TÉCNICAS DE NEUTRALIZACIÓN, MICROÓRDENES, ESTIGMATIZACIÓN Y MODELOS

A continuación, son examinadas otras facetas relativas a los procesos de divergencia social penal y control social penal.

La rivalidad entre distintos grupos por intereses e ideologías conduce al conflicto social<sup>874</sup>, tema que fue abordado en otro pasaje de este libro. Con todo, cabe recordar que los grupos sociales procurarán apropiarse o usar al Estado y al derecho penal como medios o instrumentos para lograr sus intereses o ideologías. Esto implica acumular el poder necesario para definir el derecho a su favor, declarando a sus adversarios criminales<sup>875</sup>. Incluso, grupos divergentes pueden usar el derecho para realizar sus intereses, por ejemplo, delatando a un grupo rival ante la policía. Al final, el derecho “refleja las tensiones y las luchas de poder que se dan dentro de la sociedad”<sup>876</sup>.

El poder será un elemento clave en el conflicto social de alcance penal, que también ha sido examinado en otra parte de este libro. Su incidencia impacta tanto las posibilidades de desarrollo de la divergencia como la operación del control penal. Los grupos con menos poder estarán en una situación de marginalidad, que los hará vulnerables a la criminalización, esto es, a las intervenciones del control penal<sup>877</sup>, lo que obrará de modo inverso para los grupos con mayor poder.

En América Latina, como se ha dicho, los pobres, los mestizos, ciertos grupos étnicos y los jóvenes, han sido los colectivos más vulnerables a las intervenciones del control penal<sup>878</sup>. Esto significa que

---

ge”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 10, n.º 20, 2007, pp. 17 a 26, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2532>].

874 Se entiende por ideología las ideas interpretativas acerca de los fenómenos sociales expresadas como creencias, concepciones y valores.

875 VOLD. *Theoretical criminology*, cit., pp. 208 y ss.

876 MANUEL CALVO GARCÍA y TERESA PICONTÓ NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017, p. 87.

877 MORRIS L. GHEZZI. *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milán, Gufrè, 1987, p. 122.

878 En ese sentido, por ejemplo, SÉRGIO ADORNO. “Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo”, *Novos Estudos*, n.º 43, 1995, pp. 45 a 63, disponible en [[https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018\\_194015.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf)]. Sobre los jóvenes en Colombia, una investigación empírica sobre las

con predilección van a ser criminalizados, peor cuando varias de las condiciones indicadas recaen en los mismos sujetos, que toda duda se resolverá en su contra, que las sospechas se traducirán en convicciones y que deben probar su inocencia. Empero, por su vulnerabilidad, a la par, es más probable que individuos de estos grupos realicen acciones divergentes de relevancia penal. La ecuación pobreza, desigualdad y exclusión social, alimenta de motivos la divergencia penal, pero a la vez, guía las intervenciones del control penal<sup>879</sup>. Latinoamérica constituye, al mismo tiempo, la región más desigual del mundo y la más violenta. En cambio, las élites han gozado de una inmunidad relativa acorde con el poder alcanzado<sup>880</sup>. Esto ha sido más crítico en lo

---

bandas de sicarios estableció que disponían de atributos culturales diferenciados, en el lenguaje, su concepción sobre la familia, la religiosidad, la vida, la muerte, etc., y que se involucraban en actividades delictivas para superar la marginalidad, cfr. ALONSO SALAZAR. *No nacimos pa' semilla: la cultura de las bandas juveniles de Medellín*, Bogotá, Aguilar, 2018. Existen numerosas investigaciones similares sobre la “maras” (bandas) centro-americanas, originadas entre migrantes salvadoreños a Estados Unidos que luego retornaron a El Salvador y se expandieron a otros países de la región, cfr. COMPAÑÍA DE JESÚS EN HONDURAS EQUIPO DE REFLEXIÓN, INVESTIGACIÓN Y COMUNICACIÓN. *Maras y pandillas en Centroamérica*, vol. I, Managua, UCA, 2001, pp. 17 y ss. Acerca de la selección de grupos y su tipificación como criminales, MICHEL MISSE. “Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria ‘bandido’”, *Lua Nova*, n.º 79, 2010, pp. 15 a 38, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67315839003>].

879 SÉRGIO ADORNO. “Exclusão socioeconômica e violência urbana”, *Sociologias*, vol. 4, n.º 8, 2002, pp. 84 a 135, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819566005>]; GERMÁN SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Externado, 1997, pp. 163 y ss.; FREDDY A. CRESPO P. “Una mirada a la desigualdad social y la violencia delictiva en Venezuela”, *Criminalidad*, vol. 59, n.º 2, 2017, pp. 65 a 80, disponible en [<https://www.policia.gov.co/revista/volumen-59-no-2>]. MORÁS. “Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo en Uruguay”, cit., pp. 1 a 10; TAMARA ORTEGA U. “Criminalización y concentración de la pobreza urbana en barrios segregados. Síntomas de guetización en La Pintana, Santiago de Chile”, *EURE*, vol. 40, n.º 120, 2014, pp. 241 a 263, disponible en [<https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/382/645>].

880 GERMÁN SILVA GARCÍA. “Corrupción y derechos humanos. El Estado hacedal y la cleptocracia”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 edición especial, 2019, pp. 12 a 49, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32306>]; GERMÁN SILVA GARCÍA. “La problemáti-

que atañe a la corrupción y los daños ambientales. En algunos casos, el eficaz seguimiento de la corrupción y de los delitos financieros ha creado no pocas excepciones a esa inmunidad, a veces como resultado de pugnas entre las élites, en otras oportunidades como consecuencia de la acción independiente de los jueces.

A fin de evadir la criminalización, los actores de la divergencia activan diversas *técnicas de neutralización*, cuyo papel es legitimar la divergencia. Tales técnicas son: 1. *Negación de la responsabilidad*: la acción es resultado del azar, accidental o por motivos extraños al actor; 2. *Negación del daño*: se alega que el comportamiento no ha causado ningún daño o el daño es insignificante; 3. *Negación de la víctima*: el actor es la verdadera víctima o la acción ha sido una respuesta justa ante un acto injusto; 4. *Condena a los jueces*: supone culpabilizar como corruptos, delincuentes o manipuladores a los juzgadores; 5. *Concurrencia de intereses superiores*: se alega la presencia de normas superiores, con una exigibilidad mayor<sup>881</sup>.

Divergencia y control comparten la gestación de microórdenes sociales. En la interacción las prácticas cobran un sentido que se comunica a otros para posibilitarlas y, así mismo, con base en este se establecen reglas, esto no es diferente en los escenarios judicial y de la divergencia penal. En una investigación sobre la justicia penal, se estableció que en las prácticas de la interacción social se erigían microórdenes que incluían reglas y sanciones en caso de transgresión. Esos microórdenes, a veces llenaban vacíos de la ley penal, pero con frecuencia contravenían normas constitucionales o penales<sup>882</sup>. En otra investigación acerca del jurado, se determinó que las reglas legales

---

ca de la corrupción dentro de una perspectiva sociojurídica”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, n.º 68, 2000, pp. 129 a 143, disponible en [<https://revistas.uexnado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1128>].

881 GRESHAM M. SYKES y DAVID MATZA. “On neutralizing delinquent self images”, en EARL RUBINGTON y MARTIN S. WEIMBERG. *Deviance. The interactionist perspective*, 3.ª ed., Nueva York, MacMillan, 1978, pp. 432 y ss.

882 Contenían reglas sobre muy distintos aspectos, la mayoría procesales, pero también sustanciales: los salvamentos de voto en tribunales colegiados, la procedencia de la tutela o amparo constitucional, el trámite de la segunda instancia, el otorgamiento de excarcelaciones, la evaluación de la labor de los fiscales, etc. GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia*, t. II: *Las prácticas jurídicas*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 185 y ss.

eran reinterpretadas, por tanto redefinidas en las prácticas sociales<sup>883</sup>. Existe un *primer código* de índole oficial, con los preceptos establecidos en la ley, cuya aplicación y cumplimiento es exigible, pero de manera paralela concurre un *segundo código*, con exigencias para acatarlo y sanciones por incumplirlo, que emerge de las relaciones de interacción social, el cual, con frecuencia, prima sobre el *primer código* y supone un escenario normativo distinto<sup>884</sup>. Empero, en el escenario de la divergencia penal ocurre algo similar. En una investigación sobre las bandas en Medellín, se estableció que ellas, en la interacción social, generaban unos códigos informales con reglas de conducta, muchas veces sancionadas con la muerte, mediante las cuales ejercían un control social penal que garantizaba la no comisión de delitos con mayor eficiencia que el oficial<sup>885</sup>.

Por su parte, la criminalización identifica y emplea estigmas para orientar las intervenciones penales. El estigma es un atributo que se vuelve una marca, del que se derivan otras cualidades negativas, pese a que no existe una relación entre la marca y las otras calidades que se le adjudican al sujeto. El estigma anula la identidad personal del individuo y engloba totalmente su identidad social, que queda reducida solo al estigma. Existen estigmas sociales, psicológicos y físicos, todos los cuales han sido usados para señalar a los criminales. Las personas pueden ser divididas entre desacreditadas, a quienes se les ha estigmatizado, y desacreditables, que son portadores de algún rasgo con la potencialidad de conducirlos a la estigmatización, en todos los casos el estigma incide sobre la interacción social<sup>886</sup>.

Así, por ejemplo, la pobreza, el desempleo, la pertenencia a un grupo étnico, la afición por las drogas, los pómulos prominentes, fueron tomados como estigmas, de los que se deducía la condición de criminal. Los antecedentes penales o un historial penal suelen constituir los estigmas más relevantes en el ámbito penal. Combatir los prejuicios

---

883     MARÍA INÉS BERGOGLIO (ed.). *Subiendo al estrado: la experiencia cordobesa del juicio por jurado*, Córdoba, Advocatus, 2010.

884     PETER MCNAUGHTON-SMITH. "The second code. Toward (or away from) an empirical theory of crime and delinquency", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 5, n.º 2, 1968, pp. 189 a 197.

885     LUIS FELIPE DÁVILA. *Reglas, crimen y orden: un estudio sobre la seguridad en Medellín*, Bogotá, La Carreta, 2018, pp. 121 y ss.

886     ERVING GOFFMAN. *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986, pp. 11 y ss.

sociales y deconstruir los imaginarios acerca de la criminalidad son las formas más efectivas de combatir la estigmatización. Con todo, un sujeto puede interiorizar las cualidades anejas al estigma y en la divergencia obrar de modo consecuente con ellas. También, en algunas ocasiones, la divergencia hace necesario que el individuo asuma un estigma.

Es posible señalar los principales *modelos* acerca del delito que han dominado, tanto en la sociedad como en la criminología, en los que puede advertirse la continuidad que existe entre la percepción de la divergencia social calificada como criminalidad y el entendimiento del control social penal.

Esos enfoques que, se reitera, evidencian una secuencia que encadena la comprensión de la criminalidad y el control penal, son: 1. *Anormalidad social*: el crimen es definido como una patología social, el problema es una enfermedad con causas naturales, el delincuente es alguien inferior y anormal, los operadores penales serían higienistas sociales o “médicos”, los medios del control son terapéuticos, las finalidades de las estructuras penales son prevenir y, de modo secundario, curar; 2. *Inmoralidad*: el crimen es pecado y maldad, el problema es una pérdida de valores, el delincuente es un sujeto malo e inescrupuloso, el rol de los operadores jurídicos es el de un “sacerdote” o educador, el medio del control penal es la penitencia, el fin de las intervenciones penales es la expiación para castigar; 3. *Amenaza a la autoridad*: el crimen es antinormativo, el problema es la insubordinación o el motín, el delincuente es un rebelde o enemigo, la tarea de los operadores penales es la de servir como guardianes de la ley, el medio del control es la represión, el objetivo es mantener el orden; 4. *Desviación social*: el crimen es apartarse o separarse de las normas, el problema son carencias, falta de integración o fallas en la socialización, el sujeto es un desviado, el papel del operador es corregir al criminal, el medio es su modificación, la finalidad es la resocialización; 5. *Divergencia social*: el crimen expresa una situación de diversidad no tolerada, el problema es un conflicto por intereses o ideologías, el delincuente es un divergente, el rol de los operadores es político, el medio del control es la reparación y el fin es el restablecimiento de derechos<sup>887</sup>.

## V. FASES DEL CONTROL: SEGURIDAD Y ENJUICIAMIENTO

Las referidas en el título son las dos primeras fases de la operación del control penal. Cada una de estas emerge en la historia de Latinoamérica gravemente afectada por legislaciones de excepción impuestas por dictaduras militares o gobiernos de facto que dominaron el siglo xx. Ahora, se cuestiona una normalización de las medidas de excepción que hipertrofian las instituciones penales y el desarrollo de un derecho penal máximo que lo convierte en primera instancia<sup>888</sup>.

La etapa de seguridad comprende tareas de vigilancia, protección de derechos y represión de la criminalidad. En la esfera de la vigilancia, la idea de una *sociedad panóptica* ofrece múltiples polémicas. Este modelo de seguridad se ha inspirado en el panóptico de JEREMY BENTHAM, que no era apenas un diseño arquitectónico de una penitenciaría, sino un modelo de control social. El panóptico era una construcción circular que alojaba las celdas de los prisioneros, cuya parte frontal solo estaba cerrada por barrotes, con una torre central dotada de persianas donde estaba la guardia, la cual podía divisar las celdas sin ser vista<sup>889</sup>. De este modo, los reos tenían la sensación de ser vigilados en forma continua, es decir, introducía una expectativa de vigilancia permanente que debía llevar a los reclusos a actuar de acuerdo con ella. La sociedad panóptica parte de las mismas bases, pero opera a través de equipos tecnológicos, en especial por cámaras de video. Se agrega el registro en bases de datos digitales de todo tipo de actividades que implican transacciones; también el monitoreo o interceptación, a veces ilegal, de teléfonos y redes sociales. El debate opone los derechos a la intimidad y la privacidad, aún en espacios públicos.

888 MANUEL ITURRALDE. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de Los Andes, 2010, pp. 115 y ss.; PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ. “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal del enemigo”, *Opción*, vol. 35, ed. esp. n.º 25, 2019, pp. 1.070 a 1.103, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32334>]; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *El enemigo en derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006, p. 92. Sobre el fracaso de estas políticas, BERNARDO KLIKSBERG. “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”, *Nueva Sociedad*, n.º 215, 2008, pp. 4 a 16.

889 JEREMY BENTHAM. *El panóptico*, 2.ª ed., Madrid, La Piqueta, 1989, pp. 75 y ss.



En los últimos decenios ha sido una constante en América Latina el aumento de la sensación de inseguridad entre la población, aunque muchas veces esto no parece estar justificado y, en parte, obedece a la desconfianza en la policía<sup>890</sup>. La mayor percepción de inseguridad puede estar relacionada con el aumento de presión sobre las autoridades públicas, indica la necesidad de diferenciar entre la realidad y los imaginarios populares acerca del crimen y, en especial, puede ser adjudicada a las actividades de las agencias encargadas de las políticas públicas de seguridad<sup>891</sup>.

En la fase de seguridad, el actor principal es la policía. La policía es una invención del siglo XVIII, introducida para mantener el orden en las ciudades europeas que crecían de manera acelerada y caótica,

890 GABRIEL KESSLER. “Miedo al crimen. Representaciones colectivas, comportamientos individuales y acciones públicas”, en ALEJANDRO ISLA (comp.). *En los márgenes de la ley: inseguridad y violencia en el Cono Sur*, Buenos Aires, Paidós, 2007, p. 71; ANA MARÍA MORALES PEILLARD. “La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden”, *Política Criminal*, vol. 7, n.º 13, 2012, pp. 94 a 146, disponible en [<https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N13A3.pdf>]; CARLOS J. VILALTA PERDOMO. “El miedo al crimen en México. Estructura lógica, bases empíricas y recomendaciones iniciales de política pública”, *Gestión y Política Pública*, vol. 19, n.º 1, 2010, pp. 3 a 36, disponible en [[https://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/ojs/ide/num\\_anteriores/Vol.XIX\\_No.I\\_1ersem/01\\_Carlos\\_Vilalta.pdf](https://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/ojs/ide/num_anteriores/Vol.XIX_No.I_1ersem/01_Carlos_Vilalta.pdf)].

891 CATALINA SMULOVITZ. “La inseguridad y el miedo de la ciudadanía: respuestas públicas y privadas en la Argentina”, en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina: seguridad ciudadana, democracia y Estado*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 155. Sobre la presión a las autoridades en el Perú que llevan a adoptar medidas represivas simbólicas, ineficientes y antidemocráticas, cfr. VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA. “Inseguridad ciudadana, criminalidad y justicia penal”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, n.º 14, 2014, pp. 135 a 160, disponible en [<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/lex/article/view/620>]. Acerca de la participación de agentes del Estado en la reproducción de la criminalidad en Honduras, JOSÉ MIGUEL CRUZ. “Estado y violencia criminal en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 226, 2010, pp. 67 a 84, disponible en [<https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2010/no226/6.pdf>]. En sentido similar, LILIAN BOBEA. “El Estado como demiurgo de la criminalidad”, *Nueva Sociedad*, n.º 263, 2016, pp. 64 a 80, disponible en [[https://static.nuso.org/media/articles/downloads/2.TC\\_Bobea\\_263.pdf](https://static.nuso.org/media/articles/downloads/2.TC_Bobea_263.pdf)].

al igual que para controlar los motines y desórdenes que había contraído el desarrollo del capitalismo. Surge aparejada al nacimiento del Estado moderno<sup>892</sup>. La policía suele ser la primera agencia de control en contacto con el conflicto, por lo que la definición que hace de este, probablemente, va a ser determinante hasta el final. Goza de una discrecionalidad variable, que permite una gestión elástica, y según sus percepciones, decisiva en el curso de las actuaciones y sobre sus consecuencias<sup>893</sup>. En buena parte de América Latina, la organización de los cuerpos policiales siguió el modelo francés, que involucraba fuerzas policiales militarizadas. La discusión aquí refiere las grandes diferencias que existen entre la naturaleza, medios y objetivos de las unidades militares y las de policía.

En Latinoamérica es mencionada la infracción a los derechos humanos, y así mismo, el problema de la corrupción, como motivaciones principales de las reformas policiales<sup>894</sup>. Dado el poder a su disposición, la corrupción policiaca es una grave amenaza para la población que genera desconfianza y poco interés de colaborar con las autoridades. La fragmentación de la policía en distintos cuerpos, con autoridades superiores diferentes dentro del Estado, fenómeno común en América Latina, provoca altos grados de ineficiencia. A su vez, las policías latinoamericanas, como regla general, han sido organizadas bajo un modelo centrado en el mantenimiento del orden público. En él, la prioridad es conservar el orden y la vigencia de la ley, pero no

---

892 ROBERTO BERGALLI. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas sociojurídicas”, en ROBERTO BERGALLI (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 48.

893 ROGER COTTERRELL. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991, pp. 231 y 232.

894 HUGO FRÜHLING. “La reforma de la policía y el proceso de democratización”, en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina: seguridad ciudadana, democracia y Estado*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 30; SABINA FREDERIC y MARCELO FABIÁN SAÍN. “Profesionalización y reforma policial: concepciones sobre las prácticas de la Policía de la Provincia de Buenos Aires”, en ALEJANDRO ÁLVAREZ (ed.). *Estado, democracia y seguridad ciudadana: aportes para el debate*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008; LUCÍA DAMMERT. “Reforma policial en América Latina”, *Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano*, n.º 12, 2005, pp. 53 a 64, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/520/52001205.pdf>].

propiamente la resolución de los conflictos, contrario al modelo de la seguridad ciudadana, en el cual la salvaguarda de los derechos fundamentales de la población debe ser el objetivo primordial<sup>895</sup>.

La fase de enjuiciamiento del control penal encierra las labores judiciales, donde se decide la responsabilidad o inocencia de los imputados. Los jueces son los protagonistas principales, junto con los fiscales y demás actores procesales. Varias cuestiones han sido objeto de indagaciones en este escenario. La primera, es la independencia de la administración de justicia<sup>896</sup>, de modo externo, ella puede ser socavada como resultado de las intervenciones de otros poderes del Estado, en especial del ejecutivo, lo mismo que en razón de la violencia y la corrupción. Vulnerar la autonomía interna se vuelve la forma más eficaz de afectarla, a más de ser bastante discreta. Para el efecto, el establecimiento influye en el nombramiento de los jueces de las cortes superiores, y luego, por intermedio de ellos, asegura de manera sigilosa la fidelidad y sometimiento de las demás instancias de la justicia. Históricamente, la administración de justicia de Latinoamérica ha tenido una independencia muy limitada respecto del poder ejecutivo, con la excepción de Colombia durante un largo periodo.

Varias investigaciones empíricas y comparadas, apuntaron a demostrar que el sistema penal de tendencia acusatoria o mixto moderno sería más democrático y eficiente en comparación con el inquisitivo<sup>897</sup>. Al final, fueron introducidas varias reformas penales en

895 La exploración de nuevos conceptos de seguridad es otro campo de estudio. Por ejemplo, se ha partido de la sugerente noción de seguridad de la ONU, como *libertad ante el miedo y la necesidad*, para postular una seguridad sustentable cuyos ejes son equidad, participación y gobernabilidad, cfr. ENRIQUE M. DEL PERCIO. “Seguridad sustentable y estructura de dominación”, *Colección*, año VI, n.º 10, 2000, pp. 25 a 89, disponible en [<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10143/1/seguridad-sustentable-estructura-dominacion.pdf>].

896 GERMÁN BURGOS SILVA (ed.). *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/independencia-judicial-en-america-latina-de-quien-para-que-como/>].

897 MAURICIO DUCE y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005, pp. 93 y ss.; SILVA GARCÍA. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, cit., pp. 367 y ss.; GUSTAVO COSACOV. *El mito de la no impunidad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1988.

la mayoría de países impuestas por Estados Unidos, puesto que solo Córdoba en la Argentina, tenía una tradición consolidada de aplicación del sistema. Sus resultados en el continente han sido variables<sup>898</sup>.

Un sesgo ideológico, deliberadamente reclamado, para que comparezca en las intervenciones judiciales, es la perspectiva de género en los casos de violencia contra la mujer, lo que implica entender que la mujer arriba en condiciones de desigualdad al ámbito de la justicia<sup>899</sup>. Empero, la regla es que se exija de modo perentorio mantener los sesgos ideológicos al margen de las decisiones judiciales. En ese sentido, la idea tradicional es que la ley, el derecho, será el muro de contención, la barrera insuperable, que debe evitar la interferencia de las inclinaciones ideológicas en las resoluciones de la justicia, sin embargo, eso no es cierto. De modo opuesto, el derecho estimula la irrupción de las parcialidades ideológicas en la justicia, ya que para aplicarlo exige continuamente hacer elecciones, por ejemplo, sobre el monto de la pena o el método de interpretación, y estimaciones, por ejemplo, sobre conceptos como la buena fe o lo injusto. Y entonces, por la vía de las elecciones y las estimaciones que demanda la aplicación del derecho, ingresan a sus anchas las preferencias ideológicas<sup>900</sup>.

Ahora, esas predilecciones ideológicas están alimentadas, sobre todo, de prejuicios y creencias<sup>901</sup>. En una investigación empírica que aplicó varias técnicas, se hizo un experimento en condiciones de laboratorio, que demostró de modo concluyente que las preferencias ideológicas priman sobre el derecho<sup>902</sup>. En esa misma investigación, se

898 FARID SAMIR BENAVIDES, ALBERTO M. BINDER, CAROLINA VILLADIEGO y CATALINA NIÑO (coords.). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Fescol, 2016, disponible en [<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>], pp. 78 y ss.

899 MARIANA SÁNCHEZ BUSSO. “Violencia contra la mujer. La perspectiva de género en las decisiones judiciales”, *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, vol. 21, n.º 4, 2012, pp. 611 a 627, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/1741>].

900 JERZY WRÓBLEWSKY. “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, *Crítica Jurídica*, n.º 10, 1992, pp. 19 a 35, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3024/2825>].

901 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Las ideologías y el derecho penal*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2019, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/172>], pp. 61 y ss.

902 A un gran número de jueces que participaron en el experimento, realizado en varias sesiones, a quienes previamente se les había preguntado si consi-

indagó entre jueces si preferían aplicar la ley o hacer justicia, y de manera casi unánime optaron por la justicia. Dado que estaban tan dispuestos a omitir la ley, después se aplicaron otras técnicas para indagar qué sería justicia y cómo hacerla, pero los jueces no eran capaces de explicarlo, por lo que la conclusión era que estaban flexiblemente dispuestos a realizar sus prejuicios ideológicos por encima de la ley<sup>903</sup>.

Varias investigaciones han ahondado en la construcción social de la realidad en los procesos judiciales. En ese sentido, se habla del proceso penal como un espectáculo teatral, lleno de rituales que lo magnifican, para poder edificar la ficción que representa<sup>904</sup>, del uso de narraciones para construir realidades judiciales<sup>905</sup>. También, es re-

---

deraban que el expresidente colombiano ERNESTO SAMPER PIZANO (1994-1998) era culpable o inocente del cargo de recibir dineros del narcotráfico para financiar su campaña política, se les entregó un expediente elaborado para el caso y se les pidió fallar en derecho de manera argumentada. Solo que a los jueces que dijeron que SAMPER PIZANO era culpable se les dio un expediente con el que debían concluir que era inocente, y a los que afirmaron que era inocente se les entregó un expediente con el que debían dictaminar que era culpable. Con todo, la inmensa mayoría de los jueces, con uno u otro sesgo, decidieron de acuerdo con su prejuicio y no con fundamento en las evidencias. En la argumentación omitían lo que no les convenía, manipulaban los hechos o les atribuían otros significados para validar el prejuicio. Al respecto, GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, pp. 100 y ss.

903 La encuesta se había aplicado a un grupo de jueces, luego se realizaron entrevistas en profundidad con otros para validar las respuestas de la encuesta y ahondar en ellas y, más tarde, con otros jueces diferentes, se llevaron a cabo talleres de discusión con los mismos fines. Los instrumentos cualitativos demostraron que los jueces tenían grandes dificultades para explicar qué era la justicia, lo que respondían con alguna “frase de cajón” y luego les resultaba imposible explicar cómo materializarían ese concepto de justicia en detrimento de la ley sin que pudieran si quiera dar un ejemplo. Por ello, se concluyó que eran los prejuicios lo que harían valer sobre la ley, SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, cit., pp. 110 y ss.

904 IGNACIO FRANCISCO TEDESCO. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007, pp. 118 y ss.

905 ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO. “La construcción de la legalidad y el arbitrio presidencial en México”, en FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO y ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ (coords.). *Redes de inclusión. La construcción social de la autoridad*, México, D. F., Miguel Ángel Porrúa, 1998; ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y ROBERTO OSEGUERA

ferido el empleo de tipificaciones o recetas, esto es, fórmulas manidas para resolver cuestiones puntuales que se aplican de manera repetida a todos aquellos eventos que se consideran análogos; usadas por ejemplo, como *decisiones estándar*, basadas en algún caso anterior, que con pocos ajustes formales se repiten en otros<sup>906</sup>. Las tipificaciones y las *decisiones estándar* reemplazan el análisis del caso, por lo que ellas hacen la realidad. A veces, apenas basta hacer calificaciones y definiciones subjetivas para crear realidades<sup>907</sup>.

## VI. FASES DEL CONTROL PENAL: PUNICIÓN

La fase de punición comprende la concepción y ejecución de las sanciones que son impuestas a quienes son declarados penalmente responsables. Sobre el origen y funciones sociales que cumple la pena, existen cinco teorías fundamentales. La primera, de EMIL DURKHEIM, sostiene que la pena tiene como propósito restablecer los valores de la sociedad, pues si el delito los afecta y cohesiona a la sociedad en torno a ellos, la sanción penal reforzará esos valores<sup>908</sup>. Al respecto,

---

QUIÑONES. *El desafuero de Andrés Manuel López Obrador*, México, Gernika, 2011; ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y KURI PINEDA. “Poder y derecho. El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al caso Atenco”, en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO. *La crisis de las instituciones políticas en México*, México, D. F., UNAM, 2011; ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. “La práctica judicial vista desde la sociología. Hacia la construcción del campo jurídico”, en ANTONIO AZUELA y MIGUEL ÁNGEL CANCINO. *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*, México, D. F., PAOT e IRLUS, 2014; GERMÁN SILVA GARCÍA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Nuevas estrategias de construcción del delito en el orden de las sociedades en red”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º 2 extra, 2019, pp. 123 a 132, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27432>].

906 Las recetas eran usadas para definir el monto de las penas, valorar el testimonio de policías, argumentar sobre hechos del proceso, determinar la necesidad de enviar al condenado a prisión, etc. SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia*, t. II: *Las prácticas jurídicas*, cit., pp. 135 y ss.

907 GERMÁN SILVA GARCÍA. “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].

908 EMIL DURKHEIM. *Las reglas del método sociológico*, Bogotá, Ediciones Bogotá, 1979, pp. 74 y 75.

debe reconocerse que en ocasiones ocurre así, pero no siempre, pues los valores muchas veces no son compartidos o no convocan compromiso ni entusiasmo.

Por su parte, para GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, en la historia puede acreditarse una correlación entre las estructuras económicas y los métodos punitivos, los cuales responden a las relaciones productivas<sup>909</sup>. Empero, sobre todo de manera contemporánea, no existe una demostración convincente de esa tesis; en otros eventos no se entendería cómo fueron adoptados métodos punitivos desvinculados de las relaciones de producción o por qué fueron conservados después de la transformación de las condiciones de producción.

En tercer lugar, MICHEL FOUCAULT establece que la pena moderna, la prisión, se desarrolla sobre la base de un modelo disciplinario que tiene por objeto la consciencia, respecto de la cual la prisión sirve como un instrumento para su conocimiento. El saber es poder, así que el conocimiento será empleado como un poder para disciplinar la consciencia<sup>910</sup>. Este modelo fue muy útil en los siglos XVIII y XIX en Europa, pero ha perdido intensidad y eficacia.

A su vez, MASSIMO PAVARINI y DARIO MELOSSI, respecto de la pena prisión, arguyen que cumple funciones de disciplinar la mano de obra y de regular el mercado de trabajo, para cuyo efecto se aumenta la prisionalización en épocas de exceso de oferta de mano de obra y se reduce en periodos de escases, por lo que los presos son un ejército de reserva industrial<sup>911</sup>. En América Latina, con elevados y crónicos niveles de desempleo y subempleo, no puede demostrarse esa tarea de regulación.

Por último, DAVID GARLAND plantea que la prisión es una institución social compleja, con escasa relación con el fin de evitar el delito, que cumple varias funciones sociales y políticas como producto cultural y construcción social, entre ellas incapacitar mediante la exclusión y proveer sufrimiento a los penados<sup>912</sup>. Esta visión podría explicar por qué subsiste pese a todas las críticas que recaen en ella.

909 GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER. *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984, p. 3.

910 MICHEL FOUCAULT. *Vigilar y castigar*, 9.ª ed., México, D. F., Siglo XXI, 1984, pp. 140 y ss.

911 MASSIMO PAVARINI y DARIO MELOSSI. *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario*, 5.ª ed., México, D. F., Siglo XXI, 2005, pp. 55 y ss.

912 DAVID GARLAND. *Punishment and modern society: A study in social theory*, Chicago, Chicago University Press, 1990, pp. 193 y ss.

En América Latina predomina la prisión como sanción principal. Respecto de la prisión se han postulado unos fines: prevención general, prevención especial, resocialización y retribución, los cuales han sido examinados en forma crítica por la criminología, la filosofía y el derecho penal, considerando tanto su justificación como sus consecuencias sociales. Sobre la prevención general o intimidación, los cuestionamientos apuntan que es ilegítimo penar a alguien como un medio para amenazar y disuadir a los demás, y que así mismo, los datos de criminalidad demuestran que ese propósito no se cumple, ya que el individuo decidido a delinquir solo adopta las medidas necesarias para no ser aprehendido, por lo que la finalidad apenas podría llegar a ser efectiva frente a aquellos que no están dispuestos a cometer un delito y, tal vez, lo harían sin la intimidación del castigo. Acerca de la prevención especial, dícese que opta por una visión peligrosista, puesto que supone que el reo condenado va a incurrir en el futuro en crímenes, sin contar que en la cárcel o desde de ella, también se siguen ejecutando delitos.

En cuanto a la resocialización, que aún es la finalidad más importante en los estatutos penales de América Latina, se han expuesto múltiples críticas: es ilegítimo forzar a alguien a modificar su conciencia, roles y valores; es propia de regímenes totalitarios; sus técnicas son un atentado a la dignidad humana; es imposible enseñar a alguien a vivir en sociedad aislándolo de ella; un proceso forzado de reeducación o de nueva socialización es imposible; el trabajo y la educación penitenciaria no son idóneos para resocializar; siendo el delito un producto de la sociedad, enseñar al sujeto a vivir en sus condiciones es enseñarlo en las que gestaron la criminalidad; la prisión no resocializa, pero enseña o perfecciona saberes para realizar delitos; no es factible involucrar a una persona en una nueva resocialización con una pena corta; los autores de delitos culposos no requieren ser resocializados, pues son fieles a los roles y valores establecidos; las estadísticas de reincidencia demuestran su fracaso; ha sido usada más como un pretexto para prolongar la privación de la libertad; quienes deciden sobre su necesidad no están calificados ni entrenados para ello. Su función real es preservar la disciplina interna en las cárceles, al animar a los reclusos a obedecer a cambio de sus beneficios.

La retribución, muy lejos de las vetustas concepciones teológicas de la Edad Media, concentra en sus variantes contemporáneas, que son disímiles, el debate actual sobre los fines de la pena. ANDREW VON HIRSCH argumenta que la retribución debe procurar una pena justa, por



lo que se opone al populismo penal y a las ideas peligrosistas. En esa dirección, la pena es una censura al delito, significa imponer un sufrimiento al condenado que ha realizado un crimen, con el que ocasionó un daño, como desaprobación ante el responsable y la sociedad<sup>913</sup>.

De modo muy diferente, GÜNTHER JAKOBS afirma que la pena tiene como objetivo restablecer las expectativas de rol vulneradas con la infracción penal, pues el delito traduce una defraudación de esas expectativas<sup>914</sup>. Pero supone que todas las expectativas de rol son prescritas, es decir, normativas, lo que finalmente significa que lo restablecido es el imperio de la ley. De manera adicional, al no considerar las expectativas de rol informales, que son la mayoría, no tiene en cuenta que estas pueden ser contrarias a las normativas. Su propuesta, finalmente no es nada original, es la misma de FRIEDRICH HEGEL, para quien la tesis es la norma, la antítesis es el delito y la síntesis es el restablecimiento de la autoridad de la norma jurídica<sup>915</sup>. Postura autoritaria y formalista, pues lo que interesa recuperar es el poder de la norma, reivindicar la norma por la norma, aun cuando ella es un mero medio de propósitos superiores.

Para este autor sí existe una relación dialéctica entre delito y pena, donde la tesis es el delito, la antítesis es la pena, pero el restablecimiento del derecho debe ser la síntesis. Ese restablecimiento puede ser logrado mediante la reparación, material o simbólica, del derecho lesionado<sup>916</sup>.

Varios autores retribucionistas aluden a la proporcionalidad entre delito y pena, pero HEGEL había demostrado que esa es una exigencia insuperable y absurda, puesto que ambos elementos tienen una naturaleza del todo diferente, por lo que no se pueden hacer equivalencias entre ellos<sup>917</sup>.

En América Latina concurre una situación crónica de predominio de presos sin condena, debido al abuso de la detención preventiva, que se transforma en una pena anticipada que cuestiona el principio de

913 ANDREW VON HIRSCH. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998, pp. 32 y ss.

914 GÜNTHER JAKOBS. *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Externado, 1999, pp. 21 y ss.

915 FRIEDRICH HEGEL. *Filosofía del derecho*, México D.F., UNAM, 1975, pp. 111 y ss.

916 SILVA GARCÍA. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, cit., pp. 358 a 360.

917 HEGEL. *Filosofía del derecho*, cit., p. 110.

legalidad<sup>918</sup>. En este y otros aspectos, hay una distancia enorme entre las prescripciones legales y la realidad. Así, se ha probado que por delitos idénticos, cometidos en condiciones análogas, se imponen penas disímiles que cuestionan la igualdad ante la ley<sup>919</sup>. A la par, la situación de las prisiones comporta, en particular por el hacinamiento, una flagrante infracción a los derechos fundamentales<sup>920</sup>. Tal situación, pero también el trato provisto a los detenidos antes de la condena, coloca en primer plano el planteo de EUGENIO RAÚL ZAFFARONI en cuanto a que los tratos crueles, degradantes y humillantes dispensados por agentes del Estado, con independencia de que sean constitutivos de delitos, deben ser considerados para la modulación de las penas de sus víctimas<sup>921</sup>.

## VII. REFLEXIONES FINALES

La criminalidad, entendida como las acciones sociales divergentes que han sido definidas como tales, constituye una problemática fundamental de las sociedades latinoamericanas. La criminalidad genera daños cuantiosos y afecta la calidad de vida de la población. Su contrapartida, el control social penal, presenta dificultades de corrupción, abusos violentos, ineficiencia e incapacidad para gestionar los conflictos sociales. Esto exige profundizar en el análisis de los dos fenómenos, a efectos de hacer contribuciones al tratamiento y solución de los retos principales. La materia es una de las grandes prioridades políticas y sociales de Latinoamérica.

Una opción es la llamada *Criminología del Sur Global*, inspirada en los estudios decoloniales. Estos son una alternativa analítica crí-

918 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2.ª ed., Bogotá, Temis, 1990, p. 17.

919 GERMÁN SILVA GARCÍA y RAFAEL VELANDIA MONTES. “Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad”, en RAFAEL PRIETO SANJUÁN (coord.). *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003, pp. 349 y ss.

920 ALEJANDRO GÓMEZ JARAMILLO y RAFAEL VELANDIA MONTES. “Crisis de la prisión en Colombia y derechos humanos”, *Opción*, vol. 35, ed. esp. n.º 25, 2019, pp. 663 a 711, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32323>].

921 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Las penas crueles son penas”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Astrea, 1996, pp. 13 y ss.

tica, originada en América Latina, que cuestiona la matriz colonial del poder. Ya antes de estos estudios, ZAFFARONI había subrayado la conexión entre los discursos de la criminología tradicional, racista y el colonialismo<sup>922</sup>. Aunque formalmente el colonialismo, por lo general, desapareció en los siglos XIX y XX, pervivió una colonialidad social, política y cultural, un eurocentrismo discriminatorio en las prácticas políticas y concepciones epistemológicas de la modernidad, en términos de poder<sup>923</sup>. Apoyados en el cuestionamiento de la colonialidad del saber<sup>924</sup>, la *Criminología del Sur* sostiene que la *Criminología del Norte Global* impone sus marcos teóricos, desde una posición de poder en la que juzgan que el Sur debe limitarse a reproducir sus discursos, aun cuando en veces ellos no son apropiados para sus realidades, lo que demanda producir teorías propias<sup>925</sup>. No obstante, salvo excepciones, el reto de la *Criminología del Sur* consiste en cumplir su propia apuesta en el campo teórico, creando nuevos enfoques, ya que muchas veces sus análisis aplicados parecen una continuidad de la criminología crítica<sup>926</sup>. La *Criminología del Sur Global* representa un movimiento de pensadores en busca de las claves que permitirían interpretar los fenómenos que atañen al delito y al control penal. Este es un escenario prometedor para la teorización y la investigación.

922 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 131 y ss.

923 ANÍBAL QUIJANO. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en EDGARDO LANDER (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales –CLACSO–, 1993.

924 EDGARDO LANDER (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales –CLACSO–, 1993.

925 KERRY CARRINGTON, RUSSELL HOGG y MÁXIMO SOZZO. “Southern criminology”, *British Journal of Criminology*, n.º 56, 2016, pp. 1 a 20; GERMÁN SILVA GARCÍA, FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia: una nueva cosmovisión en la criminología del sur”, en *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 8 a 32, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACION-Y-DIVERGENCIA.pdf>].

926 Pero también se ha procurado revisar las contribuciones a la criminología crítica desde los contextos meridionales, cfr. KERRY CARRINGTON, BILL DIXON, DAVID FONSECA, DAVID RODRÍGUEZ GOYES, JUANHONG LIU y DIEGO ZYSMAN. “Criminologist of the global south: Critical reflections”, *Critical Criminology*, vol. 27, n.º 1, 2019, pp. 163 a 189.

En esa línea, las investigaciones empíricas y los estudios socio-históricos son necesidades cruciales, pues responden a grandes vacíos del conocimiento. Forjar un pensamiento latinoamericano no supone desechar los aportes del Norte Global, pero sí explorar la introducción de nuevos instrumentos teóricos ajustados a las particularidades latinoamericanas, nacionales y regionales, originados en nuestras propias experiencias de conocimiento, en los problemas de investigación que se enfrentan y en los datos de nuestras averiguaciones empíricas. En América Latina ya existen estudios monográficos de gran calidad, con una dinámica que permitirá que estos trabajos sigan fluyendo. El gran déficit sigue siendo la producción teórica.

## REFERENCIAS

- ADORNO, SÉRGIO. “Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo”, *Novos Estudos*, n.º 43, 1995, pp. 45 a 63, disponible en [[https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018\\_194015.pdf](https://bradonegro.com/content/arquivo/11122018_194015.pdf)].
- ADORNO, SÉRGIO. “Exclusão socioeconômica e violência urbana”, *Sociologias*, vol. 4, n.º 8, 2002, pp. 84 a 135, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=86819566005>].
- AGUIRRE ROJAS, CARLOS. *The criminals of Lima and their word: The prison experience, 1850-1935*, Durham, Duke University Press, 2005.
- ALFARO GONZÁLEZ, ANASTASIO. *Arqueología criminal americana*, Charleston, BiblioBaazar, 2008.
- ANITUA, GABRIEL IGNACIO. *Historias de los pensamientos criminológicos*, Buenos Aires, Didot, 2015.
- ARAGÓN, ARCESIO. *Elementos de criminología y ciencia penal*, Popayán, Imprenta Departamental del Cauca, 1934.
- ARGUEDAS DÍAZ, ALCIDES. *Pueblo enfermo*, La Paz, Isla, 1979.

- ÁVILA MARTÍNEZ, ARIEL y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. *Mercados de criminalidad en Bogotá*, Bogotá, Taller de Edición Rocca y Corporación Nuevo Arco Iris, 2011.
- BARATTA, ALESSANDRO. “Principios del derecho penal mínimo”, en *Doctrina Penal*, vol. 10, n.ºs 37-40, 1987.
- BECKER, HOWARD S. *Los extraños: sociología de la desviación*, Buenos Aires, Tiempo Contemporáneo, 1971.
- BENAVIDES, FARID SAMIR; ALBERTO M. BINDER, CAROLINA VILLADIEGO y CATALINA NIÑO (coords.). *La reforma a la justicia en América Latina: las lecciones aprendidas*, Bogotá, Fescol, 2016, disponible en [<https://library.fes.de/pdf-files/bueros/la-seguridad/12574.pdf>].
- BENTHAM, JEREMY. *El panóptico*, 2.ª ed., Madrid, La Piqueta, 1989.
- BERGALLI, ROBERTO. “Perspectiva sociológica. Desarrollos ulteriores”, en ROBERTO BERGALLI y JUAN BUSTOS RAMÍREZ (dirs.). *El pensamiento criminológico*, t. I, Bogotá, Temis, 1983.
- BERGALLI, ROBERTO. “Las funciones del sistema penal en el estado constitucional de derecho, social y democrático: perspectivas sociojurídicas”, en ROBERTO BERGALLI (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1991.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS (ed.). *Subiendo al estrado: la experiencia cordobesa del juicio por jurado*, Córdoba, Advocatus, 2010.
- BOBEA, LILIAN. “El Estado como demiurgo de la criminalidad”, *Nueva Sociedad*, n.º 263, 2016, pp. 64 a 80, disponible en [[https://static.nuso.org/media/articles/downloads/2.TC\\_Bobea\\_263.pdf](https://static.nuso.org/media/articles/downloads/2.TC_Bobea_263.pdf)].
- BUFFINGTON, ROBERT M. *Criminales y ciudadanos en México moderno*, México, D. F., Siglo XXI, 2001.

- BURGOS SILVA, GERMÁN (ed.). *Independencia judicial en América Latina: ¿De quién? ¿Para qué? ¿Cómo?*, Bogotá, ILSA, 2003, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/10/independencia-judicial-en-america-latina-de-quien-para-que-como/>].
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN. *Introducción al derecho penal*, Bogotá, Temis, 1983.
- CAIMARI, LILA. *Apenas un delincuente. Crimen, castigo y cultura en la Argentina, 1880-1955*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2004.
- CALVO GARCÍA, MANUEL y TERESA PICONTO NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017.
- CAPELLER, WANDA. *L'engranage de la répression*, París, LGDJ, 1995.
- CARBONNIER, JEAN. *Sociología jurídica*, Madrid, Tecnos, 1977.
- CARRINGTON, KERRY; BILL DIXON, DAVID FONSECA, DAVID RODRÍGUEZ GOYES, JUANHONG LIU y DIEGO ZYSMAN. "Criminologist of the global south: Critical reflections", *Critical Criminology*, vol. 27, n.º 1, 2019, pp. 163 a 189.
- CARRINGTON, KERRY; RUSSELL HOGG y MÁXIMO SOZZO. "Southern criminology", *British Journal of Criminology*, n.º 56, 2016, pp. 1 a 20.
- CHAMBLISS, WILLIAM J. "The State and criminal law", en WILLIAM J. CHAMBLISS y MILTON MANKOFF (eds.). *Whose law? What order? A conflict approach to criminology*, Nueva York, John Wiley & Sons, 1976.
- COMPAÑÍA DE JESÚS EN HONDURAS EQUIPO DE REFLEXIÓN, INVESTIGACIÓN Y COMUNICACIÓN. *Maras y pandillas en Centroamérica*, vol. 1, Managua, UCA, 2001.
- CORVALÁN, CAMILA. "Divergencia social y encierro. El conflicto social vinculado a la privación de libertad de los y las adolescentes", *Estudios Paraguayos*, vol. 35, n.º 1, 2015.

- COSACOV, GUSTAVO. *El mito de la no impunidad*, Córdoba, Universidad Nacional de Córdoba, 1988.
- COTLER DOLBERG, JULIO. *Clases, Estado y nación en el Perú*, 3.<sup>a</sup> ed., Lima, Instituto de Estudios Peruanos, 2009.
- COTTERRELL, ROGER. *Introducción a la sociología del derecho*, Barcelona, Ariel, 1991.
- CRESPO P, FREDDY A. “Una mirada a la desigualdad social y la violencia delictiva en Venezuela”, *Criminalidad*, vol. 59, n.º 2, 2017, pp. 65 a 80, disponible en [<https://www.policia.gov.co/revista/volumen-59-no-2>].
- CRUZ, JOSÉ MIGUEL. “Estado y violencia criminal en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 226, 2010, pp. 67 a 84, disponible en [<https://biblat.unam.mx/hevila/Nuevasociedad/2010/no226/6.pdf>].
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. “La práctica judicial vista desde la sociología. Hacia la construcción del campo jurídico”, en ANTONIO AZUELA y MIGUEL ÁNGEL CANCINO. *Jueces y conflictos urbanos en América Latina*, México, D. F., PAOT e IRLUS, 2014.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA y FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO. “La construcción de la legalidad y el arbitrio presidencial en México”, en FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO y ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ (coords.). *Redes de inclusión. La construcción social de la autoridad*, México, D. F., Miguel Ángel Porrúa, 1998.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA y KURI PINEDA. “Poder y derecho. El fallo de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno al caso Atenco”, en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y FERNANDO CASTAÑEDA SABIDO. *La crisis de las instituciones políticas en México*, México, D. F., UNAM, 2011.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA y ROBERTO OSEGUERA QUIÑONES. *El desafuero de Andrés Manuel López Obrador*, México, Gernika, 2011.

- DABOE, JUAN PABLO. *Nightmares of the letered city: Banditry and literature in Latin America, 1816-1929*, Pittsburg, University of Pittsburg Press, 2007.
- DAMMERT, LUCÍA. “Reforma policial en América Latina”, *Quórum. Revista de Pensamiento Iberoamericano*, n.º 12, 2005, pp. 53 a 64, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/520/52001205.pdf>].
- DÁVILA, LUIS FELIPE. *Reglas, crimen y orden: un estudio sobre la seguridad en Medellín*, Bogotá, La Carreta, 2018.
- DE ZAYAS ENRÍQUEZ, RAFAEL. *Fisiología del crimen: estudios jurídico-sociológico*, t. I, Veracruz, Imprenta de R. de Zayas, 1885.
- DEL PERCIO, ENRIQUE M. “Seguridad sustentable y estructura de dominación”, *Colección*, año VI, n.º 10, 2000, pp. 25 a 89, disponible en [<https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/10143/1/seguridad-sustentable-estructura-dominacion.pdf>].
- DEZORDI WERMUTH, MAIQUEL ÂNGELO y MAURÍCIO HABCKOST DALLA ZAN. “Colaboração premiada e seletividade do sistema penal: problematizações acerca da utilização de acordos na Operação Lava Jato”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, vol. 10, n.º 1, 2020, pp. 313 a 336, disponible en [<https://www.gti.uniceub.br/RBPP/article/viewFile/6459/pdf>].
- DRAGO, LUIS MARÍA. *Los hombres de presa: antropología criminal*, Buenos Aires, F. Lajounane, 1888.
- DUCE, MAURICIO y ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “La seguridad ciudadana y la reforma del sistema de justicia penal en América Latina”, en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005.
- DURKHEIM, EMILE. *Las reglas del método sociológico*, Bogotá, Ediciones Bogotá, 1979.



- ERIKSON, KAI. "Notes on the sociology of deviance", *Social Problems*, vol. 9, n.º 4, 1962, pp. 307 a 314.
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derecho y razón*, 2.ª ed., Madrid, Trotta, 1997.
- FERRARI, VINCENZO. *Acción jurídica y sistema normativo: introducción a la sociología jurídica*, Madrid, Dykinson, 2000.
- FERRI, ENRICO. *Sociología criminal*, t. II, Madrid, de Góngora, 1908.
- FERRI, ENRICO. *Principios de derecho criminal*, Madrid, Reus, 1933.
- FOUCAULT, MICHEL. *Vigilar y castigar*, 9.ª ed., México, D. F., Siglo XXI, 1984.
- FREDERIC, SABINA y MARCELO FABIÁN SAÍN. "Profesionalización y reforma policial: concepciones sobre las prácticas de la Policía de la Provincia de Buenos Aires", en ALEJANDRO ÁLVAREZ (ed.). *Estado, democracia y seguridad ciudadana: aportes para el debate*, Buenos Aires, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2008.
- FRÜHLING, HUGO. "La reforma de la policía y el proceso de democratización", en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina: seguridad ciudadana, democracia y Estado*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005.
- GABALDÓN, LUIS GERARDO. "Experiencias con armas y justicia juvenil: una aproximación al caso venezolano", *El Otro Derecho*, n.º 29, 2003, pp. 65 a 80.
- GARLAND, DAVID. *Punishment and modern society: A study in social theory*, Chicago, Chicago University Press, 1990.
- GHEZZI, MORRIS LORENZO. *Devianza tra fatto e valore nella sociologia del diritto*, Milán, Guffrè, 1987.

- GHEZZI, MORRIS LORENZO. “Per un pluralismo difunzionale”, en VINCENZO FERRARI, PAOLA RONFANI y SILVIA STABILE (eds.). *Conflitti e diritto nella società transnazionale*, Milán, Franco Angeli, 2001.
- GOFFMAN, ERVING. *Estigma: la identidad deteriorada*, Buenos Aires, Amorrortu, 1986.
- GÓMEZ IZQUIERDO, JOSÉ JORGE. “Racismo y nacionalismo en el discurso de las élites mexicanas: historia patria y antropología indigenista”, en JOSÉ JORGE GÓMEZ IZQUIERDO (coord.). *Los caminos del racismo en México*, México, D. F., Plaza y Valdés, 2005.
- GÓMEZ JARAMILLO, ALEJANDRO. “Populismo, obediencia y divergencia”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 1 extra, 2018, pp. 33 a 48, disponible en [<https://www.redalyc.org/journal/279/27957769002/27957769002.pdf>].
- GÓMEZ JARAMILLO, ALEJANDRO y RAFAEL VELANDIA MONTES. “Crisis de la prisión en Colombia y derechos humanos”, *Opción*, vol. 35, ed. esp. n.º 25, 2019, pp. 663 a 711, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32323>].
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. *Procesos de selección penal negativa: investigación criminológica*, Bogotá, Universidad Libre, 2013.
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal del enemigo”, *Opción*, vol. 35, ed. esp. n.º 25, 2019, pp. 1.070 a 1.103, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32334>].
- GUSFIELD, JOSEPH R. *Symbolic crusade: Status politics and the American temperance movement*, 2.ª ed., Illinois, University of Illinois Press, 1986.
- GUTIÉRREZ ANZOLA, JORGE ENRIQUE. *Violencia y justicia*, Bogotá, Tercer Mundo, 1962.

- HABERMAS, JÜRGEN. *La lógica de las ciencias sociales*, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, Tecnos, 1990.
- HEGEL, FRIEDRICH. *Filosofía del derecho*, México D.F., UNAM, 1975.
- HENDERSON, JAMES D. *La modernización en Colombia: los años de Laureano Gómez, 1889-1965*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2006.
- HERBOSO ESPAÑA, FRANCISCO J. *Estudios penitenciarios*, Santiago de Chile, Ercilla, 1892.
- INGENIEROS, JOSÉ. *Criminología*, Madrid, Daniel Jorro, 1913.
- IRUROSQUI, MARTHA y VÍCTOR PERALTA RUIZ. “Élites y sociedad en la América andina: de la república de ciudadanos a la república de la gente decente”, en JUAN MAIGUASHCA (ed.). *Historia de América andina: creación de las repúblicas y formación de la nación*, vol. 5, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2003.
- ITURRALDE, MANUEL. *Castigo, liberalismo autoritario y justicia penal de excepción*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de Los Andes, 2010.
- JAKOBS, GÜNTHER. *Sobre la teoría de la pena*, Bogotá, Externado, 1999.
- KESSLER, GABRIEL. “Miedo al crimen. Representaciones colectivas, comportamientos individuales y acciones públicas”, en ALEJANDRO ISLA (comp.). *En los márgenes de la ley: inseguridad y violencia en el Cono Sur*, Buenos Aires, Paidós, 2007.
- KLIKSBERG, BERNARDO. “¿Cómo enfrentar la inseguridad en América Latina? La falacia de la mano dura”, *Nueva Sociedad*, n.º 215, 2008, pp. 4 a 16.
- LANDER, EDGARDO (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100708034410/lander.pdf>].

LOMBROSO, CESARE. *L'uomo delinquente in rapporto alla antropologia alla giurisprudenza ed alla psichiatria*, Turín, Fratelli Boca, 1897.

MCNAUGHTON-SMITH, PETER. "The second code. Toward (or away from) an empirical theory of crime and delinquency", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, vol. 5, n.º 2, 1968, pp. 189 a 197.

MERTON, ROBERT KING. *Teoría y estructura sociales*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1992.

MISSE, MICHEL. "Crime, sujeito e sujeição criminal: aspectos de uma contribuição analítica sobre a categoria 'bandido'", *Lua Nova*, n.º 79, 2010, pp. 15 a 38, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=67315839003>].

MORALES PEILLARD, ANA MARÍA. "La política criminal contemporánea: influencia en Chile del discurso de la ley y el orden", *Política Criminal*, vol. 7, n.º 13, 2012, pp. 94 a 146, disponible en [<https://politicrim.com/wp-content/uploads/2019/04/Vol7N13A3.pdf>].

MORÁS, LUIS EDUARDO. "Más allá de las ideologías: sistema penal juvenil y consenso punitivo en Uruguay", *Boletín Criminológico*, n.º 25, 2019, disponible en [<https://revistas.uma.es/index.php/boletin-criminologico/article/view/6834>].

MORENO, GABRIEL RENÉ. *Bolivia y Perú: más notas históricas y bibliográficas*, Santiago de Chile, Barcelona, 1905.

NINA RODRIGUES, RAIMUNDO. *As raças humanas e a reponsabilidade penal no Brasil*, 3.ª ed., Bahía, Editora Nacional, 1938.

ORTEGA U., TAMARA. "Criminalización y concentración de la pobreza urbana en barrios segregados. Síntomas de guetización en La Pintana, Santiago de Chile", *EURE*, vol. 40, n.º 120, 2014, pp. 241 a 263, disponible en [<https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/382/645>].

- ORTIZ FERNÁNDEZ, FERNANDO. *Hampa afro-cubana: los negros brujos: apuntes para un estudio de etnología criminal*, Madrid, Edit. América, 1917.
- PAVARINI, MASSIMO y DARIO MELOSI. *Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario*, 5.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Siglo XXI, 2005.
- PEARCE, JULIAN G. *Race, place, and medicine. The idea of the tropics in nineteenth-century Brazil*, Durham, Duke University Press, 2000.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Escándalos de corrupción y cultura jurídico política: un análisis desde Venezuela”, en JOHANNES FEEST (ed.). *Globalization and legal cultures: Oñati summer course 1997*, Madrid, Oñati International Institute for the Sociology of Law, 1999.
- PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “Organizaciones criminales transnacionales, ‘espacios ingobernados’ y una doctrina que emerge”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, vol. 10, n.º 20, 2007, pp. 17 a 26, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2532>].
- PICCATO, PABLO. *City of suspects: Crime in Mexico City, 1910-1930*, Durham, Duke University Press, 2001.
- PONTES FRAGA, PAULO CESAR. “Criminalidad urbana, proceso de socialización y delincuencia en Río de Janeiro: estudios con historias de vida”, *Estudios Sociológicos*, vol. XXVIII, n.º 82, 2010, pp. 85 a 112, disponible en [<https://estudiossociologicos.colmex.mx/index.php/es/article/view/247>].
- PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR ROBERTO. “Inseguridad ciudadana, criminalidad y justicia penal”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, n.º 14, 2014, pp. 135 a 160, disponible en [<http://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/lex/article/view/620>].
- PRADO UGARTECHE, JAVIER. *El método positivo en el derecho penal*, Lima, Universidad Ricardo Palma, 2003.

- QUIJANO, ANÍBAL. “Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina”, en EDGARDO LANDER (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*, Buenos Aires, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO–, 1993.
- RAMOS, JULIO. “Faceless tongues: Language and citizenship in nineteenth century Latin America”, en ANGELIKA BAMMER (ed.). *Displacements: Cultural identities in question*, Bloomington, Indiana University, 1994.
- RINALDI, CIRUS. *Deviazioni, devianza, devianze, divergenze*, Roma, SAS, 2009.
- RITZER, GEORGE. *Teoría sociológica contemporánea*, Madrid, McGraw Hill, 1993.
- ROMERO, JOSÉ LUIS. *El obstinado rigor: hacia una historia cultural de América Latina*, México, D. F., UNAM, 2002.
- RUSCHE, GEORG y OTTO KIRCHHEIMER. *Pena y estructura social*, Bogotá, Temis, 1984.
- SALAZAR, ALONSO. *No nacimos pa’ semilla: la cultura de las bandas juveniles de Medellín*, Bogotá, Aguilar, 2018.
- SALAZAR, ALONSO y ANA MARÍA JARAMILLO. *Medellín: las subculturas del narcotráfico*, Bogotá, CINEP, 1996.
- SALVATORE, RICARDO DONATO. *Subalternos, derechos y justicia penal: ensayos de historia social y cultural argentina 1829-1940*, Barcelona, Gedisa, 2010.
- SÁNCHEZ BUSO, MARIANA. “Violencia contra la mujer. La perspectiva de género en las decisiones judiciales”, *Espacio Abierto. Cuaderno Venezolano de Sociología*, vol. 21, n.º 4, 2012, pp. 611 a 627, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/espacio/article/view/1741>].

- SCHÜTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1962.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La concepción sobre el crimen: un punto de partida para la exploración teórica”, en *Derecho público, filosofía y sociología jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Externado y Consejo Superior de la Judicatura, 1996.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *¿Será justicia? Criminalidad y justicia penal en Colombia*, Bogotá, Externado, 1997.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La problemática de la corrupción dentro de una perspectiva sociojurídica”, *Derecho Penal y Criminología*, vol. 21, n.º 68, 2000, pp. 129 a 143, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpen/article/view/1128>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Le basi della teoria sociologica del delitto”, *Sociologia del Diritto*, vol. XXVII, n.º 2, 2000.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. II: Las prácticas jurídicas*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Exploración sociojurídica sobre el delito de inasistencia alimentaria”, en GONZALO CATAÑO (coord.). *Teoría e investigación en sociología jurídica*, Bogotá, Externado, 2003.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Teoría sociológica del delito*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/167>].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 edición especial, 2019, pp. 12 a 49, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32306>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Las ideologías y el derecho penal*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2019, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/172>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Las teorías del conflicto y fenomenológica en el análisis sociojurídico del derecho”, *Acta Sociológica*, n.º 79, 2019, pp. 85 a 108, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/72534>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La construcción social de la realidad. Las ficciones del discurso sobre la impunidad y sus funciones sociales”, *Via Inveniendi et Iudicandi*, vol. 17, n.º 1, 2022, pp. 105 a 123, disponible en [<https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/7743>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Nuevas estrategias de construcción del delito en el orden de las sociedades en red”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º 2 extra, 2019, pp. 123 a 132, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27432>].
- SILVA GARCÍA, GERMÁN y RAFAEL VELANDIA MONTES. “Dosificación punitiva. Ideologías y principio de igualdad”, en RAFAEL PRIETO SANJUÁN (coord.). *Sociología jurídica: análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN y VÍCTOR MANUEL URIBE URÁN. “La construcción social de la criminalidad en América Latina y su impacto social y político”, en GINO RÍOS PATIO (coord.). *Criminología comparada. Enfoque científico de la desviación y la reacción social en los países iberoamericanos y España*, Lima, CECRIM, USMP, Anna Hucha, 2020.



SILVA GARCÍA, GERMÁN; ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y GERARDO RUIZ-RICO RUIZ. “El objeto de estudio de la criminología y su papel en las sociedades latinoamericanas”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 23, n.º 1 extra, 2018, pp. 11 a 31, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/32657>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN; FABIANA IRALA y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Criminalidad, desviación y divergencia: una nueva cosmovisión en la criminología del sur”, en *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, vol. 1, n.º 1, 2020, pp. 8 a 32, disponible en [<https://www.usi.edu.ar/wp-content/uploads/2020/09/CRIMINALIDAD-DESVIACION-Y-DIVERGENCIA.pdf>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN; JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].

SIQUEIRA, JOSÉ JORGE. *Entre Orfeu e Xangô: a emergência de uma nova consciência sobre a questão do negro no Brasil 1944/1968*, Río de Janeiro, Pallas, 2006.

SMULOVITZ, CATALINA. “La inseguridad y el miedo de la ciudadanía: respuestas públicas y privadas en la Argentina”, en HUGO FRÜHLING, JOSEPH S. TULCHIN y HEATHER A. GOLDING (eds.). *Crimen y violencia en América Latina: seguridad ciudadana, democracia y Estado*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2005.

SPECKMAN GUERRA, ELISA. *Crimen y castigo. Legislación penal, interpretaciones de la criminalidad y administración de justicia (Ciudad de México, 1872-1910)*, México, D. F., Colegio de México y Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

SUBERCASEAUX, BERNARD. *Historia de las ideas y de la cultura en Chile*, Santiago de Chile, Edit. Universitaria, 2007.

- SYKES, GRESHAM M. y DAVID MATZA. "On neutralizing delinquent self images", en EARL RUBINGTON y MARTIN S. WEIMBERG. *Deviance. The interactionist perspective*, 3.<sup>a</sup> ed., Nueva York, MacMillan, 1978.
- TANNENBAUM, FRANK. *Crime and Community*, New York, Columbia University Press, 1938.
- TEDESCO, IGNACIO FRANCISCO. *El acusado en el ritual judicial: ficción e imagen cultural*, Buenos Aires, Del Puerto, 2007.
- THOMAS, WILLIAM ISSAC y DOROTHY S. THOMAS. *The child in America: Behavior problems and programs*, Nueva York, Knopf, 1928.
- TURK, AUSTIN T. "Toward construction of a theory of delinquency", *The Journal of Criminal Law, Criminology, and Police Science*, vol. 55, n.º 2, 1964, pp. 215 a 229.
- URIBE VERGARA, JORGE. "Sociología biológica, eugenesia y biotipología en Colombia y Argentina (1918-1939)", en SANTIAGO CASTRO GÓMEZ y EDUARDO RESTREPO (eds.). *Genealogías de la colombianidad: formaciones discursivas y tecnologías de gobierno en los siglos XIX y XX*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, 2008.
- VELANDIA MONTES, RAFAEL. *La punitividad electoral en las políticas penales contemporáneas*, t. II, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2015, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/109>].
- VELANDIA MONTES, RAFAEL. *Del populismo penal a la punitividad: la política penal en Colombia en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2017.
- VILALTA PERDOMO, CARLOS J. "El miedo al crimen en México. Estructura lógica, bases empíricas y recomendaciones iniciales de política pública", *Gestión y Política Pública*, vol. 19, n.º 1, 2010, pp. 3 a 36, disponible en [[https://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/ojs/num\\_anteriores/Vol.XIX\\_No.I\\_1ersem/01\\_Carlos\\_Vilalta.pdf](https://www.gestionypoliticapublica.cide.edu/ojs/num_anteriores/Vol.XIX_No.I_1ersem/01_Carlos_Vilalta.pdf)].

- VILLAVICENCIO, SUSANA. “Ciudadanos para una nación”, en SUSANA VILLAVICENCIO (ed.). *Los contornos de la ciudadanía. Nacionales y extranjeros en la Argentina del centenario*, Buenos Aires, EUDEBA, 2003.
- VOLD, GEORGE B. *Theoretical criminology*, 4.<sup>a</sup> ed., Nueva York, Oxford University Press, 1967.
- VON HIRSCH, ANDREW. *Censurar y castigar*, Madrid, Trotta, 1998.
- WRÓBLEWSKY, JERZY. “Ideología de la aplicación judicial del derecho”, *Crítica Jurídica*, n.º 10, 1992, pp. 19 a 35, disponible en [<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/critica-juridica/article/view/3024/2825>].
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal*, 2.<sup>a</sup> ed., Bogotá, Temis, 1990.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Las penas crueles son penas”, *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Astrea, 1996.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *Criminología: aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1998.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *El enemigo en derecho penal*, Madrid, Dykinson, 2006.
- ZAITCH, DAMIÁN. *Trafficking cocaine: Colombian drug entrepreneurs in the Netherlands*, La Haya, Kluwer Law International, 2002.

## CAPÍTULO DÉCIMO

## Justicia, jueces y sociedad

ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ<sup>927</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La administración de justicia puede ser entendida como un fenómeno social constituido por instituciones, prácticas y agentes específicos que permiten resolver los conflictos que se generan en la sociedad. El concepto de administración de justicia, en su determinación teórica, está ligado a tres principios fundamentales: la *independencia* (la separación de la función judicial), la *eficiencia* (el cumplimiento de los tiempos y de las condiciones que establece la ley), y la *accesibilidad* (el

927      Doctora en Sociología y Profesora titular de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México. Contacto: [acuellarunam@gmail.com]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7952-7141>]. Para la realización de este trabajo, agradezco la colaboración de RODOLFO ROSAS MARTÍNEZ, TANYA SOPHÍA RAMÍREZ CHÁVEZ, VÍCTOR MANUEL BARBOSA BANDA y mi alumno de maestría OTTO SALVADOR VÁZQUEZ HUERTA.

derecho fundamental de toda persona a tener acceso a la justicia)<sup>928</sup>. Estos principios determinan el ejercicio de la administración de justicia dentro de una sociedad democrática y moderna; la autonomía y legitimidad de esta instancia como la responsable de la resolución de los conflictos sociales.

En esta lógica sobresalen algunas interrogantes de corte sociológico en torno al ejercicio del derecho como realidad autónoma encargada de la administración de justicia las cuáles acompañarán el desarrollo del presente texto: ¿cuáles son los fundamentos teóricos que sustentan las prácticas de la administración de justicia?, ¿cuál es la relación entre la administración de justicia y la política en algunos países latinoamericanos?, y por último, ¿qué tipo de teorías sociológicas pueden ayudar para entender las condiciones sociales de las decisiones judiciales? Este último interrogante pretende ofrecer diversos marcos interpretativos que faciliten futuras investigaciones empíricas de los fenómenos jurídicos.

## II. TEORÍAS DEL DERECHO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Las interpretaciones de la administración de justicia y de la naturaleza del derecho han oscilado entre el formalismo jurídico que lo presenta como un elemento coherente, estable, lógico y constante; y el antiformalismo, que lo observa como una construcción histórica elaborada por sus agentes; el derecho se presenta como una realidad dinámica y compleja.

Para NORBERTO BOBBIO, son cuatro los sentidos que se usan para hacer referencia al formalismo jurídico. El primero de ellos considera “lo justo” como aquel acto que es conforme a la ley, mientras que lo injusto es aquello que está en desacuerdo con la misma. El segundo, define al formalismo como una teoría y paradigma del derecho que particulariza su práctica en la distinción de “lo jurídico y “lo no jurídico” entre la moral, la política y la economía. El tercer sentido, hace referencia a la noción del derecho como una “ciencia formal” cuyo

928      ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y ROBERTO OSEGUERA QUIÑONES. “Administración de justicia”, en FERNANDO RAFAEL CASTAÑEDA SABIDO, LAURA BACA OLAMENDI y ALMA IMELDA IGLESIAS (coords.). *Léxico de la vida social*, México, D. F., UNAM, 2016, pp. 24 a 27.

objetivo es moldear la conducta a través de un sistema normativo. El cuarto, radica en la interpretación formal del derecho, donde la función de los jueces es hacer uso enunciativo y declarativo de las normas jurídicas<sup>929</sup>. Los dos últimos sentidos son los que han dominado y permeado la estructura del poder judicial y la actividad de los jueces en la administración de justicia en los países de Occidente en el siglo XIX y primera mitad del XX.

El formalismo jurídico tiene una dimensión científica que delimita lo jurídico y la construcción ideológica como justificación en la interpretación y aplicación de las normas<sup>930</sup>. La construcción de premisas generales y concluyentes han hecho de la solución jurídica de conflictos un acto sistemático de aplicación de normas. Por lo anterior, no resulta extraño que autores como HANS Kelsen<sup>931</sup> y posteriormente HERBERT LIONEL HART<sup>932</sup> hayan impulsado toda una tradición positivista del derecho, cuya visión dogmática de las normas es una primacía de los textos jurídicos universitarios que colaboran en la construcción de un discurso autónomo a partir de la ley.

En la década de 1950 empieza una crítica contra el formalismo encabezada principalmente por jueces italianos como CARLOS JEMOLO y PIERO CALAMENDREI, quienes cuestionan la distancia entre la teoría jurídica y su práctica. Las condiciones sociales que rompieron con la tradición formalista, fueron las luchas sociales protagonizadas por grupos vulnerables debido a la crisis de la administración de justicia. El cuestionamiento de los postulados del formalismo permitió una interpretación jurídica que rescata el ámbito social e histórico del derecho y de la práctica de sus agentes en la administración de justicia<sup>933</sup>. Como indica BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, esta coyuntura intelectual en la interpretación de la administración de justicia se debe a con-

929 NORBERTO BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Fontamara, 1997.

930 ANA KARINA TIMM HIDALGO. "Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas", *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11, 2014, pp. 195 a 226, disponible en [<https://repositorio.uvm.cl/items/aca93b6d-0c30-4d4e-ad37-e60d7b199d38>].

931 HANS Kelsen. *Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.

932 HERBERT HART. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

933 MANUEL CALVO GARCÍA y TERESA PICONTÓ NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017.

diciones teóricas y sociales como el desarrollo de una sociología de las organizaciones, interesada por el estudio del funcionamiento judicial y particularmente en los tribunales, inspirada en el pensamiento de MAX WEBER. Por otra parte, en el desarrollo de las decisiones de los jueces a través de la política y en una antropología y sociología del derecho enfocada en el análisis de modelos no formales de solución de conflictos<sup>934</sup>.

Además de eso, el antiformalismo no es un movimiento uniforme ya que tiene diferentes corrientes que nutren la crítica a los postulados del formalismo y a la dogmática jurídica. Entre estos movimientos se puede señalar el de la jurisprudencia, fundada por RUDOLF VON IHERING<sup>935</sup> y el rescate de los valores pragmáticos de las instituciones jurídicas, así como el movimiento de derecho libre, surgido en los países germánicos e impulsado por algunos legisladores que interpretaban la norma por medio de jurisprudencia de acuerdo con el caso. En este sentido, para autores como HERMANN KANTOROWICZ<sup>936</sup> y FRANÇOIS GÉNY<sup>937</sup>, la decisión jurídica no depende exclusivamente de la ley sino de variables sociales e históricas, lo cual significa que el juez aplica la norma y también es creador del derecho. Otros movimientos que nutrieron en menor medida el movimiento antiformalista fueron el del uso alternativo del derecho, el realismo y el sociologismo jurídicos.

Una visión de estas propuestas es la del modelo garantista, desarrollada por LUIGI FERRAJOLI, quien considera al derecho como construcción social que cuenta con una doble artificialidad: “Gracias a esta doble artificialidad –de su *ser* y su deber *ser*– la legalidad positiva o formal en el Estado constitucional de derecho ha cambiado de naturaleza: no solo es condicionante, sino que ella está a su vez condicionada por vínculos jurídicos, no solo formales sino también sustanciales”<sup>938</sup>. Este carácter sustancial de las normas como acción social, transforma

934 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “Introducción a la sociología de la administración de justicia”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, 1985, pp. 21 a 35, disponible en [[https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/IntrodSociolAdminJusticia\\_1985.pdf](https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/IntrodSociolAdminJusticia_1985.pdf)].

935 RUDOLF VON IHERING. *El fin del derecho*, Puebla, Cajica, 1962.

936 HERMANN KANTOROWICZ. *La definición del derecho*, México, Colofón, 1994.

937 FRANÇOIS GÉNY. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925.

938 LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 6.ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 19.

el análisis del derecho, el estudio de sus contenidos y modifica diversos planos del modelo formalista de la justicia. Como indica FERRAJOLI:

Esto conlleva una alteración en diversos planos del modelo positivista clásico: a) En los planos de la teoría del derecho, donde esta doble artificialidad supone una revisión de la teoría de la validez, basada en la disociación entre validez y vigencia y en una nueva validez entre forma y sustancia de las decisiones; b) En el plano de la teoría política, donde comporta una revisión de la concepción puramente procedimental de la democracia y el reconocimiento también de una dimensión sustancial; c) En el plano de la teoría de la interpretación y de la aplicación de la ley, al que incorpora una redefinición del papel del juez y una revisión de las formas y las condiciones de su sujeción a la ley; d) Por último, en el plano de la metateoría del derecho, y, por tanto, del papel de la ciencia jurídica, que resulta investida de una función no solamente descriptiva, sino crítica y proyectiva en relación con su sujeto<sup>939</sup>.

En el punto referido a la interpretación y aplicación de la ley, es importante señalar la responsabilidad en la creación del derecho que FERRAJOLI destaca en el papel que desempeñan los jueces. El juez como intérprete de las normas, construye al derecho en cada una de las acciones judiciales; estas deben de tomar el carácter formal de las normas, la validez en sus contenidos y la aplicación de los hechos concretos:

La sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuera su significado, sino sujeción a la ley en cuanto a válida, es decir, coherente con la Constitución [...] por tanto, nunca sujeción a la ley de tipo acrítico e incondicionado, sino sujeción ante todo a la Constitución, que impone al juez la crítica de las leyes inválidas a través de su re-interpretación en su sentido constitucional y la denuncia de su inconstitucionalidad<sup>940</sup>.

939      Ibid., p. 20.

940      Ibid., p. 26.



Se puede señalar que la transformación en la perspectiva del estudio del derecho en su naturaleza, en sus efectos y en la práctica de los jueces, es producto de las transformaciones sociales. La vigencia del modelo formalista en sus postulados de objetividad, deducción y coherencia lógica, encontraron obstáculos para resolver conflictos y para tratar de ordenar la complejidad social. Esto dio paso a la apertura de nuevos espacios de conocimiento del derecho y de la práctica jurídica. Como indica BOBBIO, ambas posturas son acepciones polarizadas de lo jurídico, sin embargo, existen puntos intermedios entre ambas perspectivas que puedan recuperar los elementos formales del derecho, como las dimensiones sociales de las prácticas jurídicas y de sus agentes<sup>941</sup>.

### III. LA RELACIÓN ENTRE LA POLÍTICA Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

La relación entre política y justicia se advierte desde el diseño institucional de los poderes judiciales en América Latina. Desde la selección de los candidatos a formar parte del poder judicial hasta su designación, dejan ver en la historia de la región la vinculación entre la justicia y la política. En este sentido, la relación entre la administración de justicia y la política se basa en la historia de lo jurídico que revela en sí misma un proyecto político<sup>942</sup>.

La constitución del derecho en las sociedades modernas es un proyecto civilizatorio que no está exento de las luchas en el ámbito del poder, un ejemplo de ello es el establecimiento legítimo y simbólico por parte de sus normas, instituciones, códigos, prácticas y decisiones de los agentes como las encargadas de la codificación de lo social<sup>943</sup>. El derecho como proyecto de codificación de la vida social, es una lucha por el establecimiento de un orden social, es decir, una lucha política por la construcción de lo social.

No puede plantearse una dicotomía entre derecho formal y derecho político, pues la política se encuentra siempre presente en toda

941 BOBBIO. *El problema del positivismo jurídico*, cit.

942 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III: *La administración de justicia*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001, p. 235.

943 MICHEL FOUCAULT. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992.

clase de derecho también en aquel que ateniéndose a los procedimientos dogmáticos pretende una deducción lógica para aplicar las normas a un caso concreto, aún el practicado en el siglo XIX dentro de los criterios teóricos del formalismo jurídico<sup>944</sup>.

Existe una relación entre política y justicia, para GERMAN SILVA GARCÍA, existen al menos siete interpretaciones sobre esta relación:

1. De usurpación de poderes políticos.
2. De contra poder.
3. Del uso alternativo del derecho para las transformaciones sociales.
4. De mantenimiento del *statu quo* o del orden establecido.
5. De instrumentalización para hacer justicia política.
6. De politización de la justicia.
7. De utilización de posiciones judiciales como plataforma para hacer carrera política<sup>945</sup>.

Estas lecturas entre la justicia y la política, en el caso concreto de los tribunales constitucionales de América Latina han generado diversos debates. Para PEREIRA MENAUT, toda actividad constitucional (ya sea su elaboración o aplicación), se encuentra en medio de lo político y lo jurídico; las constituciones son marcos normativos formales e intenciones políticas y de organización social, por lo cual: “No hay ninguna carta magna apolítica ni debe de haberla. No hay forma de emitir un juicio de constitucionalidad o inconstitucionalidad sin hacer, en alguna medida, un juicio político, pues la naturaleza de la Constitución es tan política como jurídica”<sup>946</sup>.

Los tribunales constitucionales desarrollados en la región latinoamericana son proyectos jurídicos y programas políticos de esta-

944 SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y de la justicia*, t. III: *La administración de justicia*, cit., p. 205.

945 Ibid.

946 ANTONIO CARLOS PEREIRA MENAUT. *Teoría constitucional y otros escritos*, Santiago, LexisNexis, 2006, p. 238.

blecimiento del Estado de derecho. Esta dimensión política de los tribunales es abordada por diferentes teorías del derecho que buscan conducir la actividad política de la justicia para beneficio de la sociedad. En esta lógica, se han desarrollado la autorrestricción judicial (deferencia judicial) y el activismo judicial. A continuación, se desarrollarán estas dos perspectivas y se destacarán sus principales aportaciones y sus deficiencias.

La autorrestricción judicial es una propuesta teórica iniciada en Norteamérica a finales del siglo XIX por el profesor de Harvard JAMES B. THAYER y desarrollada durante todo el siglo XX; busca moderar o racionalizar los alcances políticos de las facultades de control constitucional de los tribunales. La también llamada deferencia judicial, no niega la interpretación, y con ello la injerencia política de los jueces o ministros, sino que las asume como una cuestión que debe ser moderada o racionalizada.

Como indica RODRIGO POYANCO, esta propuesta parte del presupuesto jurídico de los poderes que constituyen el Estado moderno (ejecutivo, legislativo y judicial) y de la imparcialidad del razonamiento jurídico dentro de las decisiones judiciales como condición necesaria de la actividad de los tribunales<sup>947</sup>. Ambos presupuestos están enlazados en la concepción de autonomía del Poder Judicial. Esta se presenta en el ámbito del razonamiento jurídico y formalista de las decisiones de los jueces y ministros y en las funciones con respecto a la actividad judicial y de administración de justicia. Este último, de acuerdo con RICHARD POSNER, es el que determina la distancia de la deferencia judicial con otras propuestas teóricas sobre la relación entre política y la actividad judicial. Para la deferencia judicial, los tribunales constitucionales deben mantener distancia con respecto a los poderes ejecutivo y legislativo que tienen como fundamento la legitimidad democrática; los asuntos judiciales no deben de sustituir las actividades propias de lo político ya que su actividad no está sustentada en los principios democráticos y de voluntad popular<sup>948</sup>.

947 RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO. “Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial”, *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, 2013, pp. 67 a 101, disponible en [<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15737>].

948 RICHARD A. POSNER. “The rise and the fall of judicial self-restraint”, *California Law Review*, vol. 100, n.º 3, 2012, pp. 519 a 556, disponible en [[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&https-redir=1&article=2815&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&https-redir=1&article=2815&context=journal_articles)].

Los actores políticos y sus decisiones, desde esta perspectiva, contienen legitimidad en sí mismas, por lo cual las cuestiones de la política deben ser resueltas por instancias democráticas y no por órganos judiciales. Las decisiones de los tribunales están referidas a marcos que limiten la injerencia en las funciones de los otros poderes del Estado, esto no quiere decir que la actividad judicial esté sometida a las decisiones de la política, ni que la actividad de jueces y magistrados sea una mera aplicación de las normas, sino desde esta óptica la actividad judicial debe ser llevada a cabo con prudencia y moderación. En palabras de POYANCO:

El Tribunal deferente no es aquel que renuncia a pensar por sí mismo y que abdica de su rol controlador, en beneficio de las decisiones adoptadas por los poderes de origen democrático. Muy por el contrario, la deferencia propone demandar del Tribunal la vocación y la capacidad de analizar siempre, detenida y reflexivamente, los actos emanados de los poderes representativos<sup>949</sup>.

Esta visión fue popularizada durante gran parte del siglo xx en los tribunales norteamericanos, de España, Chile, Gran Bretaña y en menor medida en Alemania. Sin embargo, la deferencia judicial ha recibido críticas; la principal es que cede los asuntos políticos a las instituciones populares al identificar a la legitimidad democrática con la voluntad de las mayorías. Esto es cuestionable en las realidades concretas de las emergentes democracias latinoamericanas, donde los sistemas democráticos carecen de legitimidad y donde la actividad de los personajes políticos no recae en la voluntad popular sino en los intereses económicos.

La politización de la actividad judicial se observa de manera positiva como un activismo para el cambio social. En este sentido, el llamado activismo judicial es el proyecto jurídico que pretende posicionar al poder judicial como el encargado de controlar y revisar las acciones del Estado y principalmente las actuaciones de los poderes políticos<sup>950</sup>. Esta visión judicial se enmarca en los procesos democráticos

949 POYANCO BUGUEÑO. "Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial", cit., p. 89.

950 KARINA ANSOLABEHRE. "Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia", *Isonomía. Revista de Teoría y Filo-*

que buscan la judicialización de la política referida a la relevancia que los jueces han adquirido en la construcción del Estado de derecho y de las formas en que disponen del poder para participar en los asuntos públicos. Entre las nuevas funciones que desempeña el poder judicial están: supervisar las decisiones del parlamento y del poder ejecutivo, mediar en los conflictos en torno a los alcances y límites del poder político, y la fiscalización de las decisiones políticas.

El activismo judicial es un tipo de relación que se establece entre los jueces, los individuos y otros órganos del Estado a partir de la decisión por delimitar los alcances que tienen las normas jurídicas para analizarlas e interpretarlas. La visión del activismo judicial radica en las decisiones de los jueces, quienes controlan y vigilan a los otros órganos del Estado<sup>951</sup>. Es decir, la actividad política del poder judicial pretende evitar el uso desmedido del poder del Estado. Se puede observar la importancia de las decisiones judiciales en los asuntos políticos y sociales, al incrementar los conflictos políticos solucionados en tribunales, en la legitimidad del Estado que se construye a partir de los conceptos legales como *rule of law* o derechos fundamentales. Además de la utilización de mecanismos legales para articular demandas judiciales por parte de grupos que atienden a sus intereses económicos, políticos o sociales<sup>952</sup>.

En la región latinoamericana se han desarrollado cortes supremas que permiten el activismo judicial. Sin embargo, como señala KARINA ANSOLABEHRE, la práctica de los jueces y ministros no necesariamente tiene como consecuencia la transformación de lo social<sup>953</sup>. El activismo judicial puede generar que las cortes sean observadas como instancias de justicia social de las minorías políticas. Además, son garante de los derechos constitucionales y extensiones de políticas del

---

*sofía del Derecho*, n.º 22, 2005, pp. 39 a 63, disponible en [<https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/331>].

951 MARCO FEOLI VILLALOBOS. "Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina", *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27, n.º 1, 2016, pp. 75 a 98, disponible en [<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8373>].

952 MARCO FEOLI VILLALOBOS. "El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial", en *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, vol. 22, n.º 2, 2015, pp. 173 a 198, disponible en [<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1812>].

953 KARINA ANSOLABEHRE. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO, 2007.

Estado, al subordinar las decisiones judiciales a los intereses de los poderes políticos como sucede en los casos de Venezuela y Argentina<sup>954</sup>. Por otro lado, al seguir a DUNCAN KENNEDY, el activismo judicial se presenta como progresista al posicionar la decisión judicial como un poder autónomo y creativo destinado al desarrollo económico y político de la sociedad, y como un activismo conservador para la preservación del poder político<sup>955</sup>.

#### IV. EL PODER JUDICIAL EN AMÉRICA LATINA

La historia de los sistemas jurídicos en Occidente, como señala HAROLD BERMAN, inició mediante la separación entre el Estado y la Iglesia y la demarcación del derecho como una entidad autónoma de la sociedad, la cual se diferencia entre las instituciones, agentes y objetos propios del derecho, con otras instituciones de ordenamiento social como era la Iglesia y el gobierno. Con el desarrollo de las sociedades modernas, las formas religiosas de organización social fueron paulatinamente sustituidas por formas organización laicas. En el caso del derecho, la tradición poco a poco perdió su lugar como eje organizador de lo social y como modelo legítimo para la solución de los conflictos; en su lugar, el derecho se posicionó como el espacio fundamental para legitimar la acción de los gobernantes y orientar el accionar de los individuos<sup>956</sup>.

De este modo, la ley se separó de la tradición y se impuso como sistema normativo que funciona de manera autónoma. Con la llegada de la modernidad, las sociedades alcanzaron el ideal de obedecer la ley y no al hombre. Esta es la función simbólica más importante del derecho y la que, en teoría, le otorga legitimidad<sup>957</sup>.

En esta lógica, para MAX WEBER el derecho experimentó un proceso de racionalización mediante la constitución de un cuerpo administrativo propio de los fenómenos jurídicos, es decir, de una burocracia

954 RODOLFO VÁZQUEZ. *Cortes, jueces y política*, México, D. F., Fontamara, 2007.

955 DUNCAN KENNEDY. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.

956 HAROLD JOSEPH BERMAN. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.

957 CUÉLLAR VÁZQUEZ y OSEGUERA QUIÑONES. "Administración de justicia", cit., p. 24.

tización de la administración de justicia. De igual manera, menciona que este proceso desarrolló una codificación de lo social, lo cual marcó la transición al derecho moderno y con ello la aparición de sus cualidades formales<sup>958</sup>.

La tradición jurídica occidental, que influyó también en los modelos asiáticos y africanos, se puede dividir en dos sistemas jurídicos: el *common law* o derecho común y el *civil law* o derecho civil<sup>959</sup>. El primero refiere a los países anglosajones provenientes de la tradición del derecho común, no legislado, basado en precedentes judiciales; y el segundo, proviene de la tradición romano-germánica del derecho positivo, legislado, que da cuenta del sistema jurídico de la mayoría de los países europeos, así como de países con alta influencia de los mismos, por ejemplo, los de América Latina.

La distinción entre estos dos modelos se da de forma conceptual y en la práctica jurídica. El modelo del *civil law* está fundamentado en la ley escrita y los códigos normativos, mientras que el *common law* enfatiza el dominio en las decisiones de los jueces<sup>960</sup>. En este sentido, en el primer modelo el juez no es más que un técnico, ya que las leyes o códigos están claras, completas y precisas, mientras que en el *common law* el juez tiene un papel preponderante, ya que mediante la jurisprudencia es proclive a ser creador del derecho<sup>961</sup>. Sin embargo, ambas tradiciones pueden devenir en dos extremos: el *civil law* privilegia las normas y los códigos que posicionan al juez como un mero aplicador de la norma. El *common law* brinda un amplio campo de acción para la creación del derecho, da al juez la capacidad de decisión en asuntos políticos, ello puede traer como consecuencia la politización de la justicia. En este sentido, el derecho es utilizado con la intención de dar contenido y legitimidad a los discursos y acciones de los actores políticos.

En el *common law* el poder legislativo está por encima de los otros poderes, las decisiones políticas y jurídicas están sujetas a las decisio-

958 MAX WEBER. *Economía y sociedad*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 882.

959 El concepto de *derecho civil* sirve para indicar la traducción literal de *civil law*, no hace referencia la rama civil del derecho.

960 ALESSANDRO SOMMA. *Introducción al derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20259>].

961 LLUIS PEÑUELAS I REIXACH. *La docencia y el aprendizaje del derecho en España: una perspectiva de derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 6.

nes del parlamento. Es por lo que las reglas de organización y el derecho público están determinadas por el poder legislativo y el derecho privado y penal son ámbitos producidos por los tribunales. En cambio, en el *civil law* los poderes están colocados en el mismo plano y se limitan unos a otros. El derecho público y privado está contenido en los códigos y procede de la actuación de los tribunales y de los jueces.

En América Latina la base jurídica se centra en el modelo del *civil law*, que se da por la influencia de España y Portugal al incorporar este modelo de administración de justicia en las regiones colonizadas. El derecho de Indias como primer modelo de justicia en la etapa colonial, fue una extensión del poder monárquico; después de la independencia de estas naciones, se inicia la elaboración de constituciones que buscaban un ordenamiento político, económico y social, y la construcción de códigos civiles y administrativos de origen francés. Estos últimos sirvieron para la legitimidad del nuevo marco político, fundados sobre el principio de igualdad de las personas, que ahora pasaban a ser ciudadanos<sup>962</sup>. La cultura jurídica latinoamericana deviene del modelo de justicia del *civil law*, sin embargo, se han incorporado elementos que han transformado las funciones de los actores encargados de la impartición de justicia.

Según GRACIELA SORIANO, los poderes político y religioso que perduraron desde el siglo XVII hasta comienzos XX, se caracterizaron por un personalismo político donde los caudillos, dictadores y actores políticos resolvían los conflictos basados en la voluntad propia. En este sentido, los jueces tuvieron un papel muy limitado y condicionado a los mandatos de los regímenes políticos<sup>963</sup>. A consecuencia de ello, a finales del siglo pasado surgieron formas de gobierno fundadas en la elección popular y se inició una etapa de democratización en la región. En el marco de la democratización, como señala PÉREZ PERDOMO, los jueces son agentes políticos al transformar sus funciones y orientarse hacia una función más activa en cuanto a las decisiones políticas. En la década de 1980 se inicia un cambio de legislación y una transformación en la mentalidad de los juristas, abogados y jueces.

962 ROGELIO PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Bogotá, Externado, 2004.

963 GRACIELA SORIANO. "Aproximaciones al personalismo político hispanoamericano del siglo XIX", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, pp. 203 a 218, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35382rceco7201.pdf>].



El proceso político ha llevado a la reconsideración del papel de los jueces. En algunos casos, estos han tenido inclusive un papel protagónico, desencadenando los cambios políticos u orientándolos de alguna manera. En todo caso, sería difícil sostener que los jueces son figuras de poca importancia en el sistema político y jurídico. En gran medida, la creación de una corte constitucional o el uso efectivo de la jurisdicción constitucional, ha dado una importancia muy considerable a los jueces<sup>964</sup>.

Estas reformas judiciales han buscado, en principio, la independencia judicial, es decir, la independencia de los jueces del poder ejecutivo y de las presiones políticas. Al dotarlos de potestades jurídicas para resolver conflictos de gran relevancia política, estas transformaciones del poder judicial han dado pie a una judicialización de la política en los países latinoamericanos que han incidido en casos de corrupción de altos mandos en Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Venezuela<sup>965</sup>. También el Poder Judicial ha sido utilizado para facilitar procesos de pacificación. Lo que se busca es que el derecho, además de ser un instrumento de desarrollo, sea una institución eficiente que garantice la seguridad jurídica y los derechos humanos. Para ello, los jueces deben de transitar de aplicadores e intérpretes de códigos y leyes a agentes encargados de resolver conflictos de importancia política, brindar certeza en la seguridad pública y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es así como los gobiernos latinoamericanos, con impulso de organismos como el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (por sus siglas en inglés, USAID), comenzaron a apoyar cambios para modernizar los sistemas de administración de justicia y lograr un desarrollo democrático, político y social. Estos han tenido en su agenda diversas acciones para colaborar con las reformas de los países en la región, entre las que destacan préstamos para financiar proyectos de reformas judiciales, lograr crecimiento y estabilidad económica, rea-

964 ROGELIO PÉREZ PERDOMO y LAWRENCE FRIEDMAN. "Introducción. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización", en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., UNAM, 2003, p. 5.

965 PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, cit.

lizar conferencias para discutir soluciones que permitan mejorar el funcionamiento de la administración de justicia, combatir el narcotráfico, reducir la violencia, apoyar la vigilancia comunitaria. Dichas acciones tienen el objetivo de implementar un sistema de justicia que sea de fácil acceso sin importar los niveles de ingresos de la población y que tenga tiempos razonables de disposición<sup>966</sup>.

Con el impulso de estos organismos, el sistema de administración y de impartición de justicia experimentó un cambio en su contenido y forma al pasar, de un sistema inquisitivo basado en el expediente escrito, a un modelo acusatorio oral basado en los principios de oralidad, contradicción, publicidad, intermediación y continuidad. Una de las motivaciones de la transición del sistema de justicia, fue la consolidación de un Estado de derecho, el cual debe ser más eficiente y respetar los derechos universales. El Estado de derecho es el eje regulador de las acciones de los diferentes poderes de gobierno con el uso de las leyes para posibilitar la seguridad y certeza jurídica. Para RODOLFO VÁZQUEZ, este tiene cuatro ejes: protección de las garantías individuales, responsabilidad de los funcionarios, primacía de la ley y control judicial de constitucionalidad y respeto<sup>967</sup>. De igual manera, para ELÍAS DÍAZ estos principios básicos del Estado de derecho deben contener un carácter social que haga partícipes a los ciudadanos del desarrollo social de la nación<sup>968</sup>.

En el nuevo sistema de justicia latinoamericano, el juez está presente durante el proceso judicial, de igual manera, asume el liderazgo público del sistema y pasa de aplicar las normas como dicta la ley a poder interpretarlas con base a los argumentos orales que se presentan durante la audiencia.

Las reformas establecen nuevas normas y roles que buscan acabar con las prácticas existentes en la administración de justicia que se basan en la tradición de que el juez no debe intervenir en la creación del derecho. Las reformas recientes han buscado modificar las prácticas de los operadores jurídicos y también, pensamos, han emprendido

966 VANINA INÉS SIMONE. *Desarrollo, neoliberalismo y reformas judiciales en Latinoamérica. Un estudio sobre Argentina y Perú*, Bueno Aires, CLACSO, 2005, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20200203030512/simone.pdf>].

967 VÁZQUEZ. *Cortes, jueces y política*, cit.

968 ELÍAS DÍAZ. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981, p. 84.

una tarea política de gran importancia en la región: legitimar a los poderes judiciales y a sus operadores, que en la mayoría de nuestros países aparecen apartados de la sociedad y sus necesidades<sup>969</sup>.

En resumen, los jueces en el sistema acusatorio adversarial son una figura relevante, ya que se encargan de la administración de justicia al dictar las normas e interpretarlas, de vigilar que se cumpla el debido proceso y garantizar el Estado de derecho.

Algunos países de América Latina que se encuentran en la transición del sistema inquisitivo al sistema acusatorio adversarial, han logrado identificar que a partir de los principios de oralidad, inmediatez, continuidad y publicidad, se ha conseguido el fortalecimiento de la independencia judicial. Como menciona CARLOS FELIPE RÚA, “las transformaciones institucionales que sirven para la construcción del posconflicto, en principio corresponden a transformaciones jurídicas”<sup>970</sup>, es decir, que los cambios de sistema que responden a la construcción de nuevos paradigmas, y que estos, en un inicio, se enfocan en transformaciones jurídicas y después en reconocer las transformaciones dentro del *campo*.

Así mismo, la participación de organizaciones de la sociedad civil y de la sociedad en general ha aumentado a través de la creación de mecanismos de transparencia y vigilancia hacia los procesos judiciales, lo que fortalece el sistema de justicia. Para GERMÁN BURGOS SILVA, la transición a la democracia en los países latinoamericanos y sus reformas son recientes, por lo que no es posible percibir con precisión la eficiencia del sistema y de la independencia del poder judicial, ya que existe un contexto de impunidad, corrupción y el control de este poder para que no se vean amenazados los intereses de la clase política<sup>971</sup>.

---

969 ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ e IVÁN GARCÍA GÁRATE. “Introducción”, en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ e IVÁN GARCÍA GÁRATE (eds.). *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, México, D. F., UNAM, 2014, p. 12.

970 CARLOS FELIPE RÚA DELGADO. “Los momentos de la justicia transicional en Colombia”, *Revista de Derecho*, n.º 43, 2015, disponible en [[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So121-86972015000100004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So121-86972015000100004)], p. 75.

971 GERMÁN BURGOS SILVA. *Estado de derecho y globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2009, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/80957>].

## V. LA ELABORACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

En las sociedades modernas se establecen vínculos entre las instituciones, los diferentes marcos de sentido se entrelazan y generan relaciones complejas que impactan a nivel institucional y al sujeto en su vida cotidiana; la realidad latinoamericana es ejemplo de ello. En este sentido, CATALINA SMULOVITZ menciona que el acceso a la justicia no solo tiene que ver con quiénes pueden acceder a ella, sino qué actores están legitimados para ello, en sus palabras: “La cuestión del acceso no se restringe a la facilidad para acceder a los tribunales o a la disponibilidad de defensores públicos, también implica preguntarse quiénes son los actores legitimados para reclamar y sobre qué tipo de cuestiones se lo puede hacer”<sup>972</sup>.

Existe un vínculo entre la justicia y el derecho que recae en los sujetos que ejercen y aplican la norma. Es en el ejercicio de la administración de justicia, específicamente en las prácticas de los jueces, que se visibiliza la relación de la política y la justicia. En este contexto, analizar cómo se elaboran las decisiones judiciales requiere del desarrollo de algunos de los conceptos de la teoría sociológica. Es importante partir de la idea central de la sociología jurídica, que es observar al derecho como una acción social. El derecho es, ante todo, una acción social que debe ser comprendida desde su dimensión simbólica y desde la práctica de sus agentes<sup>973</sup>. Las interrogantes que la sociología se hace sobre el derecho son: ¿de qué naturaleza es esa acción social y cómo se construye?, y ¿qué relación establece con otras acciones sociales como es la política, la moral, la cultura, etc.?

En este capítulo se parte de la premisa de que la acción social es producida y significada por los agentes sociales, los cuales están condicionados, pero no determinados, por espacios o estructuras sociales que posibilitan su comprensión del mundo social. Es decir, se plantea la posibilidad de entender las decisiones judiciales y las prácticas del poder judicial mediante la experiencia concreta de sus agentes, al analizar cómo construyen el sentido de sus acciones y su pertenencia

972 CATALINA SMULOVITZ. “Acceso a la justicia y defensa pública en contextos federales: ¿quién accede y por qué en las provincias argentinas?”, *Revista SAAP: Sociedad Argentina de Análisis Político*, vol. 13, n.º 2, 2019, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7169675>], p. 232.

973 VINCENZO FERRARI. *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma, Laterza, 2010.

al *campo* jurídico. El análisis de la *conciencia*, con lo cual se pretende señalar su importancia en las decisiones y acciones tomadas por los jueces. El proceso reflexivo y el desarrollo de la *conciencia* práctica que permite analizar la posibilidad de la presencia de dos marcos de sentido en las acciones reflexivas de los jueces. El derecho como *campo* jurídico, donde los jueces a partir de su *habitus* entendido como sistema de *disposiciones*, se relacionan con otros campos de lo social, como el campo político a la hora de construir sus decisiones.

El sujeto como ser social está siempre presente con sus semejantes, no solo de manera física sino también a través de su conciencia, de tal manera que el sujeto se desarrolla e interpreta el mundo físico que está significado a través de intersubjetividades: “Así, desde el comienzo mi mundo cotidiano no es mi mundo privado, sino más bien un mundo intersubjetivo”<sup>974</sup>, por lo tanto, el pretender que exista una sola interpretación de algo (en este caso una norma jurídica), es imposible dado que el significado aparte de estar dado intersubjetivamente es reflexionado por el sujeto que hace uso de sus vivencias significativas, que a través de la reflexión adquieren importancia para el sujeto y le permite crear una conciencia hacia alguna meta u objeto.

SCHÜTZ denomina a este aspecto: *acervo de conocimiento a la mano*, ya que es un cúmulo de experiencias significativas que no solo son propias, sino también aquellas que han sido transmitidas por los que nos rodean (construcción intersubjetiva), y por ello, toda interpretación de los sujetos basada en el *acervo de conocimiento a la mano* es una interpretación subjetiva e intersubjetiva que varía en el tiempo y mediante la interacción en el mundo de la vida cotidiana. Por ejemplo, un juez cuya experiencia se centra en la concepción de una familia tradicional, buscará en sus actos jurídicos preservar dicha concepción. Por el contrario, aquel juez cuya experiencia esté ligada a la violencia doméstica, impondrá medidas acordes a esa experiencia. Las experiencias significativas del *acervo de conocimiento a la mano* de ambos jueces se ubican según el tiempo y la situación. Sin embargo, la experiencia adquirida por los jueces se puede transformar a partir de otra vivencia que genere un cambio de significado al momento de reflexionar.

Lo anterior explica la posibilidad de transformar la interpretación del mundo de la vida con relación al tiempo, “en cualquier momento

de su vida diaria, el hombre se encuentra en una situación biográficamente determinada”<sup>975</sup>. El que las interpretaciones del sujeto estén condicionadas a sus vivencias significativas y estas a su vez a su situación biográfica, permite al sujeto proyectar sus futuras acciones a través de lo que el autor denomina como *propósito a mano*, que permite identificar e interpretar las acciones que realiza el sujeto, el cual puede ser un abogado cuyo historial familiar de desempleo se encargue del litigio laboral en pro de los trabajadores o aquellos litigantes a quienes les interesa únicamente el dinero, aquella juez madre soltera cuya línea es defender a las mujeres que sufren violencia en el matrimonio o el juez con contactos, al que basta ofrecerle un buen soborno para solucionar la situación jurídica.

En la administración de justicia los jueces no interpretan la norma desde la norma, sino que la interpretan desde su situación biográfica determinada. El litigante hace lo mismo, al igual que el demandado y el demandante, cada uno de ellos tiene su noción de lo que debería ser la correcta aplicación del derecho. Esta multiplicidad de interpretaciones trae como resultado una heterogeneidad en las sentencias emitidas, en casos cuyas características son similares como el porcentaje de pensión alimenticia, los años de cárcel en delitos cometidos con las mismas agravantes, el daño a reparar en el incumplimiento de un contrato, la indemnización por la expropiación de un predio, entre otros.

Los agentes encargados de aplicar y vigilar el cumplimiento del derecho interpretan de manera distinta las normas, ya que son influenciados por la situación biográfica e intereses de los jueces. Son sus vivencias lo que marcan las acciones futuras en su marco de referencia y no en estricto apego al derecho; dichas vivencias provienen y modifican el mundo de la vida del juez y de los demás sujetos. Para SCHÜTZ, esto puede entenderse como *contexto de significado*, es decir, las vivencias se pueden interpretar u ordenar. Estos contextos funcionan como unidades de referencia para dotar de sentido la experiencia en el mundo de los agentes y permiten realizar una comprensión motivacional al añadir las dimensiones pasadas y futuras de los agentes:

El conocimiento del pasado [...] es necesario para que yo pueda encontrar un contexto significativo inteligible en el

cuál ubicar sus acciones. El conocimiento del futuro [...] es esencial para determinar si sus acciones en el sentido subjetivo que estas tienen para ellos resultan adecuadas al contexto significativo que ya he reconocido<sup>976</sup>.

El *acervo de conocimiento a la mano* y el *contexto de significado*, ayudan a los agentes a comprender su existencia en el mundo social. En el caso de los agentes de justicia, estos dos elementos pueden unificarse en la noción de *experiencia judicial* que desarrollé en un texto<sup>977</sup>, y que posteriormente utilicé en el libro *Los jueces de la tradición. Un estudio de caso*<sup>978</sup>. Esta es una categoría que busca, desde una perspectiva sociológica, el análisis de las sentencias como acciones sociales concretas en donde los jueces, al tomar decisiones, hacen uso de dos tipos de conocimiento: el *acervo de conocimiento a la mano* que han desarrollado en su trayectoria de vida, y el *contexto de significado* que han adquirido en su aprendizaje como abogados y durante su experiencia profesional.

La categoría sociológica de la *experiencia judicial* permite observar en las decisiones judiciales, los elementos formales y jurídicos de los cuales hacen uso los jueces, ministros y magistrados, y comprender cómo estas decisiones están atravesadas por conocimientos obtenidos a lo largo de su trayectoria y su vida personal, es decir, por valores morales, dimensiones ideológicas e intereses políticos.

Para ANTHONY GIDDENS, los sujetos son plenamente conscientes de su hacer, en este caso, el juez es consciente de su accionar al ser capaz de reflexionar sus acciones y contexto. Para él, la administración de justicia es parte de su vida cotidiana y se encuentra vinculado con diversos marcos de sentido, de tal manera que en su ejercicio reflexivo en la administración de justicia apela a la norma jurídica y a sus ideas políticas. Su carga moral lo inclinan a una interpretación de la norma que tiende

976 ALFRED SCHÜTZ. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires, Paidós, 1976, p. 107.

977 ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. "La experiencia judicial: una categoría a discusión", en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y ARTURO CHÁVEZ LÓPEZ (coords.). *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2003, pp. 205 a 223.

978 ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. *Los jueces de la tradición: un estudio de caso*, México, D. F., UNAM y EDIMPRO, 2008, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12511>].

a una noción de lo justo, dicha noción puede no parecer válida a los litigantes, sin embargo, no se cuestiona su validez, sino cómo se llegó a ella.

Como se señaló en el apartado anterior, uno de los elementos que nutre el sentido de una decisión judicial está en el *acervo de conocimiento a la mano* que se produce mediante las experiencias vividas (personales y profesionales) de jueces, ministros y magistrados, y que se pueden entender como su *experiencia judicial*. Sin embargo, estas decisiones son algo más que decisiones ordinarias basadas en las experiencias vividas, debido a que están apegadas a ciertos principios y códigos particulares propios del sistema jurídico y de la ciencia del derecho, lo que hace de estas acciones un proceso reflexivo, una actividad condicionada por reglas y códigos de significación dados por la estructura del derecho, que a su vez, es producto de la actividad de estos agentes.

Esta dualidad de lo social, es la base de la teoría de la estructuración de GIDDENS. Para él, la unión entre estructura y acción se comprende mediante la observación de la acción social como praxis, es decir, la comprensión de las prácticas como el producto o resultado de efectos estructurales que se actualizan mediante la actividad de los agentes<sup>979</sup>. Las actividades de los agentes jurídicos están condicionadas por la estructura específica del poder judicial. Esta estructura se entiende como “elementos normativos y códigos de significación: dos aspectos de reglas [...] Y dos clases de recursos: recursos de autoridad, nacidos de la coordinación de la actividad de los agentes humanos y recursos de asignación”<sup>980</sup>.

Las normas son propiedades estructurales que el derecho brinda a los agentes jurídicos para dotar de sentido su actividad, estos recursos constituyen diferentes niveles de conciencia en los agentes, se produce una conciencia discursiva que habilita la comprensión de nuestras actividades al ayudar a describir y discutir las razones que sustentan dichas actividades, y se construye una conciencia práctica que brinda habilidades y conocimientos para emprender una actividad de manera satisfactoria en situaciones específicas<sup>981</sup>. Estos son producto de los niveles estructurales, los cuales se actualizan con la misma actividad que realizan los agentes. En el caso de los agentes judiciales, se puede

979 ANTHONY GIDDENS. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu, 1995.

980 *Ibid.*, p. 32.

981 LIDIA GILORA (coord.). *Una introducción al pensamiento de Anthony Giddens*, México, D. F., Universidad Autónoma Metropolitana, 1999.



observar cómo los recursos estructurales del sistema de justicia son códigos, leyes y normas que sirven como recursos prácticos para realizar la actividad judicial, y discursivos al dotar de razones objetivas y formales sus actividades.

Estos recursos estructurales pueden ser entendidos, como indican CARLOS LISTA y ANA MARÍA BRÍGIDO, como *conciencia jurídica*. Para esos autores, la *conciencia jurídica* es el resultado de un trabajo pedagógico de la actividad judicial que establece qué es lo pensable y lo impensable para el oficio jurídico, qué es posible pensar y hacer para la profesión jurídica<sup>982</sup>. La *conciencia jurídica* es un mecanismo de control epistemológico de lo jurídico que establece qué y cómo se deben pensar los asuntos judiciales. Esta conciencia es transmitida mediante el proceso de instrucción, los mensajes educativos y la socialización de la carrera de abogacía.

Autores como GERMÁN SILVA GARCÍA<sup>983</sup>, MIGUEL CARBONELL<sup>984</sup>, ROGELIO PÉREZ PERDOMO<sup>985</sup>, HÉCTOR FIX-FIERRO<sup>986</sup>, MARÍA INÉS BERGOGLIO<sup>987</sup> y ANA MARÍA BRÍGIDO y CARLOS A. LISTA<sup>988</sup>, señalan que para comprender la forma en que toman las decisiones judiciales, es importante indagar en el proceso de la enseñanza como un factor estructurante que condiciona las actividades de sus agentes, la forma en que aprenden, las perspectivas que les son transmitidas y las ideologías que subyacen en las instituciones donde son formados. La noción de *conciencia jurídica* permite destacar los elementos estructurales de

982 ANA MARÍA BRÍGIDO y CARLOS LISTA. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002.

983 GERMÁN SILVA GARCÍA. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.

984 MIGUEL CARBONELL. *La enseñanza del derecho*, México, D. F., Porrúa, 2006.

985 PÉREZ PERDOMO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, cit.

986 HÉCTOR FIX-FIERRO. *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, D. F., UNAM, 2006.

987 MARÍA INÉS BERGOGLIO. "Cambios en la profesión jurídica en América Latina", *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 5, n.º 10, 2007, pp. 9 a 34, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/10/cambios-en-la-profesion-juridica-en-america-latina.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/cambios-en-la-profesion-juridica-en-america-latina.pdf)].

988 BRÍGIDO y LISTA. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, cit.

las actividades que realizan los agentes judiciales, al observar cómo esta conciencia es el producto de la relación práctica que los agentes realizan cotidianamente con la estructura del sistema de justicia.

El ejercicio del juez se encuentra bajo un cierto grado de reflexividad y confianza, la cual es generada a través de un proceso de cotidianidad al incorporar a su quehacer jurídico diversos marcos de sentido en todas sus prácticas. Esto le permite reducir la incertidumbre, al enfrentar una nueva decisión judicial y válida al mismo tiempo sus acciones.

Al situar la sentencia en un tiempo institucional, se observa el marco de sentido jurídico el cual el juez utiliza para justificar su acción, no obstante, los demás niveles de temporalidad permiten observar los diferentes marcos de sentido que componen las acciones del juez en su vida cotidiana. Lo anterior forma parte de un tiempo institucional en donde se hace valer la noción de lo justo, de acuerdo con la reflexividad de los marcos de sentido a los que recurre. El uso de los niveles de temporalidad y el análisis de la reflexividad de la acción del juez, es lo que permite comprender cómo se da el vínculo entre los diferentes marcos de sentido en las acciones de este y comprender cómo se forma la relación entre lo justo o injusto con la política, la economía, etc. Es posible objetar que se puede llegar al mismo resultado al usar etnografías o historias de vida, sin embargo, el aporte de GIDDENS se centra en el manejo de los niveles de temporalidad, en especial del tiempo institucional, y cómo estos aportan valiosas herramientas para el análisis y comprensión de una parte de la vida social.

El espacio de lo jurídico, sus agentes, prácticas, visiones y normas, como toda institución social, es el producto de una historia específica de sedimentación y de diferenciación. Para el sociólogo PIERRE BOURDIEU, el mundo social está organizado mediante la diferenciación, es decir, por el establecimiento espacial y práctico de las diferentes actividades humanas como la política, la economía, la ciencia y el derecho. La diferenciación de lo social responde a un proceso histórico de distinción en las prácticas y una división social del trabajo. Los espacios donde se desarrollan las actividades humanas están diferenciados de acuerdo con tipos particulares de legitimidad o poder. El vínculo entre la teoría de la racionalidad de WEBER y la descripción de la división social del trabajo de EMIL DURKHEIM, le permitió a PIERRE BOURDIEU entender al mundo social como un conjunto organizado por campos. El *campo* se puede definir como “un conjunto de relaciones objetivas e históricas entre posiciones ancladas a ciertas for-

mas específicas de poder o capital”<sup>989</sup>, es decir, un espacio donde se moldean estructuras objetivas de posiciones entre agentes, relaciones de poder y estrategias prácticas. El *campo* es un espacio de disputas, competencias y conflicto. De esta manera, los agentes que pertenecen a un *campo* específico estructuran sus acciones y visiones a la lógica específica del *campo* y a su dominio práctico.

La adhesión práctica de los agentes a un *campo* específico constituye un proceso de incorporación (de hacer cuerpo la lógica del *campo*), esto es en la constitución de un *habitus*, entendido como “sistema de disposiciones duraderas y transferibles, estructuras estructuradas predisuestas a funcionar como estructuras estructurantes, es decir, como principios generadores y organizadores de prácticas y representaciones”<sup>990</sup>. El sentido práctico está constituido por una serie de *disposiciones* que son fundamento y realización. Para GILBERTO GIMÉNEZ, las *disposiciones* de los *habitus* condensan los requerimientos prácticos de los *campos*, son el estilo personal que los agentes realizan para ser parte (ingresar al juego) de un *campo*. Las *disposiciones* son propiedades individuales, que articulan la estructura objetiva de un *campo* con la trayectoria individual de los agentes<sup>991</sup>. Con lo anterior, el derecho puede entenderse como un *campo* social en el que se produce y negocia el discurso y los asuntos jurídicos. Por su parte, los agentes que pertenecen al *campo* jurídico son portadores y productores de la visión jurídica<sup>992</sup>.

Las normas y principios de acción que se ponen en juego y la constitución del *habitus* de cada agente, son las razones prácticas del *campo* jurídico entendido como sistema de disposiciones. De esta manera, se pueden identificar las prácticas y relaciones antagónicas y de afinidad con otros agentes pertenecientes a distintos *campos* sociales. Por ejemplo, las relaciones que el poder judicial establece en el campo político como muestra LAURA LOUZA<sup>993</sup> en el caso venezolano; el do-

989 PIERRE BOURDIEU y LOÏC WACQUANT. *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005, p. 41.

990 PIERRE BOURDIEU. *El sentido práctico*, México, D. F., Siglo XXI, 2009, p. 89.

991 GILBERTO GIMÉNEZ. *La sociología de Pierre Bourdieu*, México, D. F., IIS/UNAM, 1997.

992 ANDRÉS GARCÍA INDA. “Introducción. La razón del derecho: entre *habitus* y *campo*”, en PIERRE BOURDIEU. *Poder, derecho y clases sociales*, 2.ª ed., Bilbao, Desclee de Brouwer, 2000, pp. 9 a 60.

993 LAURA LOUZA SCOGNAMIGLIO. “La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, Estado de derecho y el respeto a los derechos hu-

minio simbólico por parte del gobierno “chavista” que ha sometido al poder judicial y las decisiones que toma. En este caso, se destaca una relación de afinidad en las disposiciones de los agentes judiciales y los intereses políticos del gobierno. En algunos casos resueltos mediante el poder judicial en México, se ha destacado que las decisiones sobre asuntos de relevancia nacional, como violaciones de derechos humanos por parte de agentes del Estado, han estado influenciadas por intereses políticos; se ha sustituido la justicia por los intereses políticos<sup>994</sup>.

Bajo esta lógica, la propuesta teórica permite comprender las consideraciones sociológicas de las interpretaciones jurídicas y los intereses extrajurídicos, es decir, políticos y sociales de las decisiones judiciales. La propuesta de BOURDIEU busca:

Romper con la ideología de la independencia del derecho y del cuerpo judicial, sin caer en la visión opuesta; es necesario tener en cuenta lo que las dos visiones antagónicas, internalista y externalista, ignoran en común: esto es, la existencia de un universo social relativamente independiente en relación a las demandas externas en cuyo interior se produce y se ejerce la autoridad jurídica, forma por excelencia de la violencia simbólica legítima cuyo monopolio pertenece al Estado y que puede servirse del ejercicio de la fuerza física. Las prácticas y los discursos jurídicos son, en efecto, el producto del funcionamiento de un campo cuya lógica específica está doblemente determinada: por una parte por las relaciones de fuerzas específicas que le confieren su estructura y que orientan las luchas de competencia o, más precisamente, los productos de competencia que tienen lugar en el derecho y, por otra parte, por la lógica interna de las obras jurídicas que delimitan en cada momento el espacio de lo posible, y por consiguiente, el universo de soluciones propiamente jurídicas<sup>995</sup>.

---

manos y democracia. Venezuela como caso de estudio”, *Acta Sociológica*, n.º 72, 2017, pp. 95 a 127, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58973>].

994 ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ. *La SCJN: sus ministros, la política y el agrario social*, México, D. F., UNAM, 2014.

995 PIERRE BOURDIEU. *Poder, derecho y clases sociales*, 2.ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, pp. 167 y 168.

Las decisiones judiciales que se realizan en las cortes y tribunales por parte de jueces y ministros, deben ser comprendidas en esta doble determinación: por una parte, el *campo* jurídico, y por otra, con la constitución de un *habitus* jurídico específico que condensa la lógica interna del campo y las trayectorias personales de los agentes de justicia.

## VI. REFLEXIONES FINALES

En el derecho, los principios que sustentaron toda una tradición histórica de interpretación y de acción en el ámbito de lo jurídico, entraron en crisis y fueron replanteados para dar paso a nuevas prácticas. La insuficiencia del formalismo jurídico de dar cuenta de las nuevas necesidades interpretativas de los asuntos judiciales, dio paso al establecimiento de nuevos modelos de significación jurídica que tomen en consideración el contexto social y cultural en los que se insertan las decisiones de jueces, ministros y magistrados.

El protagonismo que han tomado los sistemas de administración de justicia y principalmente los jueces y magistrados en la constitución de las sociedades democráticas modernas, han requerido nuevas explicaciones. Las ciencias sociales, en particular la sociología, se han enriquecido de los fenómenos jurídicos para construir herramientas analíticas y conceptuales que brinden una comprensión enriquecedora de la complejidad de lo social.

Las teorías sociológicas contemporáneas requieren tratar el tema del derecho y de la justicia para poder describir y explicar los hechos jurídicos. El espacio de comprensión del derecho y de los fenómenos jurídicos se ha ampliado gracias a la complejidad que las sociedades modernas han generado, así como el diálogo interdisciplinario útil para crear nuevas herramientas para analizar la relación entre el derecho y la sociedad.

## REFERENCIAS

- ANSOLABEHERE, KARINA. “Jueces, política y derecho: particularidades y alcances de la politización de la justicia”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, n.º 22, 2005, pp. 39 a 63, disponible en [<https://isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/331>].
- ANSOLABEHERE, KARINA. *La política desde la justicia: cortes supremas, gobierno y democracia en Argentina y México*, México, FLACSO, 2007.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. “Cambios en la profesión jurídica en América Latina”, *Academia. Revista sobre Enseñanza del Derecho*, año 5, n.º 10, 2007, pp. 9 a 34, disponible en [[http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev\\_academia/revistas/10/cambios-en-la-profesion-juridica-en-america-latina.pdf](http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/rev_academia/revistas/10/cambios-en-la-profesion-juridica-en-america-latina.pdf)].
- BERMAN, HAROLD JOSEPH. *La formación de la tradición jurídica de occidente*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996.
- BOBBIO, NORBERTO. *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires, Fontamara, 1997.
- BOURDIEU, PIERRE. *Poder, derecho y clases sociales*, 2.ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- BOURDIEU, PIERRE. *El sentido práctico*, México, D. F., Siglo XXI, 2009.
- BOURDIEU, PIERRE y LOÏC WACQUANT. *Una invitación a la sociología reflexiva*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2005.
- BRÍGIDO, ANA MARÍA y CARLOS LISTA. *La enseñanza del derecho y la formación de la conciencia jurídica*, Córdoba, Sima Editora, 2002.
- BURGOS SILVA, GERMÁN. *Estado de derecho y globalización: el Banco Mundial y las reformas institucionales en América Latina*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2009, disponible en [<https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/80957>].

- CALVO GARCÍA, MANUEL y TERESA PICONTÓ NOVALES. *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, Barcelona, UOC, 2017.
- CARBONELL, MIGUEL. *La enseñanza del derecho*, México, D. F., Porrúa, 2006.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. “La experiencia judicial: una categoría a discusión”, en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ y ARTURO CHÁVEZ LÓPEZ (coords.). *Visiones transdisciplinarias y observaciones empíricas del derecho*, México, UNAM y Ediciones Coyoacán, 2003.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *Los jueces de la tradición: un estudio de caso*, México, D. F., UNAM y EDIMPRO, 2008, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12511>].
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA. *La SCJN: sus ministros, la política y el agravio social*, México, D. F., UNAM, 2014.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA e IVÁN GARCÍA GÁRATE. “Introducción”, en ANGÉLICA CUÉLLAR VÁZQUEZ e IVÁN GARCÍA GÁRATE (eds.). *Reformas judiciales, prácticas sociales y legitimidad democrática en América Latina*, México, D. F., UNAM, 2014.
- CUÉLLAR VÁZQUEZ, ANGÉLICA y ROBERTO OSEGUERA QUIÑONES. “Administración de justicia”, en FERNANDO RAFAEL CASTAÑEDA SABIDO, LAURA BACA OLAMENDI y ALMA IMELDA IGLESIAS (coords.). *Léxico de la vida social*, México, D. F., UNAM, 2016.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Introducción a la sociología de la administración de justicia”, *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, n.º 1, 1985, pp. 21 a 35, disponible en [[https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/IntrodSociolAdminJusticia\\_1985.pdf](https://www.boaventuradesousasantos.pt/media/IntrodSociolAdminJusticia_1985.pdf)].
- DÍAZ, ELÍAS. *Estado de derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1981.

- FEOLI VILLALOBOS, MARCO. “El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial”, en *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, vol. 22, n.º 2, 2015, pp. 173 a 198, disponible en [<https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1812>].
- FEOLI VILLALOBOS, MARCO. “Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 27, n.º 1, 2016, pp. 75 a 98, disponible en [<https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos/article/view/8373>].
- FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 6.ª ed., Madrid, Trotta, 2004.
- FERRARI, VINCENZO. *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma, Laterza, 2010.
- FIX-FIERRO, HÉCTOR. *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, D. F., UNAM, 2006.
- FOUCAULT, MICHEL. *La verdad y las formas jurídicas*, Barcelona, Gedisa, 1992.
- GARCÍA INDA, ANDRÉS. “Introducción. La razón del derecho: entre habitus y campo”, en PIERRE BOURDIEU. *Poder, derecho y clases sociales*, 2.ª ed., Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000.
- GÉNY, FRANÇOIS. *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid, Reus, 1925.
- GIDDENS, ANTHONY. *La constitución de la sociedad: bases para la teoría de la estructuración*, Buenos Aires, Amorrortu, 1995.
- GILORA, LIDIA (COORD.). *Una introducción al pensamiento de Anthony Giddens*, México, D. F., Universidad Autónoma Metropolitana, 1999.



GIMÉNEZ, GILBERTO. *La sociología de Pierre Bourdieu*, México, D. F., IIS/UNAM, 1997.

HART, HERBERT. *El concepto del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963.

KANTOROWICZ, HERMANN. *La definición del derecho*, México, Colofón, 1994.

KELSEN, HANS. *Teoría pura del derecho: introducción a la problemática científica del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1941.

KENNEDY, DUNCAN. *Libertad y restricción en la decisión judicial*, Bogotá, Siglo del Hombre, 1998.

LOUZA SCOGNAMIGLIO, LAURA. “La estrecha y necesaria relación entre independencia judicial, Estado de derecho y el respeto a los derechos humanos y democracia. Venezuela como caso de estudio”, *Acta Sociológica*, n.º 72, 2017, pp. 95 a 127, disponible en [<https://www.revistas.unam.mx/index.php/ras/article/view/58973>].

PEÑUELAS I REIXACH, LLUIS. *La docencia y el aprendizaje del derecho en España: una perspectiva de derecho comparado*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

PEREIRA MENAUT, ANTONIO CARLOS. *Teoría constitucional y otros escritos*, Santiago, LexisNexis, 2006.

PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. *Los abogados de América Latina: una introducción histórica*, Bogotá, Externado, 2004.

PÉREZ PERDOMO, ROGELIO y LAWRENCE FRIEDMAN. “Introducción. Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización”, en HÉCTOR FIX-FIERRO, LAWRENCE M. FRIEDMAN y ROGELIO PÉREZ PERDOMO (eds.). *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, D. F., UNAM, 2003.

- POSNER, RICHARD A. "The rise and the fall of judicial self-restraint", *California Law Review*, vol. 100, n.º 3, 2012, pp. 519 a 556, disponible en [[https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2815&context=journal\\_articles](https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=2815&context=journal_articles)].
- POYANCO BUGUEÑO, RODRIGO ANDRÉS. "Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial", *Derecho Público Iberoamericano*, n.º 2, 2013, pp. 67 a 101, disponible en [<https://minerva.usc.es/xmlui/handle/10347/15737>].
- RÚA DELGADO, CARLOS FELIPE. "Los momentos de la justicia transicional en Colombia", *Revista de Derecho*, n.º 43, 2015, pp. 71 a 109, disponible en [[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=So121-86972015000100004](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=So121-86972015000100004)].
- SCHÜTZ, ALFRED. *Fenomenología del mundo social. Introducción a la sociología comprensiva*, Buenos Aires, Paidós, 1976.
- SCHÜTZ, ALFRED. *El problema de la realidad social*, Buenos Aires, Amorrortu, 1990.
- SCHÜTZ, ALFRED y THOMAS LUCKMANN. *Las estructuras del mundo de la vida*, Buenos Aires, Amorrortu, 1973.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y de la justicia, t. III: La administración de justicia*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SILVA GARCÍA, GERMÁN. *El mundo real de los abogados y la justicia, t. IV: Las ideologías profesionales*, Bogotá, Externado e ILSA, 2001.
- SIMONE, VANINA INÉS. *Desarrollo, neoliberalismo y reformas judiciales en Latinoamérica. Un estudio sobre Argentina y Perú*, Buenos Aires, CLACSO, 2005, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/becas/20200203030512/simone.pdf>].

SMULOVITZ, CATALINA. “Acceso a la justicia y defensa pública en contextos federales: ¿quién accede y por qué en las provincias argentinas?”, *Revista SAAP: Sociedad Argentina de Análisis Político*, vol. 13, n.º 2, 2019, pp. 229 a 256, disponible en [<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7169675>].

SOMMA, ALESSANDRO. *Introducción al derecho comparado*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2015, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/20259>].

SORIANO, GRACIELA. “Aproximaciones al personalismo político hispanoamericano del siglo XIX”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n.º 7, 1990, pp. 203 a 218, disponible en [<https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/35382rceco7201.pdf>].

TIMM HIDALGO, ANA KARINA. “Antiformalismo jurídico, aproximaciones básicas”, *Revista de Derechos Fundamentales*, n.º 11, 2014, pp. 195 a 226, disponible en [<https://repositorio.uvm.cl/items/aca93b6d-0c30-4d4e-ad37-e60d7b199d38>].

VÁZQUEZ, RODOLFO. *Cortes, jueces y política*, México, D. F., Fontamara, 2007.

VON IHERING, RUDOLF. *El fin del derecho*, Puebla, Cajica, 1962.

WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2014.

## CAPITULO

## DÉCIMO PRIMERO

## Pluralismo jurídico

ANTONIO CARLOS WOLKMER<sup>996</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El pluralismo jurídico entró en el escenario de las discusiones académicas de antropólogos, y con posterioridad, de sociólogos a partir de la mitad del siglo xx, a través de las experiencias producidas en procesos de poscolonialismo y debido a la necesidad de investigar y discutir sis-

996

Doctor en Derecho, investigador nivel 1-A (CNPQ) y consultor *ad hoc* de la CAPES. Profesor de posgrado en derecho de la Universidad La Salle – Canoas-RS (Derecho y Sociedad), de la UNESC-SC (Derechos Humanos y Sociedad) y Profesor Emérito y Catedrático Jubilado de la UFSC (Brasil). Profesor visitante en diversas universidades de América Latina y Europa: Argentina, Chile, Ecuador, Colombia, Venezuela, Costa Rica, México, España e Italia. Investigador de GT's de CLACSO y de la Asociación Argentina de Sociología Jurídica, integrante de la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad –RELADES–. Miembro de la International Political Science Association –IPSA– (Canada), del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad –IIDS– (Lima) y del Research Committee on Sociology of Law (RCSL). Contacto: [acwolkmer@gmail.com]. ORCID [<https://orcid.org/0000-0003-1861-5305>].

temas normativos múltiples y con lógicas propias ante el “monismo” y el “centralismo” del derecho estatal. Antes de todo, es importante tener en cuenta la amplitud de su comprensión frente al concepto más restrictivo de derecho como manifestación del poder político estatal. No es fácil distinguir los fenómenos normativos de atribución “jurídica” de los fenómenos normativos sociales “no-jurídicos”. Se trata de un problema de gran complejidad, no solo debido a los diferentes significados que se le adjudican al “pluralismo jurídico”, sino también por la falta de un rigor más severo con relación al concepto de “derecho”.

Históricamente el derecho, dependiendo del campo social, epistemológico y metodológico donde se origina, ha sido conceptualizado como control social, instrumento práctico, discurso, sistema de pensamiento y reglas de regulación. Tales ordenaciones constitutivas son, según LILIANA LÓPEZ LÓPEZ, “guiadas por estándares normativos impuestos por una autoridad reconocida y autorizada para ello, y que para hacerlo ha de recurrir al uso de la fuerza, incluso física, en caso del incumplimiento de su decisión o de la infracción de las reglas”<sup>997</sup>, respetando su resguardo y aplicación llevada a cabo por funcionarios legitimados para eso<sup>998</sup>. Hay que tener presente que la noción de derecho conlleva una fuerte tradición occidental, modernamente asociada a la ley escrita y formalizada por el Estado. De hecho, ni toda práctica normativa es derecho, ni tampoco todo derecho se confunde con el Estado, pues existe una multiplicidad de espacios sociales donde existen derechos no-estatales<sup>999</sup>.

Desde luego, la existencia o coexistencia de derechos u órdenes normativos nos lleva a una conceptualización amplia que se aproxima al “pluralismo jurídico” como herramienta útil para trabajar de forma analítica, práctica y sensibilizadora<sup>1000</sup>. Por tanto, el pluralismo jurídi-

997 LILIANA E. LÓPEZ LÓPEZ. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho”, *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, vol. 4, n.º 1, 2014, p. 39.

998 ÓSCAR CORREAS. “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica Jurídica Nueva Época*, n.º 14, 1994, disponible en [[https://criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/296](https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/296)], p. 26.

999 LÓPEZ LÓPEZ. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho”, cit., p. 40.

1000 FRANZ VON BENDA-BECKMANN. “¿Quién le teme al pluralismo jurídico?”, en JORGE ARMANDO GUEVARA GIL y ANÍBAL GÁLVEZ RIVAS (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad*, Lima, CICAJ, DARS y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 42-43.

co se destaca por la multiplicidad de elementos o formas estructurales en contraposición al centralismo legal o normativo, características que son intrínsecas al propio origen de la palabra, procedente de la aglutinación de las expresiones latinas: *pluralis* con *juridicus*.

El pluralismo jurídico no solo se manifiesta como una práctica normativa muy antigua, sino también como un fenómeno histórico y universal, puesto que “toda sociedad es estructuralmente plural y practica varios sistemas de derecho”, ya sean “sociedades tradicionales” o “sociedades estatales”<sup>1001</sup>. Si el pluralismo jurídico existe en toda parte, en variadas formas presentes en tradiciones y resoluciones de disputas comunitarias<sup>1002</sup>, es tan evidente “que no es necesario probar que ‘está allí’”<sup>1003</sup>.

De acuerdo con la tradición de la antropología jurídica, los verdaderos creadores del pluralismo legal, según señala NORBERT ROULAND, fueron “los autores de la Escuela Holandesa de derecho consuetudinario (*Adat Law School*), dirigida por CORNELIS VAN VOLLENHOVEN a principios del siglo xx, que analiza el derecho de las poblaciones autóctonas de Indonesia”<sup>1004</sup>. Mientras tanto, es necesario subrayar que la expresión “pluralismo jurídico”, utilizada por primera vez por JOHN SYDEHAM FURNIVALL en 1939 para describir el pluralismo en la economía de las sociedades de Indonesia sometidas al expansionismo colonial europeo, particularmente holandés<sup>1005</sup>, está íntimamente co-

1001 NORBERT ROULAND. “Pluralismo jurídico”, en ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999, p. 590; Véase también SARELA PAZ. “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional”, en MILKA CASTRO LUCIC (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*, Santiago, Universidad de Chile, 2014, disponible en [<https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/605/submission/proof/files/assets/basic-html/page-251.html>], p. 258.

1002 GEOFFREY SWENSON. “Legal pluralism in theory and practice”, *International Studies Review*, vol. 20, n.º 3, 2018, p. 4.

1003 FRANZ VON BENDA-BECKMANN. “Who’s afraid of legal pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, vol. 34, n.º 47, 2002, disponible en [<https://commission-on-legal-pluralism.com/system/commission-on-legal-pluralism/volumes/47/Bendabeckmann-art.pdf>], p. 39; Véase también LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO (comps.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 37.

1004 ROULAND. “Pluralismo jurídico”, cit., p. 589.

1005 NORBERT ROULAND. *Anthropologie juridique*, París, PUF, 1988, p. 79.

nectada a determinados factores de contraposición a la fragmentación y a la interferencia totalizadora del poder del Estado. Siendo así, es necesario dejar claro que tradicionalmente el pluralismo jurídico milita contra el individualismo y el estatismo porque reconoce que las personas son capaces de regular sus propias relaciones a través de las más diversas prácticas de diferentes grupos étnicos, religiosos, culturales, colectividades sociales, identidades locales y corporaciones transnacionales. Sin embargo, como se verá más adelante, el pluralismo jurídico no es necesariamente el antónimo de la centralidad jurídica, es decir que la presencia de la pluralidad jurídica en una determinada sociedad no significa la abolición del derecho estatal o de los ordenamientos jurídicos estatales de matriz occidental, sino la viabilidad de incorporación a este la interrelación, interdependencia y, a la par, la existencia autónoma de ambas expresiones de normatividad.

Una de las características más determinantes del pluralismo jurídico es la diversidad y la potencialidad de normatividades que expresan la coexistencia de situaciones, objetos, propiedades y elementos distintos que integran el conjunto de fenómenos autónomos, procedimientos paralelos y reglas heterogéneas, que se manifiestan en la realidad, pero no se reducen entre sí.

Así, al considerar la diversidad de culturas, de las situaciones de la vida, la extensión de contenidos antropológicos, los horizontes sociales, políticos y económicos, el pluralismo jurídico reconoce, así mismo, que existen diversas fuentes o factores causales determinantes de regulación y de control social que rodean la vida humana, los fenómenos naturales y las realidades en movimiento. Responde, por lo tanto, al desafío de tener en cuenta la especificidad de la cultura jurídica en sus especificidades y sus prácticas históricas.

Se observa que la pluralidad es una manifestación amplia, que está presente en diferentes contextos, sean humanos o no-humanos. Y así, comprende en el pluralismo jurídico la gran diversidad de corrientes, muchas de ellas tendencias de diferentes orígenes, múltiples caracterizaciones y modelos de convivencia. De modo que es complejo apuntar la uniformidad de algunas de sus características, ya que el pluralismo permite la utilización de criterios operativos cuyas formas son antiguas, tradicionales, premodernas, modernas o contemporáneas.

Además, la gran diversidad de tendencias y autores que defienden la inserción del pluralismo en construcciones valorativas desde las más conservadoras, liberales, corporativistas, institucionalistas, demócratas, hasta las progresistas, tradicionales o críticas, entre otras,

dificultan un patrón conceptual o el proceso de uniformización de un modelo exclusivo o sistema coherente de pluralismo jurídico.

Se señala que a pesar de la amplitud de la expresión pluralismo en el derecho, uno de sus principales propósitos es proyectar y reconocer que la dinámica de las experiencias normativas y de sus fuentes no se encuentra solo en el Estado, aunque este ejerce en la sociedad moderna una ascendencia importante sobre la creación, elaboración y producción de las normas jurídicas. En síntesis, el pluralismo jurídico desvía el foco de una única forma de pensar y materializar (normatizar) el derecho y da un salto significativo hacia la consideración de la capacidad que tienen otras instancias, cuerpos intermediarios y organizaciones sociales (autónomas y con identidades propias) de elaborar legítimamente normas con plena eficacia y total validez autonómicas. Por eso, es común que aquellos que abogan por un pluralismo jurídico relativicen la omnipotencia del centralismo-formalista moderno de que el derecho válido emana exclusivamente del poder del Estado, que por tradición es el responsable de instituir, imponer y oficializar derechos y deberes. A su vez, la tendencia del Estado en las sociedades occidentales, subraya ROULAND citando a MICHEL ALLIOT de “monopolizar el derecho incita a la difusión de una ideología que niega la realidad del pluralismo jurídico y presenta la uniformidad del derecho como un bien soberano, mientras que las sociedades tradicionales consagran oficialmente su pluralismo social reconociéndolo jurídicamente”<sup>1006</sup>.

Así, el pluralismo jurídico se ha proyectado en las ciencias sociales como un concepto clave para investigar y discutir sistemas normativos múltiples con lógicas propias dentro de un mismo espacio social de producción, reproducción y circulación, cuestionando al “monismo” y al “centralismo” del derecho estatal, lo que no inviabiliza su incorporación al mismo, ni la interrelación y existencia autónoma. Por lo tanto, el principal núcleo hacia el cual converge la pluralidad normativa, es la negación de que el Estado sea la fuente única y exclusiva de todo el derecho reconociendo la producción de otras formas de regulación generadas por instancias, estructuras subyacentes, cuerpos intermediarios u organizaciones sociales provistas de cierto grado de autonomía e identidad propia.

1006 ROULAND. “Pluralismo jurídico”, cit., p. 590.



## II. CONCEPTUALIZACIÓN Y NATURALEZA

Como es natural, la diversidad de manifestaciones normativas u ordenamientos plurales dentro del mismo campo social comprenden, más allá de los límites del Estado-nación, prácticas de diferentes grupos étnicos, religiosos, culturales, colectividades sociales, identidades locales, minorías en movimientos y corporaciones transnacionales.

Ciertamente, el pluralismo jurídico se revela, según señala JULIO GAITÁN BOHÓRQUEZ, como:

Una propuesta de revisión de algunas de las certezas más consolidadas en la cultura jurídica moderna, que nacieron como revolucionarias, pero que fueron endureciéndose en las prácticas jurídicas y en las concepciones sociales como “naturales”, “universales” u “objetivas”, en la medida en que las prácticas doctrinales, legislativas o escolares fueron dejando de discutir problemáticamente sus fundamentos y pasaron a ser aceptadas como dogmas incontrovertibles<sup>1007</sup>.

No obstante la complejidad del tema, para un concepto operacional se debe considerar al pluralismo jurídico no solo como la diversidad de “normas jurídicas en vigor, durante un mismo momento, en la misma sociedad, que regulan una misma situación de forma diferente y contraria a la estructura piramidal de las normas jurídicas y al principio de exclusivismo del derecho estatal”<sup>1008</sup>, sino además, como “la coexistencia de dos o más sistemas normativos que pretenden validez en el mismo territorio”<sup>1009</sup>. De igual manera, JACQUES VANDERLINDEN interpreta al pluralismo jurídico como la “existencia, en una determinada sociedad, de mecanismos jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas”<sup>1010</sup>. Si se considera una comprensión en sintonía con

- 
- 1007 JULIO GAITÁN BOHÓRQUEZ. *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2013, p. 22.
  - 1008 ANDRÉ-JEAN ARNAUD y MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*, Río de Janeiro, Renovar, 2000, p. 363.
  - 1009 CORREAS. “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, cit., pp. 26 y 27.
  - 1010 JACQUES VANDERLINDEN. “Le pluralisme juridique. Essai de synthèse”, en JOHN GILISSEN (dir.). *Le pluralisme juridique*, Bruselas, Éditions de L’Université de Bruxelles, 1971, p. 19.

estudios antropológicos latinoamericanos, para RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO se trata, en verdad, de la

existencia simultánea –dentro del mismo espacio de un Estado– de diversos sistemas de regulación social y resolución de conflictos, basados en cuestiones culturales, étnicas, raciales, ocupacionales, históricas, económicas, ideológicas, geográficas, políticas, o en la diversa localización de la conformación de la estructura social que ocupan los actores sociales<sup>1011</sup>.

Sin duda, se puede definir pluralismo jurídico como la representación de la multiplicidad de manifestaciones y de prácticas normativas existentes en un mismo espacio sociopolítico, intervinientes por conflictos o consensos, que pueden ser o no oficiales y que tienen su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales<sup>1012</sup>. Así, por medio del pluralismo jurídico, se observa que existen otros sistemas normativos autónomos e independientes, que pueden operar de forma paralela, subyacente y alternada.

Una vez aclarada la propuesta de referencia epistemológica se puede, entonces, avanzar en la búsqueda de algunas causas que han sido determinantes para el surgimiento del pluralismo jurídico. Ya se conocen los estudios de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, que destaca dos situaciones concretas y cruciales para la aparición del pluralismo legal: el “origen colonial” y el “origen no colonial”<sup>1013</sup>. En la primera, el pluralismo se desarrolló en el contexto de una fuerte dominación económica y política de ciertos países colonizados, que se vieron obligados a aceptar los modelos legales de las metrópolis (como es el caso del colonialismo británico, francés, español, portugués, holandés etc.). Así, el “derecho del Estado colonizador y los derechos tradicionales autóctonos” fueron impulsados a coexistir en un mismo espacio, y ese

1011 RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO. “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”, en *Desfaciendo Entuertos*, Lima, CEAS, 1995, p. 9.

1012 ANTONIO CARLOS WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2018, p. 192.

1013 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *O direito dos oprimidos*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 61.

proceso de convivencia, unificación forzada y administración impositiva creó, en algunos momentos, el ambiente perfecto para resolver el surgimiento de “conflictos y adaptaciones precarias”<sup>1014</sup>.

Más allá de la producción normativa derivada de los procesos de descolonización y de normatividades de resistencias causada por la marginalidad, pobreza, negación de derechos y por la ausencia de legislación oficial, surgen nuevas modalidades contemporáneas de pluralismo, las cuales han nacido de “fenómenos migratorios [...] y que expresan situaciones decisivas que las actuales sociedades multiétnicas y multiculturales deben enfrentar”<sup>1015</sup>.

Con relación al “origen no colonial” del pluralismo legal, de acuerdo con DE SOUSA SANTOS, se deben tener en cuenta tres situaciones diferentes, a saber: a) Países con cultura y tradiciones normativas propias, que deciden adherirse al derecho europeo como forma de modernización y consolidación del régimen político como ocurrió con Tailandia, Turquía y Etiopía, por ejemplo; b) Países que mantienen su antiguo derecho aunque haya sido abolido por un nuevo ordenamiento jurídico, incluso después de sufrir los impactos de una revolución política (caso clásico de la antigua URSS); y c) Los casos de comunidades nativas o indígenas que no se han eliminado y en las que prevalece su derecho tradicional<sup>1016</sup>. En suma, las características a que se refiere el sociólogo portugués se relacionan con la innovación y la reinvención de la ley tradicional, con el mantenimiento de la ley de la costumbre y la coexistencia de los derechos ancestrales de ciertas comunidades, como los indígenas.

Dicho esto, y ratificando lo antes expuesto, interesa subrayar que el pluralismo pretende reconocer que el derecho estatal es una de las innumerables formas normativas que pueden existir en determinada sociedad y no lo niega. De hecho, se puede afirmar que el objetivo del pluralismo jurídico es abarcar la totalidad del derecho de la sociedad, lo que no es muy común, o una sola o alguna de las ramas del derecho, que es lo más frecuente<sup>1017</sup>.

De esta forma, el pluralismo jurídico abarca las prácticas normativas oficiales/formales y las no oficiales/formales, así como las prácti-

1014 Ibid., p.16.

1015 CARLOS CÁRCOVA. *A opacidade do direito*, San Panbo, LTr, 1998, p.121.

1016 DE SOUSA SANTOS. *O direito dos oprimidos*, cit., p. 62.

1017 VANDERLINDEN. “Le pluralisme juridique. Essai de synthèse”, cit., pp. 38 a 43.

cas insurgentes, independientes, semiautónomas o interdependientes con relación al poder estatal. Por lo tanto, está claro que el pluralismo en el derecho reconoce ordenamientos o sistemas jurídicos diferentes que definen o no, las relaciones entre sí. Además, entre los objetivos del pluralismo están las prácticas normativas autónomas y subyacentes auténticas oriundas de diferentes fuerzas sociales o manifestaciones naturales que pueden o no ser reconocidas, incorporadas y controladas por el Estado<sup>1018</sup>.

Uno de los factores positivos del pluralismo como instrumental analítico, es su capacidad de revelar la fuerza y autenticidad práctico-teórica de múltiples acciones normativas no estatales, pensadas a partir de diferentes sectores o grupos subyacentes de la estructura social, así como la amplia posibilidad de reconocer producción legal informal, popular, insurgente y alternativa, teniendo en cuenta las luchas sociales y las diversas formas de resistencia a los formalismos centralizadores segregadores. Ante la ineficacia de la justicia y del derecho estatal, otras formas de producción legal espontánea y paralela, alternativa, popular, informal, podrían traerse a la luz.

Considerando algunas experiencias de pluralidad normativa en América Latina, se deben distinguir algunos procedimientos de regulación, reconocidos o no por la justicia estatal, diferenciándolos de otras prácticas que serán tratadas más adelante, como el derecho consuetudinario y la justicia comunitaria, y ver cómo se sitúan dentro de ese campo de pluralidad los temas de lo “informal”, “popular” y “alternativo”. De inmediato, es necesario entender a la justicia informal como el conjunto de prácticas legales que aparecen como complementación o sustitución de la ley del Estado. Dichos procesos pretenden “compensar las deficiencias de la policía y de las cortes judiciales”. Estos sistemas de justicia, según ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA,

son considerados un medio eficiente que permite aumentar el ofrecimiento de justicia a la sociedad latinoamericana y a aquellas poblaciones que más lo necesitan. De hecho, su informalidad es lo que constituye y genera autonomía y autoridad, características que los convierten

---

1018 JEAN GUY BELLEY. “L’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique”, *Sociologie et Sociétés*, vol. 18, n.º 1, 1986, pp. 11 a 32.

en espacios de empoderamiento ciudadano y de construcción social de la justicia<sup>1019</sup>.

Ya la justicia popular no solo es una forma de normatividad “informal”, sino que además ha sido confundida, muchas veces, con la justicia indígena, campesina o comunal en la gestión y resolución de conflictos de naturaleza plural. Esa justicia popular, aunque se respalda en el derecho positivo formalizado, es distinta, pues no se aplica de la misma forma usando el formalismo y burocratización de la justicia ordinaria estatal. En verdad, la justicia popular “inventa un derecho ajeno al derecho positivo”<sup>1020</sup> sin excluir formas de mediación que incorporan “elementos del derecho estatal y del derecho local”<sup>1021</sup>.

Para SALLY ENGLE MERRY, la justicia popular está “situada en la frontera entre la jurisdicción estatal y la justicia indígena”, compartiendo “un compromiso por la resolución consensual y amistosa de conflictos”<sup>1022</sup>. ¿Cómo caracterizarla como un fenómeno de pluralidad normativa? Siguiendo aún a MERRY, esta práctica expresa a veces, la “protesta de grupos subordinados, desaventajados o marginalizados contra el Estado y su sistema jurídico [...] es temporal, se forma y cambia históricamente [...] continuamente surgen otras nuevas formas [...] es relativamente informal en relación al ritual y al decoro utilizados”, y aplica preceptos locales así “como formas de razonamiento de sentido común”<sup>1023</sup>.

La práctica de la justicia popular no es una práctica exclusiva de regiones de América Latina, sino que está presente y diseminada en diferentes lugares y continentes y ya ha surgido en África, Asia, Australia, Europa y Estados Unidos<sup>1024</sup>.

Es importante destacar que a pesar de que estas manifestaciones normativas integran y constituyen pluralidad, el pluralismo jurídi-

1019 ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA. *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, Bogotá, Externado, 2010, p. 68.

1020 DANIEL NINA. “El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular”, en ÓSCAR CORREAS (coord.). *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, D. F., UNAM y Ediciones Coyoacán, 2007, pp. 283 y 285.

1021 SALLY ENGLE MERRY. “Una clasificación de la justicia popular”, *El Otro Derecho*, n.º 30, 2004, p. 43.

1022 *Ibid.*, p. 69.

1023 *Ibid.*, pp. 40 y 41.

1024 *Ídem.*

co no se reduce solo a ellas, sino que alcanza un espacio mucho más amplio y complejo. Lo mismo se puede decir con relación a otra experiencia en América Latina conocida como el derecho alternativo. Se trata de una práctica pluralista en el ámbito de la jurisdicción engendrada en el interior del propio orden jurídico-estatal, interpretada como una forma de derecho paralelo o concurrente al derecho oficial del Estado<sup>1025</sup>. El significado de “alternativo” en el derecho, conlleva el reconocimiento de una multiplicidad de sentidos y de toda una gama de posibilidades diversas<sup>1026</sup>. “Alternativo” se ha identificado siempre en América Latina con las mayorías excluidas, y como señala MANUEL DE JESÚS DEL CORRAL, es importante “extender ese término ‘alternativo’ hacia aquellas minorías cuyos derechos no son reconocidos [...] en el modelo social vigente [...] teniendo en cuenta no solo la clase social sino también el género, la religión, la etnia, la nacionalidad, etc.”<sup>1027</sup>.

El pluralismo así mismo, abre un horizonte de sistemas normativos alternativos considerado incluso “subversivo”; sin embargo, según subraya OSCAR CORREAS, “no toda alternatividad es subversiva, ni toda subversión es necesariamente ‘buena.’ Sin duda, el derecho alternativo es un “fenómeno de pluralidad jurídica, no siendo necesariamente verdadero lo inverso, es decir, no todo fenómeno de pluralismo constituye derecho alternativo”<sup>1028</sup>. Otro aspecto a considerar, es que la justicia de tipo alternativa no se funde con la justicia comunitaria, pues esta, como dice RODRIGO UPRIMNY, “le otorga una importancia particular a los valores comunitarios que no son relevantes para otras formas de justicia alternativa”<sup>1029</sup>.

1025 WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., pp. 256 y 257.

1026 ANTONIO CARLOS WOLKMER. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, México, D. F., Akal, 2017, p. 184.

1027 MANUEL DE JESÚS DEL CORRAL CORRAL. “Producción alternativa y democracia en América Latina”, *Travesías: Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica*, n.º 1, 1996, disponible en [<https://dspace.unia.es/handle/10334/1569>], pp. 222 y 223; Véase WOLKMER. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, cit., pp. 183 y 184.

1028 ÓSCAR CORREAS. *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, D. F., Fontamara, 2003, pp. 37, 38 y 41.

1029 RODRIGO UPRIMNY YEPES. “Justicia comunitaria en Bogotá: aproximación conceptual y reflexiones sobre su sentido político”, en *Primer encuentro distrital de justicia comunitaria y alternativa: La justicia una construcción social para ser y hacer justicia (Memorias)*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bo-

Al incorporar todas estas manifestaciones de normatividades subyacentes, el pluralismo jurídico alcanza un espacio mucho más amplio y complejo: la normatividad plural puede considerarse también como un aparato teórico-práctico para establecer la intersección entre principios y ordenamientos distintos, tales como el de la unicidad y diversidad. En síntesis, a causa de los procesos de descolonización, las investigaciones acerca del pluralismo legal han ganado fuerza y los aportes antropológicos y sociológicos han impulsado el análisis del derecho colonial y de los sistemas legales comparados.

### III. PLURALISMO JURÍDICO: SU TRAYECTORIA POR LOS ESTUDIOS OCCIDENTALES

Al observar una breve perspectiva histórica del desarrollo del pluralismo jurídico, se constata que sus primeras manifestaciones surgieron en las sociedades antiguas, identificándose algunas formas más claras y definidas en la Roma clásica, ya que los romanos permitieron una cierta libertad para mantener el derecho autóctono de las poblaciones que conquistaron. A pesar de la flexibilidad jurídica que permitían, ellos sopesaban la aplicación de su *jus gentium* y la incorporación, a su sistema jurídico, de las prácticas normativas de los otros pueblos.

A lo largo de la Edad Media, el pluralismo jurídico se desarrolló en Europa y su vertiente corporativista ganó más fuerza a partir de la decadencia del Imperio romano de Occidente, pues a cada persona se le aplicaba el derecho perteneciente a su respectiva comunidad, proceso conocido como “personalidad de las leyes”. Así, en diferentes lugares se verificaban manifestaciones normativas concurrentes compuestas por el derecho consuetudinario, derecho real, derecho señorial, derecho romano y legislación canónica<sup>1030</sup>.

Durante los siglos XVII y XVIII se estableció en Occidente un proceso de racionalización del poder y de centralización burocrática, consolidándose entonces la incorporación monista de múltiples siste-

---

gotá, Universidad Distrital Francisco José de Caldas e Instituto para Pedagogía, La Paz y el Conflicto Urbano, 2005, p. 35; Complementar con: LÉDIO ROSA DE ANDRADE. *O que é direito alternativo?*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998; AMILTON BUENO DE CARVALHO. *Direito alternativo em movimento*, Niterói, Luam, 1997.

1030 ROULAND. *Anthropologie juridique*, cit., pp. 76 y 77.

mas normativos; así, el pluralismo jurídico solo reapareció como respuesta al normativismo estatal positivista, presentado por publicistas y jusfilósofos como OTTO VON GIERKE, MAURICE HAURIOU, SANTI ROMANO y GIORGIO DEL VECCHIO, y sociólogos del derecho como EUGEN EHRLICH y GEORGES GURVITCH.

A fines del siglo XIX el orden estatal y la vida jurídica fueron reconocidos como dos esferas autónomas de la vida social por uno de los estudiosos del pluralismo jurídico en Europa, OTTO VON GIERKE, quien afirma que el Estado no es la verdadera fuente del derecho, sino que lo es la actividad humana (de grupos, corporaciones y comunidades orgánicas) desarrollada y ejercida de modo consciente por una colectividad capacitada para formular y crear derechos corporativos comunes<sup>1031</sup>.

Se pueden destacar, así mismo, otros investigadores de las corrientes pluralistas en la teoría del derecho tales como LEÓN DUGUIT, MAURICE HAURIOU y GEORGES RENARD. Uno de los más importantes intérpretes de los años 1930 fue SANTI ROMANO, que presenta en su libro *L'Ordinamento Giuridico* una concepción que se contrapone al normativismo positivista. Es la teoría de la pluralidad de los ordenamientos jurídicos que, a su vez, se opone al monismo estatal, ya que según el autor toda institución que surge como un “ente” o “cuerpo social” bien estructurado y fundamentado en relaciones estables y permanentes, se transforma en un ordenamiento jurídico<sup>1032</sup>.

Además del publicista italiano, EUGEN EHRLICH también contribuyó al avance de la teoría y origen del pluralismo jurídico desde la óptica de la sociología del derecho. En su obra *Fundamentos de la sociología del derecho*, EHRLICH defiende que el derecho es un producto espontáneo de la sociedad, pues el “derecho vivo” no está sujeto a doctrinas, dogmas, normas o prescripciones estatales, sino a la “vida concreta y diaria de las personas”. De acuerdo con la concepción del autor, el derecho no debe estar sujeto a reglas fijas o fórmulas técnicas vigentes en los tribunales y órganos estatales, sino a la forma originaria y realista de vivir la vida<sup>1033</sup>.

1031 OTTO VON GIERKE. *Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pp. 196 a 202.

1032 SANTI ROMANO. *L'ordinamento giuridico*, Florencia, Sansoni, 1946, pp. 27 y 34; Observar aún: RENATO TREVES. *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1978, pp. 62 y 63.

1033 EUGEN EHRLICH. *Fundamentos da sociologia do direito*, Brasília, UnB, 1986, pp. 27 a 29, 34, 36 y 39; Véase: MANFRED REHBINDER. *Sociología del derecho*, Madrid, Pirámide, 1981, pp. 66 y 67.



Más allá de EHRLICH, en los caminos de las incursiones socio-jurídicas surge GEORGES GURVITCH, quien desarrolló una concepción del pluralismo jurídico más fuerte, anti-estatista, dialéctica y compleja. Dicho autor entiende que, además de la legislación estatal, existen diversos grupos sociales o sociedades globales capacitadas para producir normas jurídicas independientes del Estado y que poseen una estructura eficiente para aplicar su propio ordenamiento jurídico (autónomo y regulador) a las cuestiones inherentes a su vida interior<sup>1034</sup>. De hecho, se constata que la principal contribución que EHRLICH y GURVITCH transmiten con sus conceptos es que el “derecho no se confunde con el Estado” y que “toda sociedad comprende subgrupos, cada uno con su propio sistema jurídico más o menos autónomo”, lo que también fue demostrado por antropólogos que comparaban pluralidades normativas vigentes en contextos diversos (como por ejemplo, sociedades modernas colonizadoras y naciones colonizadas), con el propósito de investigar acerca de las comunidades nativas y sus diferentes niveles de regulación<sup>1035</sup>.

A partir de las últimas tres décadas del siglo xx, se nota que la concepción del pluralismo jurídico fue sometida a revisión, análisis y nuevos estudios; a ese respecto, se pueden destacar algunos teóricos que contribuyeron de alguna forma a la configuración del actual concepto de pluralidad legal. Entre ellos está HENRY LEVY-BRUHL, que defiende la pluralidad de derechos supraestatales e infraestatales; JEAN CARBONNIER, que define la pluralidad como una de las formas diversas de entendimiento y aplicación de una única o misma norma y reconoce, así mismo, las diversas manifestaciones del “infra-derecho”; ANDRÉ-JEAN ARNAUD, que destaca sistemas paralelos de derecho en el contexto de una dualidad entre derecho impuesto y derecho espontáneo vivido; JACQUES VANDERLINDEN, quien afirma que el pluralis-

1034 GEORGES GURVITCH. *Sociología del derecho*, Rosario, Edit. Rosario, 1945, pp. 263 y 266; Véase: ANTONIO CARLOS WOLKMER. “Gurvitch, Georges (1894-1965)”, en MORTIMER SELLERS y STEPHAN KIRSTE (orgs.). *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*, vol. 1, Baltimore, Springer Publishers, 2020, pp. 1 a 3.

1035 MARÍA TERESA SIERRA. “Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento”, en VICTORIA CHENAUT, MAGDALENA GÓMEZ, HÉCTOR ORTIZ y MARÍA TERESA SIERRA (coords.). *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México, CIESAS y Quito, FLACSO, 2010, disponible en [<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/53378.pdf>], p. 387.

mo legal reside en la aplicación de mecanismos jurídicos diferentes a situaciones idénticas; JEAN-GUY BELLEY, que relaciona el pluralismo jurídico con la interdependencia de manifestaciones estatales y no estatales y con la dinámica de centralización/descentralización de la normatividad de las sociedades globales; PETER FITZPATRICK, que defiende que el pluralismo se compone de relaciones integradas de apoyo mutuo entre el derecho y otras expresiones o formas sociales; MASAJI CHIBA, que aboga por las prácticas del pluralismo jurídico no occidental relacionadas con los conflictos entre “derecho oficial” y “derecho no oficial”; LAURA NADER, que se refiere al pluralismo jurídico como “ideología de la armonía”; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, que ha consolidado el pluralismo jurídico a partir de su concepto de “interlegalidad” y que explica la sujeción de las personas a dos formas de justicia, “lo que les permite optar, según las circunstancias, entre una y otra”; y representando a Latinoamérica RAQUEL IRIGOYEN FAJARDO, que aborda un pluralismo jurídico “subordinado en un contexto de segregación colonial” y de un “pluralismo paritario en el ámbito de la jurisdicción indígena autónoma”<sup>1036</sup>.

A partir de una investigación empírica en una comunidad de Río

1036 Véase: HENRI LEVY-BRUHL. *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universitaria, 1964, pp. 14 y 15; JEAN CARBONNIER. *Sociologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 1979, pp. 220 a 222; ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, París, LGDJ, 1981, p. 26; VANDERLINDEN. “Le pluralisme juridique. Essai de synthèse”, cit., pp. 19 y 20; JEAN GUY BELLEY. “Pluralismo jurídico”, en ANDRÉ-JEAN ARNAUD (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999, pp. 585 a 589; PETER FITZPATRICK. “Law and societies”, *Osgood Hall Law Journal*, vol. 22, n.º 1, 1984, disponible en [<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol22/iss1/5/>], p. 115; MASAJI CHIBA. “Toward a Truly International Sociology of Law Through the Study of the Legal Pluralism Existing in the World”, en ANDRÉ-JEAN ARNAUD (ed.). *Legal culture and everyday life*, Oñati, IISL, 1989, pp. 129 a 136; LAURA NADER. *Ideología armónica: justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, Oaxaca, Instituto Oaxaqueño de las Culturas, Fondo Estatal para la Cultura y las Artes y CIESAS, 1998; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y JOSÉ LUIS EXENI RODRIGUES (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Abya Yala, 2013, p. 37; RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO. “Jurisdição indígena”, en ANTONIO SIDEKUM, ANTONIO CARLOS WOLKMER y SAMUEL MANICA RADAELLI. *Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos*, Petrópolis, Nova Harmonia/Blumenau, Edifurb, 2016, pp. 492 y 493.

de Janeiro (*favela*) llamada Pasárgada, DE SOUSA SANTOS verifica una legalidad interna con bajo nivel de institucionalidad, autónoma con relación al derecho estatal, introduciendo y caracterizándola como un lugar de interlegalidad. La interlegalidad constituye entonces, un espacio empírico y fluido de pluralismo jurídico y representa la coexistencia de sistemas normativos diferenciados que muestran interrelación e intersección en un campo social determinado<sup>1037</sup>. En efecto y de acuerdo con LILIANA LÓPEZ, “las influencias son mutuas, de modo que no solo los derechos no-estatales reciben la penetración del derecho del Estado, sino que también este, a su vez, se ve permeado por aquellos”<sup>1038</sup>. Específicamente, aclara DE SOUSA SANTOS, la manifestación de la interlegalidad:

No es el pluralismo jurídico de la antropología jurídica tradicional, donde los diferentes órdenes jurídicos se conciben como entidades separadas coexistiendo en los mismos espacios políticos, sino que es la concepción de diferentes espacios legales sobrepuestos, interpenetrados y mezclados, tanto en nuestro entendimiento como en nuestras acciones [...] vivimos en un tiempo de legalidad porosa o de porosidad legal, múltiples redes de órdenes jurídicos nos fuerzan a constantes transiciones y transgresiones<sup>1039</sup>.

Con posterioridad, tras dos décadas de los clásicos análisis sobre el pluralismo jurídico interno presente en la *favela*, DE SOUSA SANTOS<sup>1040</sup>

1037 Véase, PAZ. “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional”, cit., pp. 256 y 269 a 272.

1038 LÓPEZ LÓPEZ. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho”, cit., p. 47.

1039 En CARLOS SALVADOR ORDÓÑEZ MAZARIEGOS. “Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los Altos de Guatemala”, en JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, D. F., UNAM, 2005, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1670/13.pdf>], p. 230; También: DE SOUSA SANTOS y EXENI RODRIGUES (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, cit., p. 37.

1040 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (orgs.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2001, pp. 132, 133, 145 y 146.

avanzó hacia formulaciones más amplias y complejas de pluralidad en el ámbito del espacio-tiempo de sistemas globalizados e interacciones entre distintos ordenamientos jurídicos transnacionales, dirigiéndose a lo que denominó “una construcción posmoderna del derecho”.

En este sentido y rompiendo el paradigma unitario y jerarquizado del derecho estatal, se debe observar el impacto de la globalización sobre el derecho y el surgimiento de nuevos ordenamientos normativos supranacionales, constituidos por la imposición de corporaciones transnacionales, grupos financieros multilaterales y organizaciones no gubernamentales. Se trata de la existencia de “centros económicos de producción” normativa plural, flexible y transnacional, instaurando una nueva concepción de fuentes ahora supranacionales, operando con autonomía bajo la forma de “red”<sup>1041</sup>.

Retomando la discusión sobre sus avances y desdoblamientos, a lo largo de los años 1960 del siglo xx, la universalidad del pluralismo jurídico se intensificó a causa de los procesos políticos de descolonización de antiguas colonias, y con ello, algunas teorías relevantes adquirieron notoriedad dentro de esas propuestas científicas de cuño antropológico. Aquí es importante mencionar por ejemplo, la tesis de LEOPOLD POSPISIL sobre Nueva Guinea y los “niveles jurídicos” de los subgrupos constituidos; la teoría de SALLY FALK MOORE sobre los “campos sociales semiautónomos” que originan y preservan sus propias normas; las formulaciones críticas a la “ideología del centralismo legal” de JOHN GRIFFITHS; las investigaciones de MAX GLUCKMAN, quien sostiene que el sistema normativo de las sociedades africanas se presenta como un sistema de costumbres presentes en los juicios y en las cortes tribales nativas; las experiencias empíricas de LAURA NADER en las montañas de la Villa Zapotec (México) acerca de la justicia y del control independiente del Estado mexicano; las investigaciones an-

1041 Sobre esto consultar: ALEIDA HERNÁNDEZ CERVANTES. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, Aguascalientes, CENEJUS, 2014, pp. 201 y 202; ALFONSO DE JULIOS CAMPUZANO. *La transición paradigmática de la teoría jurídica: el derecho ante la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 28 a 32; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002; WILLIAM TWINING. *Derecho y globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, 2003, pp. 262 y 263; ANNE GRIFFITHS. “Legal pluralism”, en REZA BANAKAR y MAX TRAVERS (eds.). *An introduction to law and social theory*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 298, 299 y 305.

tropológicas de FRANZ VON BENDA-BECKMANN en Malawi y Sumatra Occidental, Indonesia (pluralismo como “multiplicidad de órdenes normativos es algo evidente y no es necesario probar que está ahí: no es necesario verificarlo, tal es la certeza de su realidad empírica”); los problemas y conflictos en un espacio de colonización en Ghana y Nigeria según una investigación de GORDON WOODMAN y MICHEL BARRY HOOKER (*Imposición y trasplantes de la legislación colonial en el derecho común de África, Asia y Medio Oriente*); BAUDOUIN DUPRET (*Sociedades árabes contemporáneas y derecho egipcio*); GEOFFREY SWENSON (*Arquetipos de pluralismo jurídico en estudios de caso en Timor-Este y Afganistán*), etc.<sup>1042</sup>.

LEOPOLD POSPISIL sustenta en su tesis que la sociedad global se compone de un amplio espectro de subgrupos jerárquicamente sistematizados y cada subgrupo cuenta con su propio sistema jurídico. Siendo así, los subgrupos poseen niveles jurídicos dentro de la estructura social, e incluso, un mismo individuo puede pertenecer o no a varios subgrupos y a sistemas jurídicos diferentes, ya que toda sociedad global se ve influenciada por la multiplicidad de niveles legales y por la concomitancia de sistemas legales<sup>1043</sup>.

1042 Sobre LEOPOLD POSPISIL, véase: JOHN GRIFFITHS. “What is legal pluralism?”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n.º 24, 1986, p. 15; ROULAND. *Anthropologie juridique*, cit., pp. 85 y 86; ARMANDO GUEVARA GIL y JOSEPH THOME. “Notes on legal pluralism”, en *Beyond Law*, vol. 2, n.º 5, 1992, pp. 78 a 80; MARK RYAN GOODALE. “Leopold Pospisil: A critical reappraisal”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 30, n.º 40, 2013, pp. 123 a 149; Para otras investigaciones, consultar: SALLY FALK MOORE. “Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”, *Law and Society Review*, vol. 7, n.º 4, 1973, pp. 719 a 746; MAX GLUCKMAN. “Concepts in the comparative study on tribal law”, en LAURA NADER (ed.). *Law in culture and society*, Berkeley, University of California Press, 1997; VON BENDA-BECKMANN. “Who’s afraid of legal pluralism?”, cit., pp. 37 a 83; GORDON R. WOODMAN. “Customary law, State courts and the notion of institutionalization of norms in Ghana and Nigeria”, en ANTHONY ALLOT y GORDON WOODMAN (eds.). *People’s law and State law: The Bellagio papers*, Dordrecht, Gruyter Mouton, 1985, pp. 143 a 164; MICHEL BARRY HOOKER. *Legal pluralism. Introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975; BAUDOUIN DUPRET. “Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2007, disponible en [<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/6852>], pp. 1 a 26; SWENSON. “Legal pluralism in theory and practice”, cit., pp. 438 a 462.

1043 LEOPOLD POSPISIL, cit. en GRIFFITHS, “What is legal pluralism?” cit., p. 15.

Ya SALLY FALK MOORE<sup>1044</sup> ha llegado a una conclusión muy significativa, con base en estudios comparativos de una “investigación de campo” sobre las prácticas legales y no legales del pueblo de Chagga (Tanzania) y de una industria de vestimenta femenina en Nueva York. La autora identificó que, en las sociedades modernas heterogéneas, distintos espacios sociales desarrollan y mantienen sus propias reglas, que pueden o no estar sometidas a la regulación estatal, una vez que las formas de autoridad son cada vez más diferentes y sobre todo descentralizadas.

Otra contribución fundamental ha sido la formulación, que se ha convertido en clásica, de JOHN GRIFFITHS<sup>1045</sup> en su texto “What is legal pluralism?”, donde sostiene que la ideología del “centralismo jurídico” ha sido el mayor obstáculo para el desarrollo de la moderna teoría del derecho, pues la centralidad legal es un “mito, un ideal, un clamor y una ilusión”, que concibe al derecho como orden exclusivo y unificado de una normatividad jurídica y destaca que corresponde al “pluralismo jurídico” prohibirlo, contribuyendo con una propuesta más clara que redefina el lugar del derecho en la sociedad.

En su calidad de aporte teórico de investigación para comprender diferentes y concomitantes normatividades transcontinentales y sus especificidades, no se pueden olvidar, aunque no se examinen al presente, las investigaciones de científicos acerca de la pluralidad legal en África (normatividad ancestral y tribal frente al derecho colonizador occidental) o en África del Sur, con sus “tribunales del pueblo” en el antiguo régimen del *apartheid*<sup>1046</sup>; así como también en Asia (la lega-

1044 MOORE. “Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”, cit., p. 723.

1045 GRIFFITHS. “What is legal pluralism?”, cit., pp. 3 a 5.

1046 DANIEL NINA. *Rethinking popular justice: Self-regulation and civil society in South Africa*, Ciudad del Cabo, Community Peace Foundation, 1995; JOHN L. COMAROFF y SIMON ROBERTS A. *Rules and processes: The cultural logic of dispute in an African context*, Chicago, University of Chicago Press, 1981; J. C. BEKKER, JOHAN MARTIN TROTSKE LABUSCHAGNE y LOUIS PETRUS VORSTER (eds.). *Introduction to legal pluralism in South Africa. Part 1: Customary law*, Durban, Lexis Nexis, 2002. Sobre la pluralidad jurídica en antiguas colonias portuguesas en África (Angola y Mozambique) observar: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS y JOSE O. SERRA VAN DÚNEN (orgs.). *Sociedade e Estado em construção: desafios do direito e da democracia em Angola, vol.: Luanda e justiça: pluralismo jurídico numa sociedade em transformação*, Coimbra, Almedina y CES, 2012; SARA ALEXANDRE DOMINGUES

lidad y la justicia y su relación con el *common law* anglosajón, en el caso de India, Pakistán y de Malasia; o de la colonización holandesa en la Indonesia)<sup>1047</sup>, ni tampoco el derecho colonial relacionado con los aborígenes australianos en Oceanía.

#### IV. PLURALISMO JURÍDICO EN AMÉRICA LATINA

Dejando de lado las importantes experiencias de pluralismo legal en África, Asia y Europa, se destacan para los propósitos de esta investigación, algunas cuestiones relacionadas con la especificidad latinoamericana.

En primer lugar, hay que tener en cuenta la convivencia, desde el periodo de la colonización, de un sistema normativo comunal (en los Andes las estructuras del *ayllu*, *markas* y *suyus*) con las ordenanzas y jurisdicciones impuestas por el Estado colonial. Es posible reconocer prácticas de pluralidad normativa en la colonización, al lado de la construcción jurídica del Estado y del control de la administración colonial, y la presencia de un “sistema jurídico susceptible de ser reconocido como híbrido, mestizo o abigarrado, a través de los cabildos indígenas en América hispánica”<sup>1048</sup>. Esas condiciones permiten asegurar que tales hechos, según aportes de SARELA PAZ e IRIGOYEN FAJARDO, “puedan ser identificados como un pluralismo jurídico subor-

---

ARAÚJO. “Ecologia de justiça a Sul e a Norte: cartografias comparadas das justiça comunitárias em Maputo e Lisboa” (tesis de doctorado), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.

1047 Véase sobre la Polinesia: HERBERT IAN HOGGIN. *Law and order in Polynesia: A study of primitive legal institution*, Londres, Christophers, 1934; También consultar acerca de la importante contribución de la escuela holandesa (*Adat Law School*), las investigaciones de FRANZ VON BENDA-BECKMANN, KEEBET VON BENDA-BECKMANN, CORNELIS VAN VOLLENHOVEN y ANDRÉ J. HOEKEMA.

1048 PAZ “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional”, cit., pp. 258 y 259. Véase, igualmente: RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO. “Aportes de una etnografía sobre la justicia aymara y desafíos para la construcción de una teoría pluralista del derecho y el Estado”, *T'inkazos*, n.º 9, 1999, pp. 29 a 36; MARCELO FERNÁNDEZ OSCO. *La ley del ayllu: práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en las comunidades aymaras*, 2.ª ed., La Paz, PIEB, 2004.

dinado, subterráneo que subsume la vida jurídica de la organización Andina o de los procedimientos jurídicos españoles”<sup>1049</sup>.

Considerando estas características, otros rasgos expresan la presencia de la pluralidad jurídica en los campos normativos de la región que ha convivido, según GARCÍA VILLEGAS y RODRÍGUEZ GARAVITO, con “tendencias” de ineficacia y autoritarismo. De cualquier forma, no es necesario comprobar esta tradición de pluralidad latinoamericana: su “presencia histórica” es “notoria”<sup>1050</sup>.

A este respecto y a fin de rechazar la concepción moderna etnocéntrica de que todo derecho proviene única y exclusivamente del Estado como potencia soberana legitimada, es central reconocer la normatividad de los pueblos originarios indígenas y sus prácticas consuetudinarias. Se entiende así que este es el momento propicio, desde una perspectiva antropológica, sociológica y cultural, para reafirmar la naturaleza de los sistemas normativos de los pueblos indígenas<sup>1051</sup>.

Es imprescindible verificar inicialmente si la calificación del derecho indígena como derecho consuetudinario es adecuada o no, entender hasta qué punto se confunden o no y, así mismo, preguntarse si en la tradición latinoamericana, según se han presentado las relaciones entre el derecho indígena y el derecho estatal (de estilo occidental) entre la justicia indígena y la justicia común, hay una relación de subordinación, incorporación, autonomía o interactividad.

Antes de todo, se debe problematizar y aclarar la cuestión del derecho consuetudinario que ha adquirido más relevancia con los procesos de colonización en la modernidad occidental<sup>1052</sup>, sin asociarlo al derecho indígena. De ahí surge el interés de los imperios coloniales europeos en las diferentes regiones, por conocer y clasificar los “usos y costumbres” para mejor administrar y dominar las colonias. Y es por esa razón, que el derecho consuetudinario de muchos pueblos, como escribe RODOLFO STAVENHAGEN:

- 
- 1049 PAZ. “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional”, cit., p. 260.
- 1050 MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y CÉSAR RODRÍGUEZ. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2003, p. 24.
- 1051 VICENTE CABEDO MALLÓL. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Barcelona, Icaria, 2012, pp. 12 y 13.
- 1052 KEEBET VON BENDA-BECKMANN y BERTRAM TURNER. “Legal pluralism, social theory, and the State”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 50, n.º 3, 2019, pp. 257 y 258.



Haya sido el resultado de los esfuerzos de los juristas, funcionarios y administradores coloniales, así como de algunos antropólogos, quienes “reconstruyeron” las normas consuetudinarias a través de sus propios ojos, categorías y prejuicios. Algunos críticos sostienen, seguramente con alguna exageración, que este “derecho consuetudinario” es tan artificial y ajeno a los pueblos que lo poseen, como el propio derecho de las potencias coloniales<sup>1053</sup>.

Por tanto, y a fin de avanzar en la apreciación de la relación entre el derecho indígena y el derecho consuetudinario, se observa la definición de STAVENHAGEN, según la cual el segundo es un “conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, y su fuerza en América Latina es distinta del derecho positivo vigente en un país determinado”<sup>1054</sup>. Para dicho autor, el derecho indígena se aproxima del derecho consuetudinario, en especial porque es una especie de normatividad habitual, no escrita, tradicional y reiterativa. En ese sentido, CORREAS escribe que:

Los antropólogos, siguiendo a los juristas precisamente en lo que no deberían seguirlos, usan la palabra “costumbre” para referirse a las normas no escritas. Lo primero que habría que hacer es dejar de lado ese término confuso y hablar simplemente de derecho escrito y no escrito. Con eso, se determinaría la lamentable e inútil descripción acerca de si las normas de las comunidades son o no derecho, y sobre la diferencia entre derecho y costumbre. Lo único que habría que hacer es preguntarse, frente a los textos normativos escritos o no escritos, si responden o no a las características de la definición de derecho<sup>1055</sup>.

1053 RODOLFO STAVENHAGEN. “Introducción al derecho indígena”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas: Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, año VI, n.º 17, 1991, pp. 303 a 316, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1773/11.pdf>].

1054 RODOLFO STAVENHAGEN y DIEGO ITURRALDE. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, D. F., Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990, p. 29

1055 CORREAS. “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, cit., p. 21.

Ahora bien, aunque investigadores como STAVENHAGEN y CABEDO MALLÓL admiten cualificar la normatividad de los pueblos indígenas como “derecho consuetudinario”, de acuerdo con algunas indigenistas como ESTHER SÁNCHEZ BOTERO (Colombia), RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO (Perú) y MAGDALENA GÓMEZ (México), hay que erradicar la adjetivación “consuetudinario” para caracterizar el derecho indígena. En ese sentido y considerando tales interpretaciones de cómo la concepción de derecho consuetudinario va en contra del derecho indígena, comenta CABEDO MALLÓL que el primero “alude a la repetición secular, inmemorial, de una serie de prácticas, las cuales llegan a ser aceptadas como normas obligatorias por la colectividad. De esa forma, se está dando una visión estática, petrificada del derecho”<sup>1056</sup>, mientras que el derecho indígena se caracteriza por ser dinámico y flexible porque no sigue, en las palabras de ESTHER SÁNCHEZ BOTERO, “invariablemente una misma pauta secular que expresa una gran capacidad de adaptación y de cambio”<sup>1057</sup>.

Sobre la cuestión de la pluralidad en los estudios científicos de la región, una temática presente es sobre la coexistencia y la dinámica de los procesos que tratan de la “interlegalidad”, o sea, lo que se refiere a las relaciones entre la normatividad y la justicia de los pueblos indígenas (pueblos originarios) y el derecho estatal predominante (justicia ordinaria). De inmediato surge la cuestión de la autonomía, subordinación o convivencia de los sistemas jurídicos indígenas. Así, según DIEGO ITURRALDE, se debe comprender una supuesta convivencia en la utilización por parte de los pueblos originarios del “uso de la ley” (más apropiada a la tradición estatista), y del “uso de las costumbres”<sup>1058</sup>.

Teniendo en cuenta la interpretación de ITURRALDE, CABEDO MALLÓL argumenta que el “uso combinado de la ley y de la costumbre” sirve para concretizar “campos simbólicos en la construcción de estrategias de consenso y de resolución de conflictos”, lo que permite la

1056 CABEDO MALLÓL. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, cit., pp. 52 y 53.

1057 ESTHER SÁNCHEZ BOTERO e ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA. *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000, p. 43.

1058 DIEGO ITURRALDE. “Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado”, en ALBERTO WRAY, RODRIGO DE LA CRUZ, DIEGO ITURRALDE, ADOLFO TRIANA, FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE, XAVIER IZCO y JUAN CARLOS RIBADENEIRA. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Abya Yala, 1993, pp. 125 y ss.

propia sobrevivencia de sus comunidades. De hecho, la relación entre el derecho de los pueblos originarios y el derecho hegemónico estatal pasa a ser marcada por la combinación de resistencias, confrontación y “adaptación mutuas (un sincretismo jurídico)”<sup>1059</sup>.

Parece evidente, por lo tanto, el esfuerzo de discernir, y de ahí todas las implicaciones sobre si el derecho de los pueblos originarios es autónomo y refleja una tradición histórica propia, o si es subordinado y deriva “de una concesión del Estado”. Y sobre eso, mientras algunos autores defienden la combinación de la ley y de las costumbres, ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO enseñan que “el derecho indígena es tan derecho como el estatal”<sup>1060</sup>.

Sin duda, una las expresiones prácticas y teóricas más importantes de pluralismo jurídico es la presencia antigua, moderna y presente de la normatividad de los pueblos originarios, pues se trata del sistema dominante de justicia y de derecho indígena (sus tradiciones ancestrales).

En verdad, las investigaciones confirman ricas manifestaciones de tradiciones autonómicas y comunitarias de los pueblos originarios predominantes en América Latina, desde México (las formas de organización de los Caracoles y las Juntas de Buen Gobierno Zapatista en Chiapas, las comunidades autonómicas de Oaxaca y Michoacán, y la Policía Comunitaria de la Sierra de Guerrero), y Guatemala (las Alcaldías Indígenas aplicando derecho maya) hasta los países de la región sur, particularmente Bolivia, Ecuador, Perú (justicia comunal aimara y quechua) Colombia y Chile (las comunidades mapuches y sus formas de resistencia en la conservación de sus territorios).

La gran cuestión que se coloca son las relaciones de asimilación, confrontación y autonomía frente al derecho positivo estatal (de origen europeo). Sin duda, una cuestión que no se puede dejar de tener en cuenta, es la convivencia histórica y posible entre la justicia indígena y la justicia ordinaria. En este sentido, de acuerdo con los estudios de DE SOUSA SANTOS:

En la historia de las relaciones entre la justicia indígena y la justicia ordinaria en Bolivia y en Ecuador [...] han prevalecido, en tiempos y lugares diferentes, la negociación, la coexistencia y la reconciliación (esta última en el perio-

1059 CABEDO MALLÓL. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, cit., pp. 91 y 93.

1060 ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO. *Pluralismo jurídico*, cit., p. 63.

do más reciente). La convivialidad es la forma de relación prescrita por las constituciones plurinacionales<sup>1061</sup>.

Además de la hegemonía del sistema normativo indígena, hay otra modalidad de práctica plural de regulación descentralizada y popular en América Latina que es la justicia comunitaria, la cual ha asumido diferentes expresiones de materialización de la justicia ordinaria estatal con el objetivo de resolver determinados conflictos en el ámbito de la comunidad, de forma alternativa y más rápida que los procedimientos de justicia únicamente vinculados al Estado. Tales prácticas de resolución de los conflictos pueden ser identificadas a ciertos procedimientos fuertes (informales) o débiles (formales) de pluralidad jurídica.

De acuerdo con JORGE MACHICADO, la justicia comunitaria puede ser entendida como:

Institución de derecho consuetudinario que permite sancionar las conductas reprobadas de los individuos, pero sin la intervención del Estado, de sus jueces y de su burocracia, directamente dentro de la comunidad de individuos en que las autoridades naturales de la comunidad desempeñan un papel de equilibrio entre las dos partes enfrentadas<sup>1062</sup>.

Entre las pretensiones de la justicia comunitaria está la reconciliación, el arrepentimiento del autor de la conducta reprobada, la rehabilitación del autor, la reparación del daño y el retorno de la paz y de la armonía a los miembros de la comunidad. Aún para el mismo autor<sup>1063</sup>, la justicia comunitaria tiene como objetivo fundamental la rehabilitación y reintegración, por tanto, es correcto decir que es un sistema de justicia más inclusiva, reparatoria, rápida y eficaz.

Ya EDGAR ARDILA AMAYA, uno de los principales intérpretes de la justicia comunitaria en América Latina, define el concepto de justicia comunitaria como justicia popular, con un conjunto de normas propias de la comunidad. En su estudio sistematiza esa resolución de

1061 DE SOUSA SANTOS y EXENI RODRIGUES (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, cit., p. 34.

1062 JORGE MACHICADO. “¿Qué es la justicia comunitaria?”, *Apuntes Jurídicos en la Web*, 2010, disponible en [<https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>].

1063 JORGE MACHICADO. *Justicia comunitaria*, La Paz, CED, 2009.

conflictos considerando: a) Justicia comunitaria como reforma del Estado; b) Justicia propia de la comunidad; b) Justicia de las comunidades tradicionales reconocidas por el Estado<sup>1064</sup>.

En Brasil y Argentina la justicia comunitaria está proyectada, controlada y subordinada a los medios oficiales estatales, aunque esto no es una regla, pues en gran parte de América Latina dicha justicia se propone resolver conflictos que no están sometidos obligatoriamente a la jurisdicción del derecho positivo del Estado o que pueden o no ser reconocidos por este<sup>1065</sup>.

La Constitución de 1991 de Colombia refleja la consagración de la justicia comunitaria en el país, pues introdujo en su texto la “jurisdicción especial indígena”, la conciliación en equidad y la justicia de paz, y en 1995 se creó la Red de Justicia Comunitaria en Colombia. En Bolivia, Ecuador, Perú y México, la justicia comunitaria está vinculada a las instituciones de justicia informal de las comunidades campesinas y a la justicia indígena original<sup>1066</sup>.

De hecho, se puede considerar la justicia comunitaria como uno de los más expresivos procedimientos de pluralismo jurídico en América Latina en vista de su carácter plural, autónomo, consensual e informal para la resolución de conflictos. Más allá de esta forma de pluralidad normativa, hay muchas otras que son el resultado de procesos sociales autorregulables de grupos multiétnicos, identidades locales, organizaciones populares, asociaciones profesionales, cuerpos intermediarios entre otros<sup>1067</sup>.

La temática del pluralismo jurídico ha merecido énfasis y ha sido reconocida contemporáneamente en estudios socio-jurídicos latino-

1064 EDGAR ARDILA AMAYA. “Justicia comunitaria y sociedad nacional”, *Boletín Informativo del Grupo de Gobernanza y Justicia*, n.º 6, 2009; EDGAR ARDILA AMAYA. “Justiça comunitária”, en ANTONIO SIDEKUM, ANTONIO CARLOS WOLKMER y SAMUEL M. RADAELLI (orgs.). *Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos*, Petrópolis, Nova Harmonia/ Blumenau, EDFURB, 2016, pp. 509 y 510.

1065 Véase GLÁUCIA FALSARELLA FOLEY. *Justiça comunitária. Por uma justiça da emancipação*, Bello Horizonte, Fórum, 2010.

1066 JESÚS ANTONIO DE LA TORRE RANGEL. “Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde el sistema comunitario de La Montaña y Costa Chico de Guerreiro”, en EDGAR ARDILA AMAYA et al. *Otra justicia posible: la justicia comunitaria como ruta para la democracia: Memorias*, Bogotá, Red de Justicia y Tratamiento del Conflicto, 2005, p. 293.

1067 WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., p. 103.

americanos, por caracterizar las instituciones políticas, impulsada por cambios sociales y por nuevas constituciones como las del Ecuador (2008) y de Bolivia (2009), generando un “nuevo” modelo de constitucionalidad. Así, el pluralismo jurídico y político se proyecta en la región como “principio fundante” del Estado. No existe más la dualidad Estado/sociedad en la producción normativa, sino espacios distintos que están interconectados en la materialización del sistema normativo andino; sus principios básicos prescriben un modelo de Estado plurinacional, agregando diferentes naciones y culturas<sup>1068</sup>.

Sin duda, el estudio sobre específicas manifestaciones del pluralismo jurídico en América Latina, requiere atención con relación al período de la conquista, colonización y posindependencia y caracteriza dos modalidades de experiencias normativas de pluralidad.

La primera se refiere a una cierta modalidad de pluralidad estatal, o sea, al *pluralismo jurídico institucionalizado/colonizador* que considera la condición de subordinación y de una visión tutelar, derivado del cambio del viejo derecho plural ibérico del tiempo de la conquista y colonización. Existen distintos sistemas normativos trasplantados que representan esta forma de pluralidad, tales como: el Código de las Siete Partidas; el Ordenamiento de Alcalá de Henares; Fueros Reales y Leyes de Toro, recopilación de las Leyes de Indias; el derecho indio de protección a los indígenas, Leyes de Burgos y Leyes Nuevas y las Ordenanzas Reales Lusitanas. La segunda se refiere al *pluralismo jurídico consuetudinario/comunitario*, que es la principal base de normatividad de los pueblos originarios y comunidades indígenas y que se puede constatar en la legislación misionera (reducciones jesuíticas de Paraguay, Argentina y Brasil), en los reglamentos informales de las comunidades de afrodescendientes de “quilombolas” (Brasil, Colombia del Pacífico y zona caribeña), las “favelas” (villas miserias) y en el interior de los “movimientos sin tierra” (Brasil), en la justicia comunitaria de barrios de Colombia.

Dicho esto, es necesario registrar el desarrollo contemporáneo del pluralismo jurídico en América Latina y su presencia comprobada en investigaciones teóricas y empíricas, teniendo en cuenta el estudio de

1068 ROSEMBERT ARIZA SANTAMARÍA. “El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los Estados constitucionales”, *Insurgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 165 a 194, disponible en [<https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/18803>].

situaciones concretas y autonómicas. Tales prácticas normativas dentro y fuera del Estado pueden caracterizarse por ser de pluralidad interna “positiva” o “negativa”, “institucionalizada” o “no institucionalizada”. Se abre entonces un escenario muy rico, diverso y complejo en espacios locales, urbanos y campesinos, de tradiciones tanto de los ancestrales indígenas y comunidades negras, como de prácticas de justicia comunitaria popular<sup>1069</sup>, jueces de paz, comuneros y rondas campesinas<sup>1070</sup> y guerrilleras<sup>1071</sup>, segmentos armados paramilitares, milicianos y grupos de narcotráfico<sup>1072</sup>. Más allá de estas prácticas internas toleradas, asimiladas o confrontadas con el Estado, algunos estudiosos se han ocupado de fuentes olvidadas de pluralismo jurídico (América Latina y el Caribe) como las reglas de los piratas, los palenqueros (comunidades afroamericanas) y la ley de los gitanos (Kriss Romani)<sup>1073</sup>.

Sin embargo, en gran parte las investigaciones con predominio del tenor antropológico en la región (sin excluir aportes sociológicos y jurídicos) han privilegiado como eje central del pluralismo normativo, la cuestión de los pueblos indígenas y sus tradiciones comunitarias autonómicas. Innumerables son los ejemplos de fecundos y significativos estudios, teorizaciones y comprobaciones empíricas llevados

1069 Véase las obras citadas de ÉDGAR ARDILA AMAYA en Colombia.

1070 RAQUEL YRIGOYEN FAJARDO. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, *Alpanchis*, vol. 34, n.º 59-60, 2002, pp. 31 a 81, disponible en [<https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/Allpanchis/article/view/575>]; Véase: Perú - Ley n.º 24656: Ley General de Comunidades Campesinas, Lima, Casa del Congreso, marzo de 1987, disponible en [<https://centroderecursos.cultura.pe/es/registrobibliografico/ley-general-de-comunidades-campesinas-o>].

1071 MARIO AGUILERA PEÑA. *Contrapoder y justicia guerrillera. Fragmentación política y orden Insurgente en Colombia (1952-2003)*, Bogotá, IEPRI y Debate, 2014, p. 109.

1072 DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, cit., pp. 23, 24 y 49 a 53.

1073 LUIS ALFONSO FAJARDO SÁNCHEZ. “Las fuentes olvidadas del pluralismo jurídico: indianos, piratas, palenqueros y gitanos”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n.º 1, 2003, pp. 114 a 171, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/240>]. Igualmente, verificar: CLAUDIA ANDREA ROJAS VENEGAS y JUAN CARLOS GAMBOA MARTÍNEZ. “La Kriss Romani como sistema jurídico transnacional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31, 2008, pp. 43 a 55, disponible en [<https://iconos.flacsoandes.edu.ec/index.php/iconos/article/view/266>].

a cabo en México (CIESAS y UNAM)<sup>1074</sup>, pasando por Guatemala<sup>1075</sup>, y que han logrado distintos y amplios aportes teórico-empíricos en

- 
- 1074 Algunos aportes antropológicos de interlegalidad han sido desarrollados y publicados en: VICTORIA CHENAUT, MAGDALENA GÓMEZ, HÉCTOR ORTIZ y MARÍA TERESA SIERRA (coords.). *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México, CIESAS y Quito, FLACSO, 2010; JUAN CARLOS MARTÍNEZ, CHRISTIAN STEINER y PATRICIA URIBE (coords.). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia*, México, D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012; LILIANA LÓPEZ LÓPEZ. *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés: los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, San Luis Potosí y Aguascalientes, FDSL y CENEJUS, 2011; CORREAS. *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, cit.; FRANCISCO JAVIER LÓPEZ BÁRCENAS. “Ensayo sobre la ceguera jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los Ñuú Savi”, en ÓSCAR CORREAS (coord.) *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, México, D. F., UNAM, 2007, pp. 67 a 120; DE LA TORRE RANGEL. “Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde el sistema comunitario de La Montaña y Costa Chico de Guereiro”, cit.; STAVENHAGEN e ITURRALDE. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, cit.; ORLANDO ARAGÓN ANDRADE. “Antropología jurídica y pluralismo jurídico en México. Hacia una propuesta teórica para estudiar la oficialización de las justicias indígenas en Michoacán”, *Oficina do CES*, n.º 373, 2011, disponible en [<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/90616?locale=pt>]; RACHEL SIEDER. “De la ‘vieja’ a la ‘nueva’ justicia indígena. Orlando Aragón Andrade”, *Alteridades*, vol. 29, n.º 57, 2019, pp. 139 a 141, disponible en [<https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/986>]; ALMA GUADALUPE MELGARITO ROCHA. *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológico de la relación estado-pueblos indígenas*, México, D. F., UNAM, 2012, pp. 77 a 84 y 104 a 106.
- 1075 RACHEL SIEDER y CARLOS YURI FLORES. *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, Guatemala, F&G Editores, 2011; ORDÓÑEZ MAZARIEGOS. *Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los altos de Guatemala*, cit., pp. 223 y 224; JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES, (coord.). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, D. F., UNAM, 2005, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10586>], pp. 67 a 88, 179 a 192 y 223 a 242.



Ecuador<sup>1076</sup>, Bolivia<sup>1077</sup>, Perú<sup>1078</sup>, Colombia<sup>1079</sup>, Chile<sup>1080</sup>,

- 1076 LILIAM FIALLO MONEDERO. *Pluralismo jurídico en Ecuador: el caso de la nacionalidad Tsachila*, Quito, Universidad de las Américas, 2014; ANA KAREN POVEDA BUSTILLOS. “Análisis crítico de la visión de pluralidad jurídica representada por la justicia ancestral indígena, frente al Estado ecuatoriano: caso ‘La Cocha II’” (tesis de maestría), Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2016; YESICA ÁLVAREZ LUGO. “Post-desarrollo, pluralismo jurídico y derechos territoriales indígenas. El caso de Ecuador a la luz de la Constitución de Montecristi” (tesis de doctorado), España, Universidad del País Vasco, 2018.
- 1077 MAGALI VIENCA COPA PABÓN. “Dispositivos de ocultamiento en tiempos de pluralismo jurídico en Bolivia” (tesis de maestría), México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2017, disponible en [<https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5594>]; MARÍA YAMILE HAYES MICHEL. “Pluralismo jurídico en Bolivia. La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia”, (tesis de doctorado), Valencia, Universidad de Valencia, 2016, disponible en [<https://roderic.uv.es/handle/10550/55203>].
- 1078 ANTONIO ALFONSO PEÑA JUMPA. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huanacané*, Bogotá, ILSA, 2004, disponible en [<https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/10/Eclvs06-00.pdf>]; PATRICIA ARTEAGA CROVETTO. *Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales (1950-2000)*, Lima, PROJUR, 2009; GUEVARA GIL y THOME. “Notes on legal pluralism”, cit.
- 1079 JAIRO VLADIMIR LLANO. *Pluralismo jurídico y conflicto armado*, Cali, Universidad Libre, 2015; ARIZA SANTAMARÍA. *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, cit.; NÉLCY LÓPEZ CUÉLLAR. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015; HERNANDO LEÓN LONDOÑO BERRÍO. “Pluralismo punitivo y derechos humanos: el caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia (2000-2010)” (tesis de doctorado), Sevilla, Universidad Pablo De Olavide, 2013, disponible en [<https://rio.upo.es/xmlui/handle/10433/2015?show=full>]; NICOLE VELASCO CANO. “Justicia indígena nasa en territorios de conflicto armado: perspectiva del pluralismo jurídico en Colombia” (tesis de maestría), País Vasco, Instituto Internacional de Sociología Jurídica y Universidad del País Vasco, Oñati, 2018.
- 1080 MINDA BUSTAMANTE SOLDEVILLA. “Pluralismo jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT” (tesis de maestría), Santiago, Universidad de Chile, 2015, disponible en [<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140211>]; CASTRO LUCIC (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*, cit.

Argentina<sup>1081</sup> y Brasil<sup>1082</sup>.

Sobrepasada esta parte histórica y conceptual en la tradición latinoamericana, cuyo objetivo no es el agotamiento del asunto y con el fin de avanzar en el estudio sobre el tema, es importante señalar las nuevas configuraciones de alcance y manifestaciones de pluralidades legales internas y externas, sometidas, interactuadas y autonómicas con relación al sistema normativo estatal (derecho de estilo occidental), como resultante de una averiguación empírica antropológica y sociológica en procesos de descolonización o no.

## V. SOBRE UNA TAXONOMÍA DEL PLURALISMO JURÍDICO

Se trata ahora de introducir, aún ante las distinciones y la falta de un acuerdo riguroso acerca “de lo que es” el pluralismo jurídico, la forma en que este ha provocado algunas tipologías conceptuales y temporales entre investigadores de la antropología, la sociología y del derecho.

Una primera designación, considerada de gran importancia, es la de JOHN GRIFFITHS en su seminal artículo “What is legal pluralism?” que, al admitir al “pluralismo jurídico como un hecho”, critica la ideología del “centralismo jurídico” como una representación simbólica, un fetiche, una distorsión de la realidad<sup>1083</sup>. Dicho autor destaca la existencia de un pluralismo jurídico permitido por el propio Estado

1081 MANUEL ALBERTO JESÚS MOREIRA. *El derecho de los pueblos originarios: reflexión y hermenéutica*, Buenos Aires, Santiago Álvarez Editor y Universidad Nacional del Litoral, 2009; SILVINA RAMÍREZ. *Constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, La Ley, 2013.

1082 JOSÉ GERALDO DE SOUSA JUNIOR (coord.). *O direito achado na rua. Conceção e prática*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2015; ANTONIO CARLOS WOLKMER. “Legal pluralism: The new emancipatory framework in Latin America”, *Beyond Law*, vol. 9, n.º 26, 2003, pp. 155 a 168; ANTONIO CARLOS WOLKMER. “Pluralism and social law. Theory from a Latin-American perspective”, *Soft Power*, vol. 5, n.º 2, 2018, pp. 98 a 112; ANTONIO CARLOS WOLKMER y EFENDY EMILIANO M. BRAVO. “Le pluralisme juridique face au constitutionnalisme d’État: domination et colonialité”, *Cahiers des Amériques Latine*, vol. 2, n.º 94, 2020; WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit.; LUCAS MACHADO FAGUNDES, ÁGHATA JULY GOULART PATRICIO y EMANUELA GAVA CACIATORI. *Pluralismo jurídico no processo constituinte boliviano*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019.

1083 GRIFFITHS. “What is legal pluralism?”, cit., pp. 4 y 5.

(pluralismo jurídico “débil”), que reconoce otros derechos internos, y que es por naturaleza transitorio. A él se contrapone el pluralismo jurídico “fuerte”, que expresa la realidad empírica de la sociedad y rechaza los conceptos de legalidad de tradición positivista<sup>1084</sup>.

Otra diferenciación conceptual expuesta por investigadores de América Latina, es la de ANDRÉ J. HOEKEMA acerca del pluralismo jurídico “interno”, en la cual se refiere a las relaciones entre el derecho de las comunidades indígenas y el orden legal nacional. Basándose en ese concepto, presenta la coexistencia de un *pluralismo jurídico social* y un *pluralismo jurídico formal*. El primero no es reconocido por el derecho oficial, mientras que el segundo está representado por dos modalidades que pueden complementarse: el *unitario* (“derecho oficial que determina unilateralmente la legitimidad y aplicación de los demás sistemas normativos reconocidos”) y el *igualitario* (existe “una simultaneidad igualitaria de todos los sistemas de derecho”, resultando que “el derecho indígena sustituye al derecho nacional”, donde “su aplicabilidad es prevalente”)<sup>1085</sup>.

El análisis de modalidades alternativas de normatividad en el contexto latinoamericano permite, según GERMÁN PALACIOS, resaltar cinco tipos de pluralismo jurídico que son: el pluralismo en sociedades que viven en una situación colonial; el pluralismo dentro de la formación social capitalista; el pluralismo en sociedades multiétnicas sometidas a la égida de un Estado-nación; el pluralismo en sociedades cuya complejidad permite la coexistencia de submundos o subculturas; y el pluralismo en períodos de transición<sup>1086</sup>.

Por su parte, GEOFFREY SWENSON admite la presencia del pluralismo jurídico en la mayoría de los órdenes legales en todo el mundo, considerado vital como mecanismo alternativo de resolución de disputas. Dicho autor propone una nueva estructura tipológica para conceptualizar el pluralismo jurídico como instrumento destinado a

1084 Ibid., p. 8. Siguiendo la línea abierta por JOHN GRIFFITHS, ANNE GRIFFITHS retoma la clasificación y la refuerza asociando el pluralismo débil, también denominado legalista o clásico, identificado con los abogados, y el pluralismo *fuerte*, profundo o nuevo, con la visión del derecho producida por las ciencias sociales. Véase: GRIFFITHS. *Legal pluralism*, cit., p. 290.

1085 ANDRÉ J. HOEKEMA. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, n.ºs 26-27, 2002, pp. 70 y 71.

1086 GERMÁN PALACIOS. *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1993, p. 49.

aclarar la variedad de relaciones entre sistemas jurídicos estatales y no estatales. Al estudiar empíricamente determinados casos en Timor-Este y Afganistán, distingue arquetipos diferenciados de pluralismo legal que presentan autonomía o interpenetración: a) combativo, b) competitivo, c) cooperativo, d) complementar. La existencia de esas pluralidades e interacciones fluidas entre justicia estatal y no estatal, posibilita una gama de cruces o configuraciones que deben ser comprendidas y operacionalizadas por estrategias denominadas como: (1) puente (*bridging*), (2) armonización, (3) incorporación, (4) subsidios y (5) representación<sup>1087</sup>.

Si se observan algunos de estos estudios que buscan clasificar conceptualmente el pluralismo jurídico, no se pueden dejar de lado algunas propuestas más amplias que certifican sus avances conceptuales y sus múltiples ciclos de desarrollo.

En ese sentido, es útil la periodización de SALLY ENGLE MERRY complementada por DE SOUSA SANTOS: en un texto de 1988 sobre *legal pluralism*, MERRY presenta y diferencia dos grandes períodos que proyectarán genéricamente dos modalidades: 1) El *pluralismo jurídico clásico*; 2) El *nuevo pluralismo jurídico*. El primero representará, en principio, las investigaciones antropológicas “sobre las sociedades coloniales y postcoloniales [...] las intersecciones entre los derechos europeos y nativos”<sup>1088</sup>, que abarcan desde fines del siglo XIX hasta los procesos de descolonización posteriores a la Segunda Guerra Mundial. Ya lo que la autora denominó “nuevo pluralismo jurídico” corresponde a los finales de la década de los años 1970, cuando “los académicos socio-jurídicos se interesaron en aplicar el concepto de pluralismo jurídico a las sociedades no colonizadas, especialmente en los países industrializados de Europa y Estados Unidos”<sup>1089</sup>.

Teniendo en cuenta esta clasificación temporal de MERRY, BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS al examinar los impactos de la globalización sobre los sistemas normativos locales e infra-estatales nacionales (hibridación jurídica), va más allá al proponer un tercer período que incluye las complejas inter-relaciones de “los ordenamientos jurídicos

1087 SWENSON. “Legal pluralism in theory and practice”, cit., pp. 3 a 5.

1088 SALLY ENGLE MERRY. “Pluralismo jurídico”, en LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO (comps.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, p. 95.

1089 Ídem.

transnacionales y supra-estatales que coexisten en el sistema mundial con ordenamientos jurídicos estatales e infra-estatales”<sup>1090</sup>.

De acuerdo con JUANA DÁVILA SÁENZ, con relación a este tercer período no se debe solo considerar esta contribución sobre la pluralidad jurídica e interlegalidad de DE SOUSA SANTOS (pluralismo jurídico de tipo “postmoderno”), sino, así mismo, otros aportes de interés surgidos a partir de la segunda mitad de la década de los años 1980, como la tesis sistémica-pluralista de GÜNTHER TEUBNER<sup>1091</sup>.

Resulta importante mencionar concepciones o tipologías del pluralismo jurídico que interactúan, inspiradas en un horizonte diversificado de interpretaciones y de contribuciones de investigadores científicos, a saber:

a) *Pluralidad policéntrica infra-jurídica* en la cual se destacan tesis de sociólogos del derecho que, de acuerdo con BELLEY, se refieren a la interdependencia de las manifestaciones estatales y no estatales. Así, la estructura del derecho estatal desarrolla relaciones diversas, complementarias o antagónicas con los múltiples sistemas de infra-derecho. Por otro lado, CARBONNIER señala que el pluralismo jurídico surge en experiencias donde el “infra-derecho” o los fenómenos infra-legales mantienen relaciones con el derecho estatal, que a su vez reconoce y autoriza los “órdenes legales menores”<sup>1092</sup>.

b) *Pluralismo jurídico multiétnico y multicultural*, inherente a sociedades marcadas por un creciente flujo migratorio y cuyo objetivo es darle autonomía a los grupos discriminados y marginados (mujeres).

1090 DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, cit., pp.139 y 140. Véase aún: JUANA DÁVILA SÁENZ. “Apuntes sobre pluralismo jurídico” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad de los Andes, 2004, disponible en [<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/21194>], p. 66; A partir de la contribución de DE SOUSA SANTOS sobre las epistemologías del Sur, SARA ARAÚJO amplía, agregando otros dos ciclos: pluralismo jurídico instrumental (para el desarrollo) y pluralismo jurídico intercultural (para democratizar). Véase: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS, SARA ARAÚJO y ORLANDO ARAGÓN ANDRADE (eds.). *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*, México, D. F., Akal, 2021, pp. 149 a 154.

1091 DÁVILA SÁENZ. “Apuntes sobre pluralismo jurídico”, cit., pp. 58 y ss.; Consultar también: GÜNTHER TEUBNER. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Lima, ARA, 2005, pp. 115 a 133.

1092 BELLEY. “Pluralismo jurídico”, cit., pp. 587 y 588.

res, negros, homosexuales, extranjeros, refugiados, etc.) así como reivindicar el “derecho a la diferencia” de las personas<sup>1093</sup>.

c) *Pluralismo jurídico como fenómeno de la globalización*, que se refiere a la producción normativa resultante de nuevos procedimientos globalizados de regulación social, es decir, a la vigencia de la *lex mercatoria* encabezada por negociaciones y arbitrajes de grandes empresas, corporaciones y agentes económicos internacionales<sup>1094</sup>.

d) *Pluralismo jurídico de Estado*, es el modelo de pluralidad configurado como una especie de “centralismo legal”, con una formalización débil y fragmentada y que está presente en diversos sectores de la estructura interna del Estado. Como señala TWINING, aunque con más frecuencia se asocia el pluralismo jurídico al “derecho no estatal”, hoy en día no se puede dejar de reconocer una especie de pluralismo jurídico de Estado, “como un hecho presente en casi todos los Estados [...] y que presenta una vitalidad continua”<sup>1095</sup>. Uno de los aspectos de esta dinámica aparece en las altas cortes colombianas, como revela LÓPEZ CUÉLLAR al decir que el mito del monismo jurídico dentro del Estado vive un debilitamiento, puesto que no solo existen diversas instituciones públicas, así como tensiones entre ellas en la toma de decisiones, sino que también a veces falta llegar a un acuerdo sobre cuál sería la entidad pública adecuada para tomar la decisión final. Por tanto, los indicios del pluralismo jurídico están presente en “la coexistencia de las instituciones que reclaman autoridad y falta de obediencia” dentro del Estado<sup>1096</sup>.

e) *Pluralismo jurídico de las prácticas participativas comunitarias*, que surge en sociedades contemporáneas de capitalismo periférico, en

1093 ANA LÚCIA SABADELL. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*, 2.ª ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 122 y 123; CÁRCOVA. *A opacidade do direito*, cit., pp. 91 y 121.

1094 HERNÁNDEZ CERVANTES. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, cit.; TWINING. *Derecho y globalización*, cit., pp. 255 y ss.; DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, cit.

1095 TWINING. *Derecho y globalización*, cit., pp. 262 y 263.

1096 LÓPEZ CUÉLLAR. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano*, cit., pp. 115 y ss.; Para comentarios sobre la propuesta de LÓPEZ CUÉLLAR ver: DIANA CAROLINA VALENCIA TELLO. “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 45, 2020, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6331>], p. 140.

un contexto de dominación y conflicto, a causa de la ineficiencia de las instituciones jurídicas responsables de la aplicación de las leyes, por ejemplo, en las que el derecho estatal ya no es más capaz de responder a las demandas de los más variados sectores de la sociedad y en ese caso, ante la ausencia de la justicia estatal u oficial, segmentos comunitarios buscan resolver sus conflictos entre sí por medio de prácticas autogestionadas, que poseen una percepción notable de las reglas formalizadas de la justicia ordinaria. A este respecto es importante mencionar la propuesta insurgente y desde el Sur de un *pluralismo jurídico comunitario-participativo*<sup>1097</sup>.

Más allá de todo esto, existe aún la dificultad de establecer una taxonomía para situar la existencia del pluralismo jurídico en los distintos espacios-tiempos, la intersección, hibridación e intercambio de sus distintas prácticas, tanto en nivel teórico como en escala empírica. El debate sobre estas cuestiones y sus desacuerdos provoca tantas denominaciones e innumerables “epítetos”, lo que dificulta el intento de una sistematización más rigurosa según señala LÓPEZ LÓPEZ, pues tal fenómeno abarca no solo un pluralismo jurídico *fuerte* o *débil* sino también uno *clásico*, *nuevo*, *aparente*, *formal unitario* e *igualitario*, *alternativo*, *postmoderno*, *autopoiético* y otros tantos<sup>1098</sup>.

## VI. CRÍTICAS AL PLURALISMO JURÍDICO

En una discusión más amplia y considerado como fenómeno social y cultural, el pluralismo jurídico en su calidad de expresión de toda y cualquier producción normativa policéntrica, engendra siempre dificultades y controversias en el diseño acerca de su sistematicidad, sus rasgos y principios.

La gran variedad de “presupuestos teóricos y usos conceptuales” favorece el surgimiento de brechas en la comprensión del pluralismo jurídico, que de acuerdo con BENDA-BECKMANN crean planteamientos un tanto estereotipados, responsables por argumentos falaces. Para dicho autor, no solo existe una ausencia efectiva de estudios empíricos para tratar “situaciones de pluralismo normativo e institucio-

1097 Para una exposición sobre esto, consultar: WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., pp. 203 a 240.

1098 LÓPEZ LÓPEZ. “El pluralismo Jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho”, cit., pp. 47 y 48.

nal”, sino, sobre todo, para tratar la existencia de muchas confusiones generadas por estas designaciones de pluralidad *débil, fuerte, profunda, antigua y nueva*<sup>1099</sup>.

Con relación a esas ideas sobre defectos y puntos neurálgicos, ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO plantean algunas críticas acerca de la conceptualización y la negatividad de los beneficios cuando se aumenta demasiado la calificación de lo que es realmente “jurídico”<sup>1100</sup>. Según dichos autores, los críticos han reiterado el discurso de que los pluralistas jurídicos no solo traen un concepto difuso del derecho, sino que además acaban por destruir “los límites entre lo jurídico y lo social” y caen conceptualmente en la esfera del derecho estatal<sup>1101</sup>.

Analizado desde otro punto de vista, no todo lo que parece pluralismo realmente lo es, pues según análisis de JEAN CARBONNIER, hay situaciones jurídicas (derecho estatal) e infra-jurídicas (derecho informal), que en la práctica no se refieren al pluralismo jurídico<sup>1102</sup>. Según CARLOS CÁRCOVA, un gran equívoco cometido por los pluralistas es equiparar las reglas morales, religiosas y consuetudinarias con la normatividad constituida e impuesta por el Estado, lo que se explica por “un énfasis desproporcionado en las críticas al formalismo jurídico: en el afán de manejar una noción de derecho no reductivo, acaban destruyéndola”<sup>1103</sup>.

Más allá de esas ponderaciones y cuestionamientos hay que destacar, como uno de los más persistentes, fuertes y equivocados ataques contemporáneos al pluralismo jurídico, el del funcionalista BRIAN Z. TAMANAHA que se ha proyectado internacionalmente en diversos ensayos, alardeando la inocuidad, ambigüedad y contradicción del concepto del pluralismo jurídico, resaltando sus “problemas” analíticos e instrumentales. Para TAMANAHA, los pluralistas del derecho son incapaces de “establecer una definición común de ‘derecho’”, o más rigurosamente, de “formular una definición científica única o trans-

1099 FRANZ VON BENDA-BECKMANN. “Introducción: La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo jurídico”, en JORGE ARMANDO GUEVARA GIL y ANÍBAL GÁLVEZ RIVAS (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad*, Lima, CICAJ, DARS y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, pp. 17 y 18.

1100 ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO (comps). *Pluralismo jurídico*, cit., pp. 54 y 55.

1101 Ídem.

1102 CARBONNIER. *Sociología jurídica*, cit., pp. 220, 222 y 223.

1103 CÁRCOVA. *A opacidade do direito*, cit., pp. 118 a 120.



cultural del derecho”. Tal concepción ha sido construida “sobre fundamentos analíticos inestables que, en última instancia, lo llevan a su desmoronamiento: [...] los pluralistas jurídicos han introducido una ambigüedad esencial en su idea de ‘derecho’” y por eso el concepto de pluralismo jurídico “debe reconstruirse por completo o abandonarse”<sup>1104</sup>. Así, el autor critica a los “pluralistas jurídicos” por incluir en sus ideas demasiados fenómenos que no son en realidad “derecho”, cuando lo que deberían hacer es “una lectura a fin de restringir el uso de lo ‘jurídico’ al derecho estatal”. Las normas estatales son reconocidas por su institucionalidad y por sus mecanismos vinculantes, mientras que las normas sociales generales y difusas que componen el pluralismo jurídico no son científicas. Por tanto, los pluralistas “deben dejar de acusar a aquellos que defienden esta visión del derecho de sufrir una ceguera inducida por la ideología”, lo que podría resolverse, según TAMANAHA, libertándolos, al “sustituir la palabra derecho por el concepto ‘sistema de reglas’”<sup>1105</sup>. Sin embargo, la incapacidad de los pluralistas jurídicos no permite que los mismos, desde su visión esencialista, distingan las normas de la vida social del propio derecho<sup>1106</sup>. ANNE GRIFFITHS contrapone que con esos argumentos de que el pluralismo jurídico “fuerte” es una mera producción de los científicos sociales, ciertamente, TAMANAHA se sitúa en un “nivel ideológico y no en una perspectiva científica social de derecho”<sup>1107</sup>.

1104 BRIAN Z. TAMANAHA. “La insensatez del concepto ‘científico social’ del pluralismo jurídico”, en LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO (eds.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 224 y 225; Consultar también: BRIAN Z. TAMANAHA. “Undertanding legal pluralism: Past to present, local to global”, *Sydney Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2007, pp. 375 a 411, disponible en [<https://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2008/20.pdf>].

1105 TAMANAHA. “La insensatez del concepto ‘científico social’ del pluralismo jurídico”, cit., p. 273; Véase también: DUPRET. “Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices”, cit.; ÁLVAREZ LUGO. “Post-desarrollo, pluralismo jurídico y derechos territoriales indígenas. El caso de Ecuador a la luz de la Constitución de Montecristi”, cit., pp. 126 a 128.

1106 Ver sobre esto: BRIAN Z. TAMANAHA. “A non-essentialist version of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, n.º 2, 2000, pp. 296 a 321.

1107 GRIFFITHS. “Legal pluralism”, cit., p. 307; Para profundizar otras críticas que consideran al pluralismo jurídico como “una herramienta inadecuada” lo que genera “ambivalencia y confusión”, es importante consultar: SIMON ROBERTS. “Against legal pluralism: Some reflections on the contempo-

Otro aspecto levantado por los críticos, es que a veces los pluralistas del derecho, al combatir el derecho oficial del Estado, romantizan la existencia de un derecho más justo, legítimo y emancipador, cuando se trata de prácticas inconstitucionales o ilícitos penales. Así las cosas, serían prácticas a las cuales se le atribuye pluralidad de manera equivocada, que son frontalmente contrarias a la “razón de ser del derecho”, tales como procedimientos conflictivos, reglas vinculadas a la mafia y a la circulación de narcotráficos. Sin llegar a ese tipo de infracciones o violencias, es necesario destacar las manifestaciones polémicas generadoras de controversia y, en ese escenario, se pueden mencionar las investigaciones empíricas de “otro derecho” (derecho de Pasárgada) al margen de los aparatos oficiales e inauguradas por DE SOUSA SANTOS en las *favelas* de Río de Janeiro. Ante la ausencia de justicia estatal, la población carente y marginada busca resolver los conflictos más frecuentes (peleas por viviendas, posesión de terrenos y relaciones matrimoniales) con el concurso de prácticas legales autogestoras (a cargo de la asociación de residentes locales), completamente distintas a las reglas formales y convencionales de la justicia oficial del Estado (derecho del “asfalto”).

Más allá de ser una práctica colectiva de extrema importancia para la resolución de conflictos que ocupa un vacío dejado por el Estado, ella ha propiciado también una dinámica distinta: la circulación de una normatividad insurgente, tergiversada dominada por la coacción de las cuadrillas controladoras del tráfico de drogas y por la actividad ilegal de la policía<sup>1108</sup>. Se ha creado entonces una ilegalidad en que la autoregulación social significa, desde el punto de vista práctico, “la entrega de las poblaciones marginadas al poder de la policía y del crimen organizado”<sup>1109</sup>.

---

rary enlargement of the legal domain”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 30, n.º 42, 1998, pp. 95 a 106; GÜNTHER TEUBNER. “The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism”, *Cardozo Law Review*, n.º 13, 1992, pp. 1.143 a 1.462.

1108 CARLOS CISNEROS. “Pluralismo jurídico y prácticas corruptas”, en CLAUDIA STORINI (ed.). *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, Quito, Corporación Editora Nacional y UASB, 2019, p. 439; Véase igualmente: LUCAS BORGES DE CARVALHO. “Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil”, en ANTONIO CARLOS WOLKMER, FRANCISCO Q. VERAS NETO e IVONE M. LIXA (comps.). *Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*, 2.ª ed., San Pablo, Saraiva, pp. 16 a 22.

1109 ELIANE BOTELHO JUNQUEIRA y JOSE AUGUSTO DE S. RODRIGUES. “A volta

Es importante dejar claro que, aun cuando no sean experiencias auténticas o alternativas de pluralismo jurídico, tampoco puede justificarse que tales prácticas se acepten como variantes al legalismo oficial del Estado, sino que según pondera MARCELO NEVES, serían “mecanismos inestables y difusos de reacción a la ausencia de la legalidad” y de “estrategias de supervivencia”<sup>1110</sup>.

A la luz de estos argumentos, estas críticas elaboradas contra el pluralismo jurídico padecen de una mayor consistencia, pues reglamentos o códigos de conducta de bandos comunitarios rivales (pandillas, maras), bandas del narcotráfico y camarillas corruptas, no son manifestaciones de pluralismo del derecho, sino que ciertamente, como advierte CARLOS CISNEROS, la delincuencia “en ninguna circunstancia puede ser considerada emancipatoria”<sup>1111</sup>.

De cualquier modo, hay que tener presente aun la visión crítica de DE SOUSA SANTOS, en cuanto que en el pluralismo jurídico “no hay nada intrínsecamente bueno, progresista o emancipatorio”, pues la pluralidad no pasa de un marco teórico que puede “revelar algunos rostros ocultos de la opresión y al mismo tiempo puede abrir nuevos campos de práctica emancipatoria”<sup>1112</sup>. Según dicho autor, han surgido situaciones en que prevalecen la arbitrariedad y la opresión aún delante de una normatividad procedente del pluralismo jurídico y, además, ratifica que si el pluralismo está “presente en todas las sociedades contemporáneas”, cada sociedad tiene una óptica especial o singular del pluralismo jurídico vigente internamente. Según DE SOUSA SANTOS, “no hay ninguna razón para que el derecho estatal sea menos

---

do paraíso: cidadania e violência”, en BELISÁRIO DOS SANTOS JÚNIOR *et al.* *Direitos humanos. Um debate necessário*, San Pablo, Brasiliense, 1988, p. 140.

1110 MARCELO NEVES. “Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina”, en GARCÍA VILLEGAS y RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, cit., disponible en [<https://ilsa.org/wp-content/uploads/2022/10/eclvs03-12.pdf>], pp. 275 y 276.

1111 CARLOS CISNEROS. “Pluralismo jurídico y prácticas corruptas”, cit., p. 449; Consultar a propósito: EMILIO GOUBAUD. “Maras y pandillas en Centroamérica”, *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 4, 2008, pp. 35 a 46, disponible en [<https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/35-46>].

1112 DE SOUSA SANTOS y GARCÍA VILLEGAS. *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, cit., pp. 137 y 145.

despótico o menos democrático que el derecho no estatal. En verdad, hay ordenamientos jurídicos no estatales que son más despóticos que los ordenamientos jurídicos estatales del país en el cual operan (derecho de la mafia)”<sup>1113</sup>.

Resta subrayar que las dificultades al tratar del pluralismo jurídico residen, como señala ANNE GRIFFITHS al citar a BENDA-BECKMANN, en “distinguir entre retórica y realidad, entre aserciones ideológicas y hechos empíricos” y el peligro es “tratar como hechos las aserciones no comprobadas que funcionan como presupuestos ideológicos”<sup>1114</sup>.

En síntesis, la reafirmación del pluralismo jurídico en su calidad de materialización de prácticas comunitarias autonómicas y participativas es legítima en lo que se refiere a las formas históricas, no solo ante la injusticia e ineficacia del derecho estatal, sino además en relación a las condiciones limítrofes de la (in)moralidad de conductas en la vida social.

## VII. REFLEXIONES FINALES

Es importante reafirmar entonces, que el reconocimiento de la pluralidad jurídica no significa la abolición de la centralidad del derecho estatal, ni tampoco la minimización de la actuación del Estado en el proceso de creación, elaboración, aplicación, mantenimiento y fiscalización de las leyes. El pluralismo jurídico va más allá y le da valor a los más variados tipos, formas y orígenes de normatividad, posibilita y considera la institución de ordenamientos jurídicos que pueden ser o no producto de formas de colonización, materializando la tradición y circularidad de leyes locales, reglas consuetudinarias, prácticas autonómicas indígenas, patrones regulatorios multiétnicos y preceptos religiosos.

La proposición que queda abierta y flexible, y que tiene en cuenta tanto investigaciones locales como globales del derecho, puede favorecer el énfasis del pluralismo jurídico no solo como ha venido

1113 Ibid., pp. 145 y 146.

1114 ANNE GRIFFITHS. “Pluralismo jurídico, justiça e direitos humanos: reavaliando o direito numa era transnacional”, en HELENE MARIA KYED, JOÃO PAULO BORGES COELHO, AMÉLIA NEVES DE SOUTO y SARA ARAÚJO (comps.). *A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de Estudos Sociais Aquino de Bragança, 2012, pp. 48 y 49.

siendo estudiado académicamente y utilizado en los países centrales o del Norte global, sino al mismo tiempo problematizando diferentes situaciones de injusticia, ineficacia y resistencia posibles de detectar constantemente en escenarios como los de Latinoamérica (lo que no excluye otras sociedades periféricas del Sur global).

La reaparición actual del pluralismo jurídico como un mecanismo operacional distinto y diferenciado se refiere, por un lado, a la superación de las modalidades *tradicionales y conservadoras* de pluralismo identificado con las elaboraciones etnocéntricas (experiencias corporativistas, coloniales y globalizadas), y por el otro, a la abertura hacia una concepción teórico-práctica *transformadora* de la normatividad, como reflejo dinámico y policéntrico en un nuevo espacio ecosocial. Ello significa ver al pluralismo jurídico como un espejo de normatividades que ya existen, que están ahí históricamente y ponderar que el desafío es cómo utilizarlo: como herramienta de dominación y conservación o como afirmación de derechos existentes, pero no reconocidos.

Se proyecta así un modelo de pluralismo jurídico “comunitario y participativo” destinado a espacios periféricos, que pueden ser o no poscoloniales, del capitalismo latinoamericano que aglutina e interactúa en determinadas condiciones: a) La insurgencia de nuevas sociabilidades en sus distintas identidades (reinención del concepto de sujeto); b) Búsqueda y concretización de un sistema de justa satisfacción de las necesidades fundamentales (no confundirlas exclusivamente con necesidades materiales); c) Prácticas sociales comunitarias descentralizadas, participativas y democráticas (ejercicio del poder comunitario); d) Reconocimiento e introyección de una cultura constituida por principios éticos de alteridad, como horizonte de la solidaridad, del cuidado, de respeto y preservación de la vida; e) Redescubrimiento de otras formas de saberes de dimensión ecocéntrica que no sean prisioneras de la racionalidad instrumental moderna, sino de la racionalidad enfocada hacia la vida y la naturaleza, en la configuración relacional, compleja, intercultural y transdisciplinar<sup>1115</sup>.

Por último, se concluye, considerando la llamada de atención de ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO, que el porvenir de la “teoría del pluralismo jurídico tiene que ver con la consideración de que

1115 Sobre un desarrollo integral de este tema, consultar: WOLKMER. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, cit., pp. 203 a 240.

el derecho es una práctica discursiva y cognitiva que puede adoptar distintas formas y que puede estar presente en distintos espacios”<sup>1116</sup>.

## REFERENCIAS

- AGUILERA PEÑA, MARIO. *Contrapoder y justicia guerrillera. Fragmentación política y orden Insurgente en Colombia (1952-2003)*, Bogotá, IEPRI y Debate, 2014.
- ÁLVAREZ LUGO, YESICA. “Post-desarrollo, pluralismo jurídico y derechos territoriales indígenas. El caso de Ecuador a la luz de la Constitución de Montecristi” (tesis de doctorado), España, Universidad del País Vasco, 2018.
- ARAGÓN ANDRADE, ORLANDO. “Antropología jurídica y pluralismo jurídico en México. Hacia una propuesta teórica para estudiar la oficialización de las justicias indígenas en Michoacán”, *Oficina CES*, n.º 373, 2011, disponible en [<https://estudogeral.uc.pt/handle/10316/90616?locale=pt>].
- ARDILA AMAYA, EDGAR. “Justicia comunitaria y sociedad nacional”, *Boletín Informativo del Grupo de Gobernanza y Justicia*, n.º 6, 2009.
- ARDILA AMAYA, EDGAR. “Justiça comunitária”, en ANTONIO SIDEKUM, ANTONIO CARLOS WOLKMER y SAMUEL M. RADAELLI (orgs.). *Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos*, Petrópolis, Nova Harmonia/ Blumenau, EDFURB, 2016.
- ARDILA AMAYA, EDGAR. “De la justicia judicial a la justicia comunitaria” (tesis de doctorado), Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2016, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/23873>].
- ARIZA HIGUERA, LIBARDO y DANIEL BONILLA MALDONADO (comps.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

1116 ARIZA HIGUERA y BONILLA MALDONADO. *Pluralismo jurídico*, cit., p. 77.

- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. *El derecho profano. Justicia indígena, justicia informal y otras maneras de realizar lo justo*, Bogotá, Externado, 2010.
- ARIZA SANTAMARÍA, ROSEMBERT. “El pluralismo jurídico en América Latina y la nueva fase del colonialismo jurídico en los Estados constitucionales”, *Insurgência: Revista de Direitos e Movimentos Sociais*, vol. 1, n.º 1, 2015, pp. 165 a 194, disponible en [<https://periodicos.unb.br/index.php/insurgencia/article/view/18803>].
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN. *Critique de la raison juridique. Où va la sociologie du droit*, París, LGDJ, 1981.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN (ed.). *Legal culture and everyday life*, Oñati, IISL, 1989.
- ARNAUD, ANDRÉ-JEAN y MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. *Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos*, Río de Janeiro, Renovar, 2000.
- ARTEAGA CROVETTO, PATRICIA. *Re-imaginando el derecho: visiones desde la antropología y otras ciencias sociales (1950-2000)*, Lima, PROJUR, 2009.
- BEKKER, J. C.; JOHAN MARTIN TROTSKE LABUSCHAGNE y LOUIS PETRUS VORSTER (eds.). *Introduction to legal pluralism in South Africa. Part 1: Customary law*, Durban, Lexis Nexis, 2002.
- BELLEY, JEAN GUY. “L’État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique”, *Sociologie et Sociétés*, vol. 18, n.º 1, 1986, pp. 11 a 32.
- BELLEY, JEAN GUY. “Pluralismo jurídico”, en ANDRÉ-JEAN ARNAUD (dir.). *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999.
- BORGES DE CARVALHO, LUCAS. “Caminhos (e descaminhos) do pluralismo jurídico no Brasil”, en ANTONIO CARLOS WOLKMER, FRANCISCO Q. VERAS NETO e IVONE M. LIXA (comps.). *Pluralismo jurídico: Os novos caminhos da contemporaneidade*, 2.ª ed., San Pablo, Saraiva, pp. 16 a 22.

- BUENO DE CARVALHO, AMILTON. *Direito alternativo em movimento*, Niterói, Luam, 1997.
- BUSTAMANTE SOLDEVILLA, MINDA. “Pluralismo jurídico en Chile, la relación entre regímenes jurídicos: internacional y nacional desde la entrada en vigencia del Convenio 169 de la OIT” (tesis de maestría), Santiago, Universidad de Chile, 2015, disponible en [<https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/140211>].
- CABEDO MALLÓL, VICENTE. *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas*, Barcelona, Icaria, 2012.
- CARBONNIER, JEAN. *Sociologia jurídica*, Coimbra, Almedina, 1979.
- CÁRCOVA, CARLOS. *A opacidade do direito*, San Panbo, LTr, 1998.
- CHENAUT, VICTORIA, MAGDALENA GÓMEZ, HÉCTOR ORTIZ y MARÍA TERESA SIERRA (coords.). *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México, CIESAS y Quito, FLACSO, 2010.
- CHIBA, MASAJI. “Toward a Truly International Sociology of Law Through the Study of the Legal Pluralism Existing in the World”, en ANDRE-JEAN ARNAUD (ed.). *Legal culture and everyday life*, Oñati, IISL, 1989, pp. 129 a 136.
- CISNEROS, CARLOS. “Pluralismo jurídico y prácticas corruptas”, en CLAUDIA STORINI (ed.). *Refundación del constitucionalismo social. Reflexiones a los cien años de la Constitución de Querétaro*, Quito, Corporación Editora Nacional y UASB, 2019.
- COMAROFF, JOHN L. y SIMON ROBERTS A. *Rules and processes: The cultural logic of dispute in an African context*, Chicago, University of Chicago Press, 1981.
- COPA PABÓN, MAGALI VIENCA. “Dispositivos de ocultamiento en tiempos de pluralismo jurídico en Bolivia” (tesis de maestría), México, Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2017, disponible en [<https://repositorioinstitucional.uaslp.mx/xmlui/handle/i/5594>].



- CORREAS, ÓSCAR. “La teoría general del derecho frente al derecho indígena”, *Crítica Jurídica Nueva Época*, n.º 14, 1994, pp. 15 a 31, disponible en [[https://criticajuridica.org/index.php/critica\\_juridica/article/view/296](https://criticajuridica.org/index.php/critica_juridica/article/view/296)].
- CORREAS, ÓSCAR. *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México, D. F., Fontamara, 2003.
- DÁVILA SÁENZ, JUANA. “Apuntes sobre pluralismo jurídico” (tesis de pregrado), Bogotá, Universidad de los Andes, 2004, disponible en [<https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/21194>].
- DE JULIOS CAMPUZANO, ALFONSO. *La transición paradigmática de la teoría jurídica: el derecho ante la globalización*, Madrid, Dykinson, 2009.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO. “Justicia comunitaria: resistencia y contribución. Una visión desde el sistema comunitario de La Montaña y Costa Chico de Guerreiro”, en EDGAR ARDILA AMAYA et al. *Otra justicia posible: la justicia comunitaria como ruta para la democracia: Memorias*, Bogotá, Red de Justicia y Tratamiento del Conflicto, 2005, pp. 259 a 293.
- DE LA TORRE RANGEL, JESÚS ANTONIO (coord.). *Pluralismo jurídico: teoría y experiencias*, San Luis Potosí, CENEJUS y FDUASLP, 2007.
- DE SOUSA JUNIOR, JOSÉ GERALDO (coord.). *O direito achado na rua. Concepção e prática*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2015.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *O direito dos oprimidos*, Coimbra, Almedina, 2014.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA; SARA ARAÚJO y ORLANDO ARAGÓN ANDRADE (eds.). *Descolonizando el constitucionalismo. Más allá de promesas falsas o imposibles*, México, D. F., Akal, 2021.

- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS (orgs.). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2001.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y JOSE O. SERRA VAN DÚNEN (orgs.). *Sociedade e Estado em construção: desafios do direito e da democracia em Angola, vol.: Luanda e justiça: pluralismo jurídico numa sociedade em transformação*, Coimbra, Almedina y CES, 2012.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA y JOSÉ LUIS EXENI RODRIGUES (eds.). *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*, Quito, Abya Yala, 2013.
- DEL CORRAL CORRAL, MANUEL DE JESÚS. “Producción alternativa y democracia en América Latina”, *Travesías: Política, Cultura y Sociedad en Iberoamérica*, n.º 1, 1996, pp. 221 a 231, disponible en [<https://dspace.unia.es/handle/10334/1569>].
- DOMINGUES ARAÚJO, SARA ALEXANDRE. “Ecologia de justiças a Sul e a Norte: cartografias comparadas das justiças comunitárias em Maputo e Lisboa” (tesis de doctorado), Coimbra, Universidade de Coimbra, 2014.
- DUPRET, BAUDOUIN. “Legal pluralism, plurality of laws, and legal practices”, *European Journal of Legal Studies*, vol. 1, n.º 1, 2007, disponible en [<https://cadmus.eui.eu/handle/1814/6852>].
- EHRlich, EUGEN. *Fundamentos da sociologia do direito*, Brasília, UnB, 1986.
- FAJARDO SÁNCHEZ, LUIS ALFONSO. “Las fuentes olvidadas del pluralismo jurídico: indianos, piratas, palenqueros y gitanos”, *Estudios Socio-Jurídicos*, vol. 5, n.º 1, 2003, pp. 114 a 171, disponible en [<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/240>].
- FERNÁNDEZ OSCO, MARCELO. *La ley del ayllu: práctica de jach'a justicia y jisk'a justicia (justicia mayor y justicia menor) en las comunidades aymaras*, 2.ª ed., La Paz, PIEB, 2004.

FIALLO MONEDERO, LILIAM. *Pluralismo jurídico en Ecuador: el caso de la nacionalidad Tsachila*, Quito, Universidad de las Américas, 2014.

FITZPATRICK, PETER. "Law and societies", *Osgood Hall Law Journal*, vol. 22, n.º 1, 1984, pp. 115 a 138, disponible en [<https://digitalcommons.osgoode.yorku.ca/ohlj/vol22/iss1/5/>].

FOLEY, GLÁUCIA FALSARELLA. *Justiça comunitária. Por uma justiça da emancipação*, Bello Horizonte, Fórum, 2010.

GAITÁN BOHÓRQUEZ, JULIO. *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2013.

GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO y CÉSAR RODRÍGUEZ. *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2003.

GILISSEN, JOHN (dir.). *Le pluralisme juridique*, Bruselas, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1971.

GLUCKMAN, MAX. "Concepts in the comparative study on tribal law", en LAURA NADER (ed.). *Law in culture and society*, Berkeley, University of California Press, 1997.

GOODALE, MARK RYAN. "Leopold Pospisil: A critical reappraisal", *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 30, n.º 40, 2013, pp. 123 a 149.

GOUBAUD, EMILIO. "Maras y pandillas en Centroamérica", *URVIO, Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, n.º 4, 2008, pp. 35 a 46, disponible en [<https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/article/view/35-46>].

GRIFFITHS, ANNE. "Legal pluralism", en REZA BANAKAR y MAX TRAVERS (eds.). *An introduction to law and social theory*, Oxford y Portland, Hart Publishing, 2002.

- GRIFFITHS, ANNE. “Pluralismo jurídico, justiça e direitos humanos: reavaliando o direito numa era transnacional”, en HELENE MARIA KYED, JOÃO PAULO BORGES COELHO, AMÉLIA NEVES DE SOUTO y SARA ARAÚJO (comps.). *A dinâmica do pluralismo jurídico em Moçambique*, Maputo, Centro de Estudos Sociais Aquino de Bragança, 2012.
- GRIFFITHS, JOHN. “What is legal pluralism?”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n.º 24, 1986, pp. 1 a 55.
- GUEVARA GIL, ARMANDO y JOSEPH THOME. “Notes on legal pluralism”, en *Beyond Law*, vol. 2, n.º 5, 1992, pp. 75 a 102.
- GURVITCH, GEORGES. *Sociología del derecho*, Rosario, Edit. Rosario, 1945.
- HAYES MICHEL, MARÍA YAMILE. “Pluralismo jurídico en Bolivia. La coexistencia del Derecho indígena y el Derecho estatal en Bolivia”, (tesis de doctorado), Valencia, Universidad de Valencia, 2016, disponible en [<https://roderic.uv.es/handle/10550/55203>].
- HERNÁNDEZ CERVANTES, ALEIDA. *La producción jurídica de la globalización económica. Notas de una pluralidad jurídica transnacional*, Aguascalientes, CENEJUS, 2014.
- HOEKEMA, ANDRÉ J. “Hacia un pluralismo jurídico formal de tipo igualitario”, *El Otro Derecho*, n.ºs 26-27, 2002.
- HOGGIN, HERBERT IAN. *Law and order in Polynesia: A study of primitive legal institution*, Londres, Christophers, 1934.
- HOOKE, MICHEL BARRY. *Legal pluralism. Introduction to colonial and neo-colonial laws*, Oxford, Clarendon Press, 1975.
- INSTITUTO LATINOAMERICANO DE SERVICIOS LEGALES ALTERNATIVOS. *El Otro Derecho*, n.ºs 26-27, “Pluralismo jurídico y alternatividad judicial”, abril de 2002, disponible en [<https://ilsa.org.co/2022/01/el-otro-derecho-n-26-27/>].

- ITURRALDE, DIEGO. “Usos de la ley y usos de la costumbre: la reivindicación del derecho indígena y la modernización del Estado”, en ALBERTO WRAY, RODRIGO DE LA CRUZ, DIEGO ITURRALDE, ADOLFO TRIANA, FRANCISCO BALLÓN AGUIRRE, XAVIER IZCO y JUAN CARLOS RIBADENEIRA. *Derecho, pueblos indígenas y reforma del Estado*, Quito, Abya Yala, 1993.
- JUNQUEIRA, ELIANE BOTELHO y JOSE AUGUSTO DE S. RODRIGUES. “A volta do parafuso: cidadania e violência”, en BELISÁRIO DOS SANTOS JÚNIOR *et al.* *Direitos humanos. Um debate necessário*, San Pablo, Brasiliense, 1988.
- LEVY-BRUHL, HENRI. *Sociología del derecho*, Buenos Aires, Universitaria, 1964.
- LLANO, JAIRO VLADIMIR. *Pluralismo jurídico y conflicto armado*, Cali, Universidad Libre, 2015.
- LONDOÑO BERRÍO, HERNANDO LEÓN. “Pluralismo punitivo y derechos humanos: el caso de la Comuna 13 de Medellín-Colombia (2000-2010)” (tesis de doctorado), Sevilla, Universidad Pablo De Olavide, 2013, disponible en [<https://rio.upo.es/xmlui/handle/10433/2015?show=full>].
- LÓPEZ BÁRCENAS, FRANCISCO JAVIER. “Ensayo sobre la ceguera jurídica. Las teorías jurídicas y el derecho entre los Nñuú Savi”, en ÓSCAR CORREAS (coord.) *Pluralismo jurídico: otros horizontes*, México, D. F., UNAM, 2007.
- LÓPEZ CUÉLLAR, NÉLCY. *Pluralismo jurídico estatal: entre conflicto y diálogo. Enseñanzas de un caso colombiano*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2015.
- LÓPEZ LÓPEZ, LILIANA. *La demanda indígena de autonomía desde los Acuerdos de San Andrés: los retos para el derecho y la pertinencia del pluralismo jurídico*, San Luis Potosí y Aguascalientes, FDSL y CENEJUS, 2011.

- LÓPEZ LÓPEZ, LILIANA E. “El pluralismo jurídico: una propuesta paradigmática para repensar el derecho”, *Umbral. Revista de Derecho Constitucional*, vol. 4, n.º 1, 2014, pp. 31 a 64.
- MACHADO FAGUNDES, LUCAS; ÁGHATA JULY GOULART PATRICIO y EMANUELA GAVA CACIATORI. *Pluralismo jurídico no processo constituinte boliviano*, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2019.
- MACHICADO, JORGE. *Justicia comunitaria*, La Paz, CED, 2009.
- MACHICADO, JORGE. “¿Qué es la justicia comunitaria?”, *Apuntes Jurídicos en la Web*, 2010, disponible en [<https://jorgemachicado.blogspot.com/2009/01/justicia-comunitaria.html>].
- MARTÍNEZ, JUAN CARLOS; CHRISTIAN STEINER y PATRICIA URIBE (coords.). *Elementos y técnicas de pluralismo jurídico: manual para operadores de justicia*, México, D. F., Fundación Konrad Adenauer, 2012.
- MELGARITO ROCHA, ALMA GUADALUPE. *Pluralismo jurídico: la realidad oculta. Análisis crítico-semiológica de la relación estado-pueblos indígenas*, México, D. F., UNAM, 2012.
- MERRY, SALLY ENGLE. “Una clasificación de la justicia popular”, *El Otro Derecho*, n.º 30, 2004, pp. 39 a 74.
- MERRY, SALLY ENGLE. “Pluralismo jurídico”, en LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO (comps.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007, pp. 87 a 141.
- MOORE, SALLY FALK. “Law and social change: The semi-autonomous social field as an appropriate subject of study”, *Law and Society Review*, vol. 7, n.º 4, 1973, pp. 719 a 746.
- MOREIRA, MANUEL ALBERTO JESÚS. *El derecho de los pueblos originarios: reflexión y hermenéutica*, Buenos Aires, Santiago Álvarez Editor y Universidad Nacional del Litoral, 2009.

NADER, LAURA. *Ideología armónica: justicia y control en un pueblo de la montaña zapoteca*, Oaxaca, Instituto Oaxaqueño de las Culturas, Fondo Estatal para la Cultura y las Artes y CIESAS, 1998.

NEVES, MARCELO. “Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicaciones en América Latina”, en MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y CÉSAR RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA y Universidad Nacional de Colombia, 2003, pp. 261 a 290, disponible en [<https://ilsa.org/wp-content/uploads/2022/10/eclvs03-12.pdf>].

NINA, DANIEL. *Rethinking popular justice: Self-regulation and civil society in South Africa*, Ciudad del Cabo, Community Peace Foundation, 1995.

NINA, DANIEL. “El derecho como memoria colectiva. Reflexiones en torno del imaginario jurídico en la justicia popular”, en ÓSCAR CORREAS (coord.). *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, D. F., UNAM y Ediciones Coyoacán, 2007.

ORDÓÑEZ CIFUENTES, JOSÉ EMILIO ROLANDO (coord.). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, D. F., UNAM, 2005, disponible en [<http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/10586>].

ORDÓÑEZ MAZARIEGOS, CARLOS SALVADOR. “Pluralismo jurídico: una aproximación antropológica desde los Altos de Guatemala”, en JOSÉ EMILIO ROLANDO ORDÓÑEZ CIFUENTES (coord.). *Pluralismo jurídico y pueblos indígenas. XIII Jornadas Lascasianas Internacionales*, México, D. F., UNAM, 2005, pp. 223 a 241, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1670/13.pdf>].

PALACIOS, GERMÁN. *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1993.

- PAZ, SARELA. “Los diversos caminos del pluralismo jurídico: hacia una reflexión del Estado plurinacional”, en MILKA CASTRO LUCIC (ed.). *Los puentes entre la antropología y el derecho: orientaciones desde la antropología jurídica*, Santiago, Universidad de Chile, 2014, pp. 251 a 448, disponible en [<https://libros.uchile.cl/files/presses/1/monographs/605/submission/proof/files/assets/basic-html/page-251.html>].
- PEÑA JUMPA, ANTONIO ALFONSO. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*, Bogotá, ILSA, 2004, disponible en [<https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/10/Eclvso6-oo.pdf>].
- Perú - Ley n.º 24656: Ley General de Comunidades Campesinas, Lima, Casa del Congreso, marzo de 1987, disponible en [<https://centroderecursos.cultura.pe/es/registrobibliografico/ley-general-de-comunidades-campesinas-0>].
- POVEDA BUSTILLOS, ANA KAREN. “Análisis crítico de la visión de pluralidad jurídica representada por la justicia ancestral indígena, frente al Estado ecuatoriano: caso ‘La Cocha II’” (tesis de maestría), Sevilla, Universidad Pablo de Olavide, 2016.
- RAMÍREZ, SILVINA. *Constitucionalismo y derechos de los pueblos indígenas*, Buenos Aires, La Ley, 2013.
- REHBINDER, MANFRED. *Sociología del derecho*, Madrid, Pirámide, 1981.
- ROBERTS, SIMON. “Against legal pluralism: Some reflections on the contemporary enlargement of the legal domain”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 30, n.º 42, 1998, pp. 95 a 106.
- ROJAS VENEGAS, CLAUDIA ANDREA y JUAN CARLOS GAMBOA MARTÍNEZ. “La Kriss Romaní como sistema jurídico transnacional”, *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, n.º 31, 2008, pp. 43 a 55, disponible en [<https://iconos.flacsoandes.edu.ec/index.php/iconos/article/view/266>].



- ROMANO, SANTI. *L'ordinamento giuridico*, Florencia, Sansoni, 1946.
- ROSA DE ANDRADE, LEDIO. *O que é direito alternativo?*, Florianópolis, Obra Jurídica, 1998.
- ROULAND, NORBERT. *Anthropologie juridique*, París, PUF, 1988.
- ROULAND, NORBERT. “Pluralismo jurídico”, en ANDRÉ-JEAN ARNAUD. *Dicionário enciclopédico de teoria e de sociologia do direito*, Río de Janeiro, Renovar, 1999.
- SABADELL, ANA LÚCIA. *Manual de sociologia jurídica. Introdução a uma leitura externa do direito*, 2.ª ed., San Pablo, Revista dos Tribunais, 2002.
- SÁNCHEZ BOTERO, ESTHER e ISABEL CRISTINA JARAMILLO SIERRA. *La jurisdicción especial indígena*, Bogotá, Procuraduría General de la Nación, 2000.
- SIEDER, RACHEL. “De la ‘vieja’ a la ‘nueva’ justicia indígena. Orlando Aragón Andrade”, *Alteridades*, vol. 29, n.º 57, 2019, pp. 139 a 141, disponible en [<https://alteridades.izt.uam.mx/index.php/Alte/article/view/986>].
- SIEDER, RACHEL y CARLOS YURI FLORES. *Autoridad, autonomía y derecho indígena en la Guatemala de posguerra*, Guatemala, F&G Editores, 2011.
- SIERRA, MARÍA TERESA. “Pluralismo jurídico e interlegalidad. Debates antropológicos en torno al derecho indígena y las políticas de reconocimiento”, en VICTORIA CHENAUT, MAGDALENA GÓMEZ, HÉCTOR ORTIZ y MARÍA TERESA SIERRA (coords.). *Justicia y diversidad en América Latina. Pueblos indígenas ante la globalización*, México, CIESAS y Quito, FLACSO, 2010, pp. 385 a 406, disponible en [<https://biblio.flacsoandes.edu.ec/libros/digital/53378.pdf>].

STAVENHAGEN, RODOLFO. “Introducción al derecho indígena”, *Cuadernos del Instituto de Investigaciones Jurídicas. I Jornadas Lascasianas: Derechos Humanos de los Pueblos Indígenas*, año VI, n.º 17, 1991, pp. 303 a 316, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1773/11.pdf>].

STAVENHAGEN, RODOLFO y DIEGO ITURRALDE. *Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina*, México, D. F., Instituto Indigenista Interamericano e Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1990.

SWENSON, GEOFFREY. “Legal pluralism in theory and practice”, *International Studies Review*, vol. 20, n.º 3, 2018, pp. 1 a 25.

TAMANAH, BRIAN Z. “A non-essentialist version of legal pluralism”, *Journal of Law and Society*, vol. 27, n.º 2, 2000, pp. 296 a 321.

TAMANAH, BRIAN Z. “La insensatez del concepto ‘científico social’ del pluralismo jurídico”, en LIBARDO ARIZA HIGUERA y DANIEL BONILLA MALDONADO (eds.). *Pluralismo jurídico*, Bogotá, Siglo del Hombre, Universidad de los Andes y Pontificia Universidad Javeriana, 2007.

TAMANAH, BRIAN Z. “Undertanding legal pluralism: Past to present, local to global”, *Sydney Law Review*, vol. 30, n.º 3, 2007, pp. 375 a 411, disponible en [<https://www.austlii.edu.au/au/journals/SydLRev/2008/20.pdf>].

TEUBNER, GÜNTHER. “The two faces of Janus: Rethinking legal pluralism”, *Cardozo Law Review*, n.º 13, 1992, pp. 1.143 a 1.462.

TEUBNER, GÜNTHER. *El derecho como sistema autopoiético de la sociedad global*, Lima, ARA, 2005.

TREVES, RENATO. *Introducción a la sociología del derecho*, Madrid, Taurus, 1978.

TWINING, WILLIAM. *Derecho y globalización*, Bogotá, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana y Siglo del Hombre, 2003.

UPRIMNY YEPES, RODRIGO. “Justicia comunitaria en Bogotá: aproximación conceptual y reflexiones sobre su sentido político”, en *Primer encuentro distrital de justicia comunitaria y alternativa: La justicia una construcción social para ser y hacer justicia (Memorias)*, Bogotá, Alcaldía Mayor de Bogotá, Universidad Distrital Francisco José de Caldas e Instituto para Pedagogía, La Paz y el Conflicto Urbano, 2005.

VALENCIA TELLO, DIANA CAROLINA. “Pluralismo jurídico. Análisis de tiempos históricos”, *Revista Derecho del Estado*, n.º 45, 2020, pp. 121 a 154, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6331>].

VANDERLINDEN, JACQUES. “Le pluralisme juridique. Essai de synthèse”, en JOHN GILISSEN (dir.). *Le pluralisme juridique*, Bruselas, Éditions de L’Université de Bruxelles, 1971, pp. 19 a 56.

VELASCO CANO, NICOLE. “Justicia indígena nasa en territorios de conflicto armado: perspectiva del pluralismo jurídico en Colombia” (tesis de maestría), País Vasco, Instituto Internacional de Sociología Jurídica y Universidad del País Vasco, Oñati, 2018.

VON BENDA-BECKMANN, FRANZ. “Who’s afraid of legal pluralism?”, *Journal of Legal Pluralism*, vol. 34, n.º 47, 2002, pp. 37 a 83, disponible en [<https://commission-on-legal-pluralism.com/system/commission-on-legal-pluralism/volumes/47/Bendabeckmann-art.pdf>].

VON BENDA-BECKMANN, FRANZ. “¿Quién le teme al pluralismo jurídico?”, en JORGE ARMANDO GUEVARA GIL y ANÍBAL GÁLVEZ RIVAS (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad*, Lima, CICAJ, DARS y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.

- VON BENDA-BECKMANN, FRANZ. “Introducción: La pobreza teórica en los debates sobre el pluralismo jurídico”, en JORGE ARMANDO GUEVARA GIL y ANÍBAL GÁLVEZ RIVAS (comp. y trad.). *Pluralismo jurídico e interlegalidad*, Lima, CICAJ, DARS y Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
- VON BENDA-BECKMANN, KEEBET y BERTRAM TURNER. “Legal pluralism, social theory, and the State”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 50, n.º 3, 2019, pp. 255 a 274.
- VON GIERKE, OTTO. *Teorías políticas de la Edad Media*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. “Legal pluralism: The new emancipatory framework in Latin America”, *Beyond Law*, vol. 9, n.º 26, 2003, pp. 155 a 168.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *Teoría crítica del derecho desde América Latina*, México, D. F., Akal, 2017.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. “Pluralism and social law. Theory from a Latin-American perspective”, *Soft Power*, vol. 5, n.º 2, 2018, pp. 98 a 112.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del derecho*, 2.ª ed., Madrid, Dykinson, 2018.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. “Gurvitch, Georges (1894-1965)”, en MORTIMER SELLERS y STEPHAN KIRSTE (orgs.). *Encyclopedia of the philosophy of law and social philosophy*, vol. 1, Baltimore, Springer Publishers, 2020.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS; FRANCISCO Q. VERAS NETO e IVONE M. LIXA. *Pluralismo jurídico. Os novos caminhos da contemporaneidade*, 2.ª ed., San Pablo, Saraiva, 2013.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS y EFENDY EMILIANO M. BRAVO.

“Le pluralisme juridique face au constitutionnalisme d’État: domination et colonialité”, *Cahiers des Amériques Latine*, vol. 2, n.º 94, 2020.

WOODMAN, GORDON R. “Customary law, State courts and the notion of institutionalization of norms in Ghana and Nigeria”, en ANTHONY ALLOT y GORDON WOODMAN (eds.). *People’s law and State law: The Bellagio papers*, Dordrecht, Gruyter Mouton, 1985, pp. 143 a 164.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. “Un nuevo marco para la vigencia y desarrollo democrático de la pluralidad cultural y jurídica: Constitución, jurisdicción indígena y derecho consuetudinario. Colombia, Perú y Bolivia”, en *Desfaciendo Entuertos*, Lima, CEAS, 1995.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. “Aportes de una etnografía sobre la justicia aymara y desafíos para la construcción de una teoría pluralista del derecho y el Estado”, *T’inkazos*, n.º 9, 1999, pp. 29 a 36.

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. “Hacia un reconocimiento pleno de las rondas campesinas y el pluralismo legal”, *Alpanchis*, vol. 34, n.º 59-60, 2002, pp. 31 a 81, disponible en [<https://revistas.ucsp.edu.pe/index.php/Alpanchis/article/view/575>].

YRIGOYEN FAJARDO, RAQUEL. “Jurisdição indígena”, en ANTONIO SIDEKUM, ANTONIO CARLOS WOLKMER y SAMUEL MANICA RADAELLI. *Enciclopédia latino-americana dos direitos humanos*, Petrópolis, Nova Harmonia/Blumenau, Edifurb, 2016.

## CAPÍTULO

## DÉCIMO SEGUNDO

## Género y derecho

ANA MILENA CORAL DÍAZ<sup>1117</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El género como herramienta y categoría de análisis ha cuestionado al derecho desde sus estructuras. Lo ha deconstruido en sus discursos y ha mostrado realidades subyacentes androcéntricas<sup>1118</sup>. Este texto se propone explorar la categoría género como construcción sociocultural que se establece a partir de la historia, la antropología, la sociología, la psicología y las teorías feministas, y que ha servido para comprender respecto del derecho, las relaciones de poder y la necesidad de articular una mirada no sesgada en sus expresiones.

<sup>1117</sup> Doctora en Derecho de la Universidad del Rosario, Magíster en Antropología Social de la Universidad de Los Andes, Especialista en Derechos Humanos y DIH y Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Contacto: [mifa183@gmail.com]. ORCID [https://orcid.org/0000-0003-4339-7485].

<sup>1118</sup> Androcéntrica hace alusión a las acciones que apuntan a fijar al varón y sus ideas como el lugar central en el mundo.

Cuestiones como lo normativo, visto desde las teorías críticas del derecho, los instrumentos internacionales y el campo de los derechos humanos, así como el acceso a la justicia, serán analizados en este capítulo, buscando discutir las miradas neutrales que dificultan comprender las distorsiones que subyacen al campo de lo jurídico.

Se abordará entonces, en las generalidades, el concepto de género como categoría de análisis en relación con las construcciones sociales y culturales que se edifican sobre los sexos. Luego se estudiarán las teorías feministas como movimiento político y como campo teórico de análisis, que permitieron acuñar el concepto de género y que lo introdujeron con el fin de mostrar las relaciones de poder basadas en la diferencia sexual. Tales teorías, como se verá, tuvieron un gran impacto en las teorías críticas del derecho –TCD–, lo que permitió su deconstrucción y problematización. Por último, se abordará el género en su relación con los instrumentos internacionales de derechos humanos y el acceso a la justicia como unidades puntuales de análisis, en las cuales se busca comprender a profundidad el aporte de la categoría género.

## II. GENERALIDADES: EL CONCEPTO DE GÉNERO

El concepto de género permite comprender las construcciones sociales y culturales que conciernen a los sexos. Surge a partir de los estudios de historia de académicas como JOAN W. SCOTT, quien utilizó dicha categoría en el análisis histórico<sup>1119</sup>. Para SCOTT, género, como concepto, se encuadra mucho más dentro de la terminología científica de las ciencias sociales y se desmarca de la política del feminismo<sup>1120</sup>. De acuerdo con SCOTT: “Es una forma de referirse a los orígenes exclusivamente sociales de las identidades subjetivas de hombres y mujeres. Género es, según esta definición, una categoría social impuesta sobre un cuerpo sexuado”<sup>1121</sup>. En relación con esta imposición/construcción social LINDA McDOWELL, señala que:

1119 JOAN W. SCOTT. “Gender: A useful category of historical analysis”, *The American Historical Review*, vol. 91, n.º 5, 1986, pp. 1.053 a 1.075.

1120 Por ende, es importante comprender que género y feminismo no son lo mismo, aunque como se verá en el desarrollo del texto, existe una relación importante entre ambos.

1121 SCOTT. “Gender: A useful category of historical analysis”, cit., p. 15.

Así pues, lo que la sociedad considera un comportamiento propio del hombre o de la mujer influye en la idea que ellos mismos tienen de lo que debe ser masculino y femenino y de cuál es la actitud que corresponde a cada género, a pesar de las diferencias de edad, clase, raza o sexualidad, y estas expectativas y estas ideas cambian de un lugar y un tiempo a otro. Las nociones prácticamente universales, intocables e inalterables de la feminidad solo son posibles en un ícono o una imagen como quizá la de la virgen MARÍA; para todas las demás, las ideas establecidas cambian en el tiempo y el espacio<sup>1122</sup>.

Cada cultura y cada sociedad articula una idea de lo femenino y lo masculino, estableciendo comportamientos aprobados, formas de ser, percepciones, modos de relacionarse entre sí, etc. Al respecto HENRIETTA MOORE<sup>1123</sup> desde la antropología social, ha planteado que el concepto de género debe verse a partir de dos perspectivas: como construcción simbólica<sup>1124</sup> o como relación social<sup>1125</sup>. Ambas resultan muy relevantes a la hora de realizar análisis sociales, estudios transversales o con la idea de comprender las dinámicas culturales en las cuales se desenvuelven los sexos.

La antropóloga MARGARET MEAD señala en su libro *Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas*<sup>1126</sup> que, aunque en todas las so-

1122 LINDA McDOWELL. “La definición de género”, en RAMIRO ÁVILA SANTA-MARÍA, JUDITH SALGADO y LOLA VALLADARES (comps.). *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009, p. 6.

1123 HENRIETTA L. MOORE. *Antropología y feminismo*, 5.ª ed., Madrid, Catedra, 2009.

1124 Señala HENRIETTA MOORE: “El valor de analizar al hombre y a la mujer como categorías o construcciones sociales reside en identificar las expectativas y valores que una cultura concreta asocia al hecho de ser varón o hembra. Este tipo de análisis ofrece algunas indicaciones acerca del comportamiento ideal de hombres y mujeres en sus respectivos papeles sociales que puede compararse con el comportamiento y responsabilidades reales de los dos sexos”, *ibíd.*, p. 30.

1125 HENRIETTA MOORE, citada en McDOWELL. “La definición de género”, *cit.*, 2009.

1126 MARGARET MEAD. “Sexo y temperamento en tres ciudades primitivas”, citada en ESTELA SERRET y JESSICA MÉNDEZ MERCADO. *Género y feminismo*, México, D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral



ciedades existe una subordinación de las mujeres frente a los varones que ostentan el poder social, resulta evidente que dicha subordinación y las características que asumen los sexos son en realidad construcciones culturales.

LINA CÉSPEDES, señala que la perspectiva de género es: “como ponerse unas gafas y ver la realidad a través de un prisma específico”<sup>1127</sup>. Implica comprender que los géneros no son una perspectiva única e inmutable, sino que tiene prismas a partir de los cuales se construye la masculinidad/feminidad. Por ejemplo, observar las ideas sobre lo que implica ser mujer, las construcciones sobre femineidad, los supuestos de debilidad y emocionalidad, la heterosexualidad obligatoria, la masculinidad y la fuerza.

Esto significa que el género hace parte de la cosmovisión cultural, lo que incluye “ideas, prejuicios, valores, interpretaciones, normas, deberes y prohibiciones sobre la vida de las mujeres y los hombres”<sup>1128</sup>. Es, por ende, que la antropología y la sociología permitieron comprender el valor del género en el estatus social y sexual; también la psicología hizo su aporte en relación con la construcción social de lo femenino y lo masculino<sup>1129</sup>.

Los contextos sociales y culturales son los responsables de dotar de significado al género, de establecer sus linderos, de proponer los usos, las prácticas, los imaginarios que nos sirven de escenario para interactuar. Es una de las bases de las relaciones humanas entre los sexos biológicamente dados y nos muestra lugares donde la interacción, la mayoría de las veces, se pierde en dinámicas de poder que se establecen de forma inequitativa y que revelan estructuras y privile-

---

del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2011, p. 20.

1127 LINA CÉSPEDES. “Género y derecho”, en GLORIA LUCÍA BERNAL ACEVEDO (comp.). *Visibilizar la violencia de género: sistematización de la experiencia en género*, Bogotá, Agencia Alemana para la Cooperación Internacional –GIZ– y Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de Ley de Justicia y Paz –ProFis–, 2011, p. 19.

1128 MARCELA LAGARDE. *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*, Madrid, Horas y Horas, 1996, p. 15.

1129 ROBERT STOLLER en su obra *Sex and gender* de 1968, habló de las diferencias entre sexo y género en relación con los trastornos de la identidad sexual, citado en MARTHA LAMAS. *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, D. F., PUEG y Miguel Ángel Porrúa, 2003, pp. 111 y 112.

gios. Dichas estructuras de poder tienen su máximo exponente en el patriarcado, como conocemos a esa organización social en la cual las mujeres ocupan un lugar subordinado frente a los varones<sup>1130</sup>.

De acuerdo con MARCELA LAGARDE<sup>1131</sup>, la perspectiva de género tiene como fin “contribuir a la construcción subjetiva y social de una nueva configuración a partir de la resignificación de la historia, la sociedad, la cultura y la política desde las mujeres y con las mujeres”. A partir de esta perspectiva se habla de los géneros en clave de diversidad, puesto que se reconocen como construcciones que se resignifican y que se adaptan a redes de significado<sup>1132</sup> en diferentes lugares y tiempos<sup>1133</sup>.

Es importante aclarar que el género no les pertenece únicamente a las mujeres y que, por ende, tanto hombres como mujeres experimentan las construcciones de género no solo en relación con la identidad de género, sino también con la orientación sexual, cuestiones que vienen a plantearse referentes a la homosexualidad, la transexualidad y, en general, todas las formas de alteridad que no se limitan exclusivamente al concepto binario hombre/mujer o a la heterosexualidad obligatoria. El género como herramienta y categoría de análisis, permite plantear en contextos patriarcales escenarios de nuevas masculinidades, permite problematizar el concepto tradicional de familia y desestructurar antiguos paradigmas normalizados culturalmente.

Ahora bien, ha de entenderse que la categoría de género como elemento para el análisis, además, se elabora a partir de las teorías feministas las cuales le dotan de nuevos contenidos. Fueron las feministas quienes desde los años 1970 se apropiaron del concepto de género con el fin de problematizar las desigualdades basadas en los sexos<sup>1134</sup>. A continuación, se hará un repaso de sus bases y de su desarrollo en América Latina.

1130 SIMONE DE BEAUVOIR. *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2017.

1131 LAGARDE. *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*, cit., pp. 13 a 38.

1132 CLIFFORD GEERTZ recurre al aforismo “el hombre es un animal suspendido en redes de significado que él mismo ha tejido” de MAX WEBER, e identifica la cultura con dichas redes, las cuales, a su vez, entiende como “sistemas entrelazados de signos interpretables”.

1133 CLIFFORD GEERTZ. *The interpretation of cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973.

1134 Las académicas feministas tomaron el concepto de género para mostrar el sistema jerárquico sociocultural que se establecía a partir del sexo. Por ende, el análisis de las feministas acuñó el término “género” a partir de las relaciones de poder sobre la base de la diferencia sexual.

### III. LOS ESTUDIOS FEMINISTAS

El feminismo no es uno solo, se articulan múltiples teorías en torno a dos perspectivas fundamentales, “como movimiento político y como campo teórico de análisis”<sup>1135</sup>. El feminismo tiene su historia propia, y es una forma de vincularse a las necesidades modernas en las cuales se requiere de una propuesta que permita deconstruir y proyectar una mirada crítica de los órdenes patriarcales.

El feminismo tiene sus raíces en el siglo xvii dentro de la corriente filosófica racionalista, que después se articularía con los planteamientos de la Ilustración<sup>1136</sup>. Conceptos como el de igualdad natural, que se establece a partir de la corriente iusnaturalista y que se crea a partir de la idea universal del individuo racional y que, por tanto, comprende a todo ser humano. Sin embargo, a partir de la Ilustración se crea una corriente que otorga dicha reivindicación universalista a solo una “clase de individuos”, con ciertas características económicas políticas, sociales, religiosas y sexuales, creando de este modo los primeros sesgos en el pensamiento<sup>1137</sup>.

Es hasta los inicios de la Revolución francesa cuando se establecen las primeras manifestaciones del feminismo que empiezan a enlazarse a partir de ideas emancipadoras, de reivindicaciones que señalaban de manera frontal la desigualdad, la discriminación y la opresión. Dichas ideas se difundían en los clubes femeninos sobre situaciones familiares y políticas. Sin embargo, exponer estas ideas no significó que las mujeres fueran incluidas en los nuevos proyectos políticos de forma igualitaria; por ejemplo, en 1793 la diputación de la nueva república les negó a las mujeres derechos que claramente habían ganado<sup>1138</sup>. También se reforzaron ideas opresivas en el Código napoleónico, a través de la obediencia incondicional de la mujer a su marido. Aquí entonces se evidencia “el temor viril del menoscabo de sus privilegios”<sup>1139</sup>. De igual modo al ser redactada la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, las mujeres activas participantes

1135 McDOWELL. “La definición de género”, cit., 2009, p. 8.

1136 SERRET y MÉNDEZ MERCADO. *Género y feminismo*, cit.

1137 Ibid., p. 13.

1138 WILBERT A. PINTO GONZÁLEZ. “Historia del feminismo”, *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán*, n.º 225, 2003, pp. 30 a 45, disponible en [<https://www.revistauniversitaria.uady.mx/pdf/225/ru2254.pdf>].

1139 Ibid., p. 32.

son explícitamente excluidas, puesto que se establece como principales destinatarios a los varones.

Las mujeres en este escenario no tenían derecho a la ciudadanía. Una de las primeras voces que se opondrían a esta clara exclusión sería la de OLYMPE DE GOUGES, dramaturga y periodista que publica en 1791 una réplica a este documento llamado “Declaración de los derechos de la mujer y la ciudadana”, razón por la que fue condenada a la guillotina. Más adelante la filósofa MARY WOLLSTONECRAFT publica *Vindicación de los derechos de la mujer*<sup>1140</sup>, obra en la cual es develada la forma diferente como se educa a mujeres y varones, señalando que las primeras son educadas no para ser libres sino para servir a sus maridos. Por ende, la ciudadanía no sería un elemento reconocido en ellas a partir de ideales de igualdad y libertad, un claro sesgo que lleva a pensar en la exclusión del pacto de ciudadanía que se presenta desde los primeros momentos de la socialización<sup>1141</sup>.

En sus comienzos, el feminismo se desarrollaría como un movimiento ilustrado filosófico<sup>1142</sup> que reclamaba en el plano de las ideas, para las mujeres, los mismos derechos y reconocimientos que se le otorgaban a los hombres.

A mediados del siglo XIX, en especial en Europa y Estados Unidos, se establecería el movimiento de las sufragistas<sup>1143</sup> como movimiento social concentrado en la demanda del derecho al voto, pero que en realidad tocaba diversos ámbitos relevantes de la vida de la mujer, sobre todo en la esfera pública. Su participación en asuntos públicos resultaba de especial interés. Es en Inglaterra en donde el movimiento de las sufragistas afrontaría de manera directa la represión del gobierno<sup>1144</sup>.

En el siglo XX se inicia un movimiento feminista que se manifiesta de forma generalizada, con diferentes propósitos, pero comprendiendo que la realidad de las mujeres dependería de su situación económica y social y de las especificidades culturales: “En fin, se comienza a eviden-

1140 MARY WOLLSTONECRAFT. *Vindicación de los derechos de la mujer*, Madrid, Cátedra, 1994.

1141 DENNYRIS CASTAÑO SANABRIA. “El feminismo sufragista: entre la persuasión y la disrupción”, *POLIS, Revista Latinoamericana*, vol. 15, n.º 43, 2016, pp. 1 a 15, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30545999011>].

1142 SERRET y MÉNDEZ MERCADO. *Género y feminismo*, cit., p. 17.

1143 CASTAÑO SANABRIA. “El feminismo sufragista: entre la persuasión y la disrupción”, cit.

1144 SERRET y MÉNDEZ MERCADO. *Género y feminismo*, cit., p. 19.

ciar que la condición de la mujer es y está social e históricamente determinada y, por lo tanto, que su problemática es compleja y diversa”<sup>1145</sup>.

*El Segundo sexo* de SIMONE DE BEAUVOIR<sup>1146</sup> publicado por primera vez en 1949, constituye uno de los trabajos más representativos en la literatura feminista, pues se pregunta por las razones por las cuales las mujeres tienen una condición de subordinación frente a los varones. Se establece en este trabajo que la respuesta se encuentra en la biología de las mujeres y cómo esta es interpretada, puesto que la reproducción es percibida a partir de la representación de que la maternidad es un destino biológicamente determinado para las mujeres –y además deseado– sin excepción. Esta perspectiva refuerza el trabajo de MICHEL FOUCAULT en lo que atañe a la construcción identitaria de las mujeres en el siglo XIX que llamó la “histerización del cuerpo de las mujeres”. Dicha “histerización” creaba la identidad femenina a partir de la maternidad<sup>1147</sup>.

La maternidad y la identidad de las mujeres vista desde esa perspectiva hace que ellas sean relacionadas con la naturaleza, o mejor con la madre naturaleza de manera predeterminada. Las mujeres de este modo son esencializadas y subordinadas, desprovistas de las características de la razón en ese binomio Occidental razón/corporalidad<sup>1148</sup>.

En este sentido, también fue muy importante el aporte de las feministas radicales, las liberales y las culturales. Estas y otras vertientes permitieron problematizar y visibilizar cuestiones como la violencia sexual, la violencia de género, la falta de acceso a oportunidades, la falta de enfoque diferencial en las políticas públicas, etc. La teorización académica feminista también se acompañó por la militancia política que desencadenaría la formación del Movimiento por la Liberación de la Mujer –LML– en Estados Unidos, que se difundiría en Europa Occidental y América Latina. Desde entonces, estos movimientos desencadenarían reacciones que desde lo político buscaban llamar la atención sobre condiciones de opresión, desigualdad y el impacto de la división clásica de los espacios públicos y privados. De allí que “lo

1145 PINTO GONZÁLEZ. “Historia del feminismo”, cit., p. 33.

1146 DE BEAUVOIR. *El segundo sexo*, cit.

1147 MICHELLE FOUCAULT. *Historia de la sexualidad*, vol. 1: *La voluntad del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1976.

1148 ANA MILENA CORAL DÍAZ. *Cuerpo femenino en transición: la construcción desde el discurso jurídico –estudio de casos–*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.

personal es político” fuera el mensaje para visibilizar, puesto que cuestiones como la violencia de género que tenía lugar en lo doméstico, las prácticas de discriminación en los ámbitos laborales y, en general, todas las prácticas que relegaban a las mujeres al ámbito privado, fueran campos que no le permitían participar en espacios públicos en igualdad de condiciones y visibilizar su opresión.

El feminismo ha permitido comprender, tanto desde su vertiente académica, como a partir de su vertiente política, las realidades expresadas como fenómenos de deconstrucción. También ha permitido cuestionar las bases injustas y plantear nuevos paradigmas de las realidades construidas<sup>1149</sup> por medio de imaginarios, discursos y prácticas.

En América Latina, los movimientos feministas se desarrollaron principalmente a partir de la inclusión de las mujeres en los mercados laborales, la migración, el derecho al voto, el reconocimiento pleno de la ciudadanía y el derecho a la educación.

En las primeras décadas del siglo xx, uno de los movimientos feministas más sobresalientes se encontraba en Argentina, debido al incremento de la fuerza laboral de las mujeres. El censo de 1914 mostraba que las mujeres constituían el 16% del trabajo industrial en los sectores del procesamiento de alimentos, del vestuario, en las industrias químicas y empaquetadoras<sup>1150</sup>. Este incremento mostraba entonces a las mujeres integrando colectivos en la defensa de los derechos civiles y políticos, tanto en el contexto de los feminismos anarquistas como socialistas<sup>1151</sup>.

Muchas feministas se sintieron atraídas por el pensamiento anarquista ya que este ponía el énfasis en la lucha contra la autoridad<sup>1152</sup>. Las mujeres buscaban ejercer su libertad por fuera de las instituciones que marcaban una autoridad para ellas, como la familia y el matrimonio. Por ende, aquí la lucha feminista que se expresaba a partir del pensamiento anarquista propagado por PIOTR KROPOTKIN y ELI-

1149 PETER BERGER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.

1150 GLORIA BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, *Revista Palabra, Palabra Que Obra*, vol. 8, n.º 8, 2007, pp. 42 a 59, disponible en [<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palabra/article/view/225>].

1151 ASUNCIÓN LAVRIN. “Mujeres y feminismo en Argentina 1900-1940”, *Revista Mujeres*, Santiago de Chile, 1998, p. 34.

1152 BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, cit., p. 45.

SEO RECLUS en Europa y EMMA GOLDMAN y ALEXANDER BERKMANN en los Estados Unidos<sup>1153</sup>, se establecía con fundamento en ideales de rompimiento con estas estructuras sociales. El feminismo socialista, por otro lado, apuntaba a reivindicaciones con base en el pensamiento que culpaba de la opresión de las mujeres al capitalismo y a las prácticas discriminatorias del Estado.

En Perú, la industrialización y el ingreso de las mujeres a las fábricas a comienzos del siglo xx también permitió la estructuración de una lucha feminista, en especial con el concurso de una política sindical. En 1914 se formaba la primera organización llamada Evolución Femenina, integrada por mujeres profesionales y de clase media<sup>1154</sup>. Su mayor logro apareció centrado en la aprobación de un proyecto de ley, el cual buscaba que las mujeres de clase media pudiesen entrar a los mercados laborales, pues las clases populares ya se habían integrado. Luego Acción Femenina, otro colectivo de mujeres feministas en la década de los años 1930 y 1940, trabajó por reivindicaciones referidas a derechos sociales, salarios, capacitación profesional, creación de guarderías y cambio de la situación jurídica de las mujeres<sup>1155</sup>.

México contó con un número bastante alto de mujeres en el movimiento revolucionario de 1910, en actividades militares y en la difusión de las ideas revolucionarias<sup>1156</sup>. Con la Revolución mexicana, el feminismo de corte liberal adquirió una dimensión política, y fue a través de las reformas constitucionales que se incluyeron reivindicaciones feministas<sup>1157</sup>. Figuras muy importantes de esta lucha fueron HERMILIA GALINDO, gran defensora de los movimientos constitucio-

1153 Ídem.

1154 BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, cit., p. 46.

1155 Ibid., p. 47.

1156 GABRIELA CANO. “Las feministas en campaña: la primera mitad del siglo xx”, *Debate Feminista*, vol. 4, 1991, pp. 269 a 292, disponible en [[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1536](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1536)]; GABRIELA CANO. “La ciudadanía de las mujeres: disyuntiva entre la igualdad y la diferencia sexual (México 1917-1953)”, en MARTHA MOSCOSO (comp.). *Palabras del silencio: las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, Abya Yala, UNICEF y Embajada de los Países Bajos, 1995.

1157 GABRIELA CANO. “Revolución, feminismo y ciudadanía en México 1915-1940”, en GEORGES DUBY y MICHELLE PERROT (eds.). *Historia de las mujeres en Occidente*, vol. 5: *El siglo xx*, Madrid, Taurus, 1991.

nalistas feministas, ELVIA CARRILLO quien impulsó ideas de corte socialista y REFUGIO GARCÍA militante comunista<sup>1158</sup>.

En Colombia, a partir de los años 1930 se empieza a hablar del derecho de las mujeres a disponer libremente de los bienes, a contraer autónomamente deudas y a comparecer por sí mismas ante la justicia<sup>1159</sup>, dado que las mujeres al casarse perdían la capacidad de administrar sus bienes y su dinero. Varios juristas –varones, además– ampliaron este tipo de atribuciones propias de los hombres de la época a la “facultad de inspeccionar las relaciones y correspondencia del cónyuge y prohibirle amistades que según la opinión del marido fueran perjudiciales<sup>1160</sup>”.

Este movimiento colectivo emancipatorio en los años 1930 de las mujeres, se estableció basado en tres ejes: el manejo de los bienes de la mujer casada, acceso a nivel educativo y el derecho al sufragio<sup>1161</sup>. Mujeres como GEORGINA FLETCHER y OFELIA URIBE DE ACOSTA, entre otras, se manifestaban a favor del derecho a la educación de las mujeres, que no solo comprendía el bachillerato, sino además, el acceso a la universidad que fue aprobado en 1933 por medio de un decreto ejecutivo.

Resulta muy importante la aceptación del derecho al voto como expresión del reconocimiento de la ciudadanía, que solo se aprueba hasta 1954, en lo que se conoce como la tercera ola sufragista posterior a la Segunda Guerra Mundial<sup>1162</sup>. Sin embargo, estas reivindicaciones dentro de los movimientos feministas no siempre fueron homogéneas, diversas ideas crearon contradicciones en relación, por

1158 BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, cit., p. 8.

1159 MAGDALA VELÁSQUEZ TORO. “Condición jurídica y social de la mujer”, en ÁLVARO TIRADO MEJÍA (ed.). *Nueva historia de Colombia*, t. IV, Bogotá, Planeta, 1989, p. 12.

1160 BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, cit., p. 52.

1161 LOLA G. LUNA. “La feminidad y el sufragismo colombiano durante el período 1944-1948”, *Otras Miradas*, vol. 1, n.º 1, 2001, pp. 108 a 125, disponible en [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/22791>].

1162 De acuerdo a GLORIA BONILLA VÉLEZ, en América Latina el derecho al voto se había ya desarrollado en la segunda ola: “Mientras en la segunda ola que se desenvuelve del final de la Primera Guerra Mundial hasta 1944 se encuentran países como Ecuador, Chile, Brasil, Uruguay, Cuba o Panamá, Colombia se ubica casi al final de la tercera ola, luego de países como Argentina, México, Guatemala y Venezuela”, BONILLA VÉLEZ. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, cit., p. 52.



ejemplo, con los espacios familiares y las convicciones de tipo maternalista. Al respecto señala GLORIA BONILLA VÉLEZ:

Ahora bien, este movimiento de mujeres que luchaban por el sufragio femenino no era ideológicamente homogéneo. A pesar de que todas las que militaban en la causa feminista compartían en ese momento una visión maternalista de la mujer –“el deber para con la familia es nuestro natural y principal deber”– unas percibían el hogar como el único espacio legítimo de realización femenina y solo estaban dispuestas a defender su derecho al voto sin exigir más enmiendas a los arreglos del momento, mientras otras, apoyándose en un concepto de ciudadanía amplia, exigían educación, derechos salariales y acceso a cargos públicos. Las primeras expresarían sus posiciones en la revista *Letras y Encajes*, fundada en Medellín en 1925, y promoverían la creación de una Escuela de Domesticidad; las segundas, bajo la dirección de OFELIA URIBE DE ACOSTA, publicarían en los cuarenta *Agitación Femenina*<sup>1163</sup>.

#### IV. EL ENFOQUE DE GÉNERO EN EL DERECHO

El género como categoría y como herramienta de análisis ha permitido visibilizar diferentes aspectos del derecho, los cuales ha sido necesario problematizar, al encontrar relaciones asimétricas entre hombres y mujeres en el contexto de relaciones de poder. Las legislaciones, como productos culturales en determinados contextos, construyen significados y por la ruta de los discursos jurídicos representan esas realidades que se encuentran en los escenarios sociales. Es un camino de doble vía, pues, así como toma de la sociedad y la cultura estos elementos androcéntricos, de igual manera los reproduce y los construye con el fin de replicar realidades<sup>1164</sup>.

1163    *Ibíd.*, p. 54.

1164    No puede perderse de vista el potencial del derecho para construir significados y también para transformarlos en la búsqueda de sociedades más equitativas, que reflejen cambios relacionados con el avance de los derechos humanos y la igualdad de género.

Al respecto, ALDA FACIO<sup>1165</sup> reconoce que ese androcentrismo en el derecho se da en varias vías, por un lado, por ejemplo, el derecho que se ha construido a partir de sociedades patriarcales desde una perspectiva masculina termina reflejando sus valores y necesidades. Por otro lado, este derecho, incluso aquel que busca proteger a las mujeres y promover sus derechos, es aplicado e interpretado a partir de ese contexto androcéntrico<sup>1166</sup>. Cuestiones como el aborto, la violencia de género, particularmente la violencia sexual, tienen una lectura muy conectada a este contexto lo que genera en muchos casos circunstancias de discriminación. A partir de esta lectura evidentemente sesgada, surgen problematizaciones que no pueden desarticularse con facilidad desde estas construcciones originarias, pues son las que en última instancia dotan de sentido a este mundo socialmente construido.

Estereotipos e imaginarios sociales se articulan al derecho, de manera que no son percibidos en un principio como antagonistas de una cultura antidiscriminatoria, por el contrario, son naturalizados y expresados de forma abiertamente tolerada. Por ejemplo, en relación con el tema del aborto, se ha llegado a afirmar que las mujeres son las responsables –únicamente– del embarazo no deseado, por lo tanto, no estarían autorizadas a llevar a cabo una interrupción voluntaria del embarazo, incluso en el evento de una relación sexual no consentida<sup>1167</sup>. En relación con casos de acoso y violencia sexual, en general, se ha afirmado que las mujeres son causantes de esta conducta por parte de los hombres, por ser ellas provocadoras o usar minifalda. Este tipo de comentarios e ideas que circulan no solo en redes sociales o en charlas informales, sino además en contextos institucionales<sup>1168</sup>, son los que han permeado muchos escenarios jurídicos que aparentemente se erigen como neutrales y desprovistos de interferencias de tipo discriminatorio.

1165 ALDA FACIO. “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en FRIES LORENA y ALDA FACIO (comps.). *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM y La Morada, 1999, p. 133.

1166 JULISSA MANTILLA FALCÓN. “La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos”, *Themis Revista de Derecho*, n.º 63, 2013, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994>], p. 134.

1167 Aquí, entonces, incluso en casos de violencia sexual, se responsabiliza a la mujer del embarazo, muchas veces con argumentos de corte esencialista.

1168 Ver apartado sobre acceso a la justicia.

Para poder realizar análisis de género que realmente permitan de-construir discursos con una “fuerte parcialidad androcéntrica”<sup>1169</sup>, será necesario comprender el gran impacto que han tenido los aportes feministas. Para ALDA FACIO<sup>1170</sup>, todas las teorías feministas son más o menos críticas del derecho, aunque no todas “logren construir una teoría crítica del derecho”<sup>1171</sup>. Para la autora, todas aquellas teorías que buscan el esclarecimiento del rol que tiene el derecho en el mantenimiento del patriarcado pueden considerarse “teorías críticas del derecho” –TDC–. Una teoría crítica del derecho, de acuerdo con FACIO debe:

Pretender efectuar un cambio radical de perspectiva respecto de las teorías tradicionales en la observación del fenómeno jurídico. Debe vincular el derecho con los procesos histórico-sociales en permanente transformación. Debe no solo describir al objeto derecho, sino que, al hacerlo, lo debe afectar<sup>1172</sup>.

El objetivo, por tanto, aquí deja de ser descriptivo para convertirse en uno transformador que realmente impacte las lógicas patriarcales. Se debe a partir de este método, marchar en direcciones diferentes marcadas más por objetivos que logren desarticular de forma estratégica la aparente neutralidad del derecho, que la cuestione, sí, pero que además movilice al derecho hacia el cambio.

Entonces pueden surgir varias posiciones que buscan limitar dicho objetivo. Una de ellas es que en realidad no es que el derecho sea androcéntrico, sino más bien que no se aplica en forma correcta por parte de los operadores jurídicos. Toma así la posición de que hace falta una perspectiva de género, únicamente, más no desmontar todos los constructos normativos. Por ende, según esta visión, lo único que estaría pendiente sería contar con más operadores y operadoras sensibles en temas de género. Sin embargo, es necesario comprender que las leyes, incluso desde su aprobación por parte de cuerpos colegiados<sup>1173</sup>, ya presentan sesgos en su construcción. Se puede evidenciar en ellas valores culturales androcéntricos y, con posterioridad a esto,

1169 FACIO. “Hacia otra teoría crítica del derecho”, cit.

1170 Ibid., p. 19.

1171 Ibid., p. 16.

1172 Ibid., p. 19.

1173 Compuestos en su mayoría por hombres.

existe además un limitado margen para los operadores jurídicos en su interpretación. De allí que no solo con la aplicación, sino desde el origen mismo de la norma, existan construcciones marcadas por esos sesgos de origen cultural<sup>1174</sup>.

FACIO<sup>1175</sup>, por ejemplo, habla de la licencia de maternidad para llegar a la conclusión de que por lo general es entendida con su promulgación legislativa como un privilegio para las mujeres que desean o necesitan trabajar, mas no como una “medida necesaria para la sociedad”, en la búsqueda de prácticas que contribuyan a la crianza de humanos(as) saludables. Por ende, la mirada crítica del derecho debe estar tanto en la construcción de la norma como en su aplicación.

En relación con la aplicación, es muy valiosa y relevante la perspectiva de género, pues contribuye visiblemente a controvertir ideas sesgadas discriminatorias que, como se mencionó antes, se imponen desde su construcción. La perspectiva de género puede ser aplicada a cualquier norma, a cualquier política pública, con el fin de adaptar estrategias coherentes con una visión igualitaria que considere un enfoque transversal que evite la discriminación y la réplica de modelos opresivos o poco coherentes con los avances que en el campo internacional existen en materia de derechos humanos<sup>1176</sup>. Al respecto, JULISSA MANTILLA ha señalado que la aplicación de una perspectiva de género permite: “Observar y entender el impacto diferenciado de programas, proyectos, políticas y normas jurídicas sobre las personas con el fin de evitar que se reproduzcan situaciones de discriminación y exclusión y que, por tanto, se pueda brindar una mejor y mayor protección a sus derechos”<sup>1177</sup>.

1174 En consecuencia, es también importante establecer una formación en género incluso desde las facultades de derecho para que sea posible hablar de cambios realmente transformadores en la profesión jurídica.

1175 FACIO. “Hacia otra teoría crítica del derecho”, cit., p. 25.

1176 Ver el apartado siguiente.

1177 MANTILLA FALCÓN. “La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos”, cit., p. 133.

## V. GÉNERO, DERECHOS HUMANOS E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

El género, en su relación con el derecho, ha problematizado los logros en materia de derechos humanos. De este modo, ha cuestionado las bases universalistas que con anterioridad se referían de forma excluyente, por ejemplo, a los derechos del hombre y del ciudadano haciendo una clara referencia al hombre como único actor político. Los grandes logros en relación con el amplio marco de mujeres y minorías sexuales, han permitido avanzar en una dirección para la cual el eje transversal de género ha quebrantado y cuestionado el androcentrismo desde sus bases culturales y jurídicas y ha problematizado cuestiones como los derechos sexuales y reproductivos, la heterosexualidad obligatoria, la violencia de género con bases patriarcales, entre muchos otros. Dichos logros en materia de derechos humanos, se han expresado no solo a partir de instrumentos internacionales suscritos por países latinoamericanos, sino además, por la jurisprudencia enmarcada en la protección de los derechos reconocidos por estos instrumentos. Fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el sistema interamericano, muestran un gran avance respecto a la interpretación de los derechos para mujeres y minorías sexuales en el continente.

La adopción de esta normatividad internacional se ha debido a la incansable lucha de las mujeres y sus movimientos sociales<sup>1178</sup>, a sus reivindicaciones y los esfuerzos de la comunidad internacional por visibilizar y establecer una protección efectiva para las mujeres.

Sobre los instrumentos internacionales en América Latina, es interesante observar el reconocimiento de derechos que además han influido, como lineamientos, en las legislaciones internas. Los instrumentos internacionales han sido grandes aliados a la hora de visibilizar cuestiones como la violencia de género y la discriminación. Sus aportes radican en que desde el derecho internacional se ha podido influir en la forma como se comprende el género y esto, a su vez, ha permitido desarrollar una mirada crítica de las prácticas jurídicas internas.

---

1178 SOLEDAD GARCÍA MUÑOZ. “Combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres con la CEDAW, su Protocolo y la Convención de Belém do Pará”, en ELIDA ROSA APONTE SÁNCHEZ y MARÍA LUISA FEMENÍAS (comp.). *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Buenos Aires, Universidad de La Plata, 2007.

En cuanto al sistema universal de protección de los derechos humanos, han sido importantes los siguientes instrumentos: la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>1179</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>1180</sup> y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>1181</sup> como Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Resulta relevante en el contexto de la Carta, la prohibición de la discriminación basada en el sexo y el goce de los derechos en condiciones de igualdad para hombres y mujeres. Sin embargo, son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer de 1967<sup>1182</sup> y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW– de 1976<sup>1183</sup>, las que enfatizan y establecen principios claros y definidos en relación con las políticas antidiscriminación de las mujeres que sirven de ruta para los Estados en todo el mundo. La Convención resalta desde su preámbulo que, a pesar de existir instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, las mujeres continúan siendo discriminadas y no gozan de igualdad de derechos<sup>1184</sup>. En el artículo primero de la Convención se establece el concepto de discriminación contra la mujer como:

- 
- 1179 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, recuperado disponible en [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].
- 1180 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>].
- 1181 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>].
- 1182 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 7 de noviembre de 1967, disponible en [<http://www.ub.edu/ciudadania/textos/mujeres/mujer1967.htm>].
- 1183 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 diciembre 1979, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>].
- 1184 Señala CEDAW en su preámbulo: “Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones”, ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, cit.

Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera<sup>1185</sup>.

La Convención señala que los Estados signatarios se comprometen entre otras cosas a consagrar en sus constituciones, si aún no lo han hecho, y en cualquier otra legislación “el principio de la igualdad del hombre y de la mujer y asegurar por ley u otros medios apropiados la realización práctica de ese principio”<sup>1186</sup>. Así mismo, se establece la necesidad de implementar medidas de tipo legislativo y sancionatorio para asegurar actos de discriminación contra las mujeres<sup>1187</sup>. Esta obligación se convierte en un claro compromiso no solo para los Estados, sino para toda autoridad o institución en el ámbito privado<sup>1188</sup>.

Un avance muy importante en el contexto de esta Convención, resulta del artículo quinto. En este se establece que los Estados parte deben:

Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres<sup>1189</sup>.

Se incorpora una perspectiva socio-jurídica que claramente permite comprender que la raíz de la discriminación se encuentra en lo social, en las prácticas e imaginarios que convergen como antesala en las jurisdicciones nacionales. La mirada se traslada a esos patrones socio-culturales para invocar un marco deconstructivo amplio, que permita apropiarse mecanismos para eliminarlos. En este sentido, la CEDAW

1185 Ibid., “Preámbulo”.

1186 Ibid., art. 2.º.

1187 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, cit.

1188 Ídem.

1189 Ibid., art. 5.º.

marca un importante logro en el contexto de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, pues llama la atención sobre las estructuras sociales y las cuestiona desde el concepto de la discriminación, asegurando entonces un panorama en el cual tanto lo social como lo jurídico deben apropiarse una mirada antidiscriminatoria.

Para ALDA FACIO<sup>1190</sup>, en la CEDAW “la discriminación es entendida como resultado, no solo como propósito, de tal forma que una acción, ley o política sin intención de discriminar puede ser discriminatoria si ese fuera su efecto”<sup>1191</sup>. CEDAW, por ende, configura toda una estrategia que es vinculante a partir de resultados concretos para todos los signatarios.

El comité CEDAW comenzó a sesionar en 1982. Además de vigilar que se cumpla la Convención, tiene como tareas: emitir recomendaciones generales que ameritan interpretar o aclarar el contenido de la CEDAW, realizar sugerencias a los Estados parte para que se dé el efectivo cumplimiento de la CEDAW, con base en los informes que estos entregan con referencia a medidas para el cumplimiento de la Convención<sup>1192</sup>.

En el marco regional de protección de derechos humanos, existen también claros avances sobre el tema de la protección de derechos de las mujeres, pues además del Pacto de San José y de la Declaración Interamericana de los Derechos Humanos, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, “Convención De Belem Do Para” de 1994, establece elementos antidiscriminatorios y medidas para contrarrestar la violencia contra la mujer. Belem do Pará reconoce la violencia contra la mujer como una limitación para el pleno goce y ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

En el marco de la Convención se entiende la violencia contra la mujer como: “cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”<sup>1193</sup>. La Conven-

1190 ALDA FACIO. “El principio de igualdad ante la ley”, citada en GARCÍA MUÑOZ. “Combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres con la CEDAW, su protocolo y la Convención de Belém do Pará”, cit., p. 12.

1191 Ídem.

1192 GARCÍA MUÑOZ. “Combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres con la CEDAW, su protocolo y la Convención de Belém do Pará”, cit., p. 83.

1193 ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, “Con-



ción sigue la línea socio jurídica de CEDAW en materia de violencia de género, pues establece que es necesario modificar “los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres”<sup>1194</sup>, con el fin de contrarrestar prejuicios, costumbres y prácticas que se encuentran en el trasfondo de dicha violencia. Para la Convención, ese sustrato social se construye a partir de ideas sobre la inferioridad o superioridad de los géneros, lo que legitima o exagera la violencia contra la mujer.

Tanto CEDAW como Belem do Pará crean cambios institucionales enormes en América Latina, no solo por establecer normas de carácter internacional para la promoción de los derechos humanos de las mujeres, sino además, por formularlo desde el contexto del género como categoría que deconstruye y resignifica prácticas e imaginarios sociales lesivos para los derechos de las mujeres.

## VI. ACCESO A LA JUSTICIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El acceso a la justicia desde una perspectiva jurisdiccional, es decir, como aquel derecho que se tiene para acceder a la administración de justicia, requiere una perspectiva de género, dado que la justicia es un derecho humano que es transversal y, en consecuencia, emerge de un análisis y una reconceptualización iniciada en sus bases. De acuerdo con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo octavo: “Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley”<sup>1195</sup>.

Como vimos antes, la perspectiva de género permite deconstruir las bases prácticas, normas y sistemas jurídicos que se anclan en una visión distorsionada y androcéntrica. La perspectiva de género en lo jurisdiccional, permite además de problematizar estos elementos, identificar barreras y obstáculos que discriminan a las personas debido al género y que, por lo tanto, impiden un concepto que abarque el real reconocimiento de la igualdad de todos los sujetos procesales involucrados.

ención de Belem do Para”, 9 de junio de 1994, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>], art. 1.º.

1194 Ibid., art. 8.º.

1195 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, cit., art. 8.º.

Se trata, en esencia, de un conjunto de cuestiones mínimas que las operadoras y los operadores jurídicos deben tener presentes para identificar el impacto diferenciado que puede producir la categoría del género en los distintos aspectos de la controversia; a partir de lo cual estarán en condiciones de remediar mediante sus sentencias, los potenciales efectos discriminatorios que el ordenamiento jurídico y las prácticas institucionales y sociales pueden tener en detrimento de las personas, principalmente de las mujeres, niñas y minorías sexuales<sup>1196</sup>.

En Belem do Pará se incluyeron obligaciones y medidas que apoyaban la labor jurisdiccional desde una perspectiva de género, pues se entiende que la actividad judicial es muy relevante para el logro de fines que se persiguen en dicho instrumento<sup>1197</sup>. Para ello, ha sido muy importante la interpretación que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos –CIDH– en relación con la actividad jurisdiccional al interior de los Estados parte, sobre elementos como el estudio de contextos, la apreciación de los hechos, la valoración de pruebas, la investigación de delitos cuando se ha identificado hechos violentos contra mujeres y niñas, la determinación de medidas de reparación<sup>1198</sup>.

Para la CIDH han sido relevantes los contextos en los cuales se establece la responsabilidad de los Estados y el tipo de violaciones que son cometidas. Los contextos claramente dotan de significado las experiencias, pues es a partir de estos como se pueden reconstruir violencias de género<sup>1199</sup>.

1196 DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, disponible en [<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>].

1197 La Convención, por ejemplo, exige que las autoridades reconocer la desigualdad entre los géneros y eliminar los estereotipos que se basan en la inferioridad de las mujeres, para lo cual es necesario que en el ámbito jurisdiccional se imparta justicia con perspectiva de género. DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit.

1198 Ibid., p. 103.

1199 En relación con la construcción de contextos, la Corte Penal Internacional para Ruanda, en el caso Akayesu, permitió establecer los motivos de género que se encontraban detrás del genocidio perpetrado en Ruanda, así mismo, a partir de contextos se pudo establecer que el concepto de violencia sexual y de violación fue a partir de los contextos coercitivos. Ver: TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso n.º ICTR-96-4-T, Fiscal

En el caso *Gonzales y otras vs. México*<sup>1200</sup>, más conocido como “campo algodonero”, en el cual se pudo establecer la comisión del feminicidio<sup>1201</sup> de tres mujeres en ciudad Juárez en 1990, la Corte consideró que existía una “cultura de discriminación” contra las mujeres que se manifestaba en los feminicidios. Para la CIDH era claro que los patrones socioculturales habían generado, además, inacción estatal y un ambiente de impunidad en el cual resultaba probable la repetición de este tipo de violencias contra las mujeres, así como un ambiente de desconfianza hacia el Estado por su inactividad<sup>1202</sup>.

En el caso *J vs. Perú*<sup>1203</sup>, la CIDH, realizó el análisis del contexto de conflicto armado en la década de 1990 en Perú. En medio de este contexto, se pudo establecer la omisión del Estado para atender las alegaciones por tortura y violencia sexual de una víctima detenida por supuestos actos de terrorismo. Se pudo establecer que durante estos años se realizaron ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas de quienes supuestamente pertenecían al grupo Sendero Luminoso. Se estableció que la práctica de actos de violencia sexual contra mujeres, era realizada tanto por grupos armados como por autoridades de manera tolerada y generalizada<sup>1204</sup>.

En relación con la apreciación de los hechos, la CIDH ha determinado que el género es una categoría transversal que debe ser tomada en consideración cuando se valoran los hechos de un caso<sup>1205</sup>. Dicha

---

vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf>].

1200 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)], párrafo 143.

1201 La CORTE INTERAMERICANA usa el término homicidio de mujer por razones de género como sinónimo de feminicidio.

1202 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México*, cit., párrafos 400 y 401.

1203 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso J. vs. Perú”, Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)], párrafos 57 a 59.

1204 *Ibid.*, párrafo 388.

1205 DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit., p. 106.

valoración resulta muy relevante, pues permite identificar situaciones que de otra forma pasarían desapercibidas.

Respecto de la valoración de pruebas, varios casos resultan pertinentes para comprender la perspectiva de la CIDH, entre ellos *Espinoza González vs. Perú*<sup>1206</sup>, *Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala*<sup>1207</sup>, *Fernández Ortega y otros vs. México*<sup>1208</sup> y *Rosendo Cantú vs. México*<sup>1209</sup>. En ellos, la CIDH sostuvo que los jueces están obligados a evitar cualquier visión estereotipada que pueda interferir en la valoración de las pruebas, ya que esto ocasiona y perpetúa la desigualdad y discriminación<sup>1210</sup>. Por ejemplo, en cuanto a la valoración de la prueba de testimonio de víctimas de violencia sexual, es necesario comprender que por lo general estos hechos ocurren en ausencia de testigos, por lo que no es esperable encontrar este tipo de pruebas de los hechos.

En el caso *Fernández Ortega vs. México*, señala la Corte que se considera probada la existencia de una agresión sexual a partir de los siguientes elementos, sin exigir otros:

- a) el testimonio de la víctima; b) la presencia militar en la zona el día de los hechos; c) las pruebas periciales oficiales del estudio de espermatobioscopia y de fosfata ácida; d) la valoración psicológica de la señora FERNÁNDEZ ORTEGA; e) la

1206 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf)].

1207 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 24 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_339\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf)], párrafo 175.

1208 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>], párrafo 100; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia de 15 de mayo de 2011 (interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_225\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf)], párrafo 89.

1209 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, cit., párrafo 89.

1210 SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “Protocolo para juzgar con perspectiva de género”, cit., p.110.

declaración de la hija de la víctima, presente el día de los hechos; f) la declaración de otros testigos que presenciaron los momentos posteriores y socorrieron a la víctima después de la agresión; y g) el hecho de que después de más de ocho años de ocurrida la agresión, el Estado no aportó evidencia que permitiera contradecir la existencia de la violación sexual<sup>1211</sup>.

En relación con la investigación de delitos cuando se ha identificado hechos violentos contra mujeres y niñas, la CIDH ha puesto especial atención en que los funcionarios se encuentren capacitados en perspectiva de género al momento de abordar investigaciones en las cuales las víctimas han enfrentado violencia basada en género y que además se identifique la forma como incide el género en la valoración de las pruebas<sup>1212</sup>.

En el caso *Fernández Ortega vs. México*, se reconoce que se realizó un manejo deficiente de la prueba, pues se reconocen protocolos para la recolección de las pruebas forenses ni se tuvieron en cuenta garantías mínimas a las víctimas reconocidas en tratados internacionales:

El Tribunal determinó que el Estado incumplió el deber establecido en el artículo 7.b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer en perjuicio de la víctima. Además de los hechos reconocidos por el Estado, la Corte consideró probadas, entre otras, las siguientes omisiones y fallas en la investigación: [...] c) no se garantizó que la denuncia de la violación sexual respetara las condiciones de cuidado y privacidad mínimas debidas a una víctima de este tipo de delitos, por el contrario, se llevó a cabo en un lugar con presencia de público, incluso existiendo la posibilidad de que la víctima fuera escuchada por conocidos; [...] e) no se proveyó a la víctima de atención médica y psicológica adecuada, y f) no se protegió la prueba pericial<sup>1213</sup>.

1211 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010, párrafo 27.

1212 DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit., p. 109.

1213 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Fernández Ortega y otros vs. México*”, cit., párrafo 28.

La Corte ha señalado que debe evitarse a toda costa la conducción de investigaciones de modo sesgado o discriminatorio. En el caso *Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, la Corte logró establecer que este tipo de investigaciones sesgadas se realizan cuando se busca culpabilizar a la víctima o desacreditarla por su estilo de vida o su vestimenta<sup>1214</sup>. También sobre el ejercicio de la vida sexual advirtió:

“Hay un sesgo discriminatorio” en las investigaciones a partir de la indagación de aspectos de la conducta o relaciones personales de las víctimas, básicamente en cuanto al “ejercicio de [su] sexualidad”, que “construye [...] una serie de prejuicios [y] estereotipos para terminar concluyendo que esa[s] persona[s] fueron responsables de lo que les pasó”. Aclaró que el hecho de que los investigadores “hagan preguntas sobre [la conducta o relaciones de las víctimas] no es el problema, [sino] que con esa información se construyen prejuicios y estereotipos”, y que ello tiene por efecto atentar contra la efectividad de la investigación. Esto, en tanto, “el sesgo discriminatorio” provoca que “los operadores de justicia consideren como no prioritaria ni importante la investigación”<sup>1215</sup>.

La Corte IDH ha determinado que las autoridades tienen el deber de establecer las razones de género que se encuentren relacionadas con actos violentos contra mujeres de manera oficiosa buscando posibles “connotaciones discriminatorias por razón de género”, a través de indicios concretos como: a) El enseñamiento del cuerpo contra la mujer; b) Violencia sexual de cualquier tipo; c) Cuando el acto se enmarca en un contexto de violencia contra la mujer que se da en un país o región determinada. Cuando estos indicios se presentan se espera de las autoridades una investigación profunda y efectiva que permita establecer las causas del incidente violento<sup>1216</sup>.

1214 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 19 de mayo de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_277\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf)], párrafo 90.

1215 *Ibíd.*, párrafo 90.

1216 *Ibíd.*, párrafo 187.

De igual manera, para los homicidios en los que pueda existir una sospecha de que se han realizado en razón del género, la CIDH ha señalado la necesidad de que las autoridades de forma oficiosa y con base en el deber de investigación que tienen, indaguen sobre si el homicidio tuvo algún móvil sexual<sup>1217</sup>.

En este sentido, la investigación sobre un supuesto homicidio por razón de género no debe limitarse a la muerte de la víctima, sino que debe abarcar otras afectaciones específicas contra la integridad personal, tales como torturas y actos de violencia sexual. En una investigación penal por violencia sexual, es necesario que se documenten y coordinen los actos investigativos y se maneje diligentemente la prueba, tomando muestras suficientes, realizando estudios para determinar la posible autoría del hecho, asegurando otras pruebas como la ropa de la víctima, la investigación inmediata del lugar de los hechos.

Las investigaciones deben tener en cuenta, además, un análisis interseccional que comprenda factores adicionales de discriminación. Cuestiones como la edad, la etnia, la condición socioeconómica, la orientación sexual, el embarazo<sup>1218</sup>, la condición de migrante, la identidad o expresión de género<sup>1219</sup>, el padecimiento de una enfermedad estigmatizante como el VIH<sup>1220</sup>, el origen nacional, etc. Esto puede exacerbar condiciones de vulnerabilidad lo que, a la postre, limita el ejercicio de otros derechos<sup>1221</sup>.

1217 Ibid., párrafo 188.

1218 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)], párrafos 290, 292 y 298.

1219 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, Sentencia de 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)].

1220 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 1.º de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf)]; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 23 de agosto de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)].

1221 DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit., p. 112.

Así, por ejemplo, la CIDH se pronunció en el caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el cual las autoridades jurisdiccionales conceden la custodia de dos menores de edad al padre, debido a la orientación sexual de la madre y su interés por conformar una nueva familia<sup>1222</sup>. La CIDH planteó en este caso, que los estereotipos sobre los ideales de familia o la orientación sexual no podían servir de justificantes para determinar el interés superior de la niñez.

Sobre esa base, señaló que la decisión de la autoridad judicial chilena de otorgar la custodia al padre se basó, entre otras razones, en concepciones tradicionales sobre el rol social de las mujeres como madres y según el cual “se espera socialmente que [estas] lleven la responsabilidad principal en la crianza de sus hijos e hijas”. Por tanto, concluyó que fue incorrecto que las cortes chilenas consideraran que la decisión de la madre de rehacer su vida con otra persona fuese una evidencia de que privilegiaba sus intereses en detrimento de la crianza de sus hijas. Adicionalmente, el Tribunal Interamericano indicó que las aseveraciones relativas a que las niñas necesitaban crecer en una familia “estructurada normalmente y apreciada en su medio social” eran en realidad una percepción basada en un estereotipo del concepto de familia carente de sustento, al no existir un modelo único de familia<sup>1223</sup>.

Por último, en lo que concierne a las medidas de reparación, la CIDH ha señalado con base en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que las medidas de reparación deben tener en cuenta la perspectiva de género e interseccional. Estos son los factores adicionales, que como ya se estableció, pueden exacerbar condiciones de vulnerabilidad.

En el caso *Fernández Ortega y otros vs. México*, por ejemplo, se tuvo en cuenta la pertenencia a una comunidad indígena como factor para establecer reparaciones de tipo comunitario. De igual manera, en el caso *González y otras “campo algodoner” vs. México*, en el cual el enfoque de género se tuvo en cuenta para establecer las reparacio-

1222 Ibid., p. 116; CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso *Atala Riffo y niñas vs. Chile*”, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)], párrafos 110, 111 y 121.

1223 DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, cit., p. 116.



nes<sup>1224</sup>, la Corte estableció que las mismas debían tener un enfoque integral, transformador y correctivo. Por ende, se busca a través de estas medidas de reparación no solo compensar por los daños causados, sino además transformar la situación “estructural de violencia y discriminación”<sup>1225</sup>.

La Corte recuerda que el concepto de “reparación integral” (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, teniendo en cuenta la situación de discriminación estructural en la que se enmarcan los hechos ocurridos en el presente caso y que fue reconocida por el Estado, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. Del mismo modo, la Corte recuerda que la naturaleza y monto de la reparación ordenada dependen del daño ocasionado en los planos tanto material como inmaterial. Las reparaciones no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus familiares, y deben guardar relación directa con las violaciones declaradas. Una o más medidas pueden reparar un daño específico sin que estas se consideren una doble reparación<sup>1226</sup>.

1224 La Corte valoró las medidas de reparación solicitadas por la CIDH de modo que estas: “i) se refieran directamente a las violaciones declaradas por el Tribunal; ii) reparen proporcionalmente los daños materiales e inmateriales; iii) no signifiquen enriquecimiento ni empobrecimiento; iv) reestablezcan en la mayor medida de lo posible a las víctimas en la situación anterior a la violación en aquello en que no se interfiera con el deber de no discriminar; v) se orienten a identificar y eliminar los factores causales de discriminación; vi) se adopten desde una perspectiva de género, tomando en cuenta los impactos diferenciados que la violencia causa en hombres y en mujeres; y vii) consideren todos los actos jurídicos y acciones alegadas por el Estado en el expediente tendientes a reparar el daño ocasionado”, párrafo 451.

1225 CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, cit., párrafo 451.

1226 Ídem.

## VII. REFLEXIONES FINALES

El género es una herramienta que permite comprender, desde las bases sociales y culturales, los sesgos de tipo androcéntrico y heteronormativos que han estado históricamente ligados a las relaciones de poder, y a una serie de imaginarios y prácticas culturales que han dado como resultado la subordinación de la mujer y de minorías sexuales, con base en creencias de tipo culturales y esencialistas. Grandes contribuciones basadas en la historia, la sociología, la psicología, la antropología y las teorías feministas, permiten llegar a la construcción de este concepto que, hoy en día, facilita realizar análisis transversales y propuestas de políticas públicas ajustadas a una realidad mucho más diversa y menos discriminatoria.

En particular, las teorías y movimientos feministas en el mundo y en Latinoamérica permitieron visibilizar las relaciones asimétricas de hombres y mujeres sobre las bases de la diferencia sexual y también problematizar, además de los esencialismos, las cuestiones de género en contextos de opresión y exclusión. Problemáticas como la violencia de género, las prácticas que relegaban a las mujeres al ámbito privado y doméstico excluyéndolas de las dinámicas políticas, la discriminación en ámbitos laborales y la subordinación con bases esencialistas fueron expuestos. Tuvieron además gran influencia en las teorías críticas del derecho –TDC–.

En este capítulo se realiza el análisis del derecho en su relación con la categoría género que permite comprender de qué modo lo jurídico ha sido problematizado, también mostrando sus distorsiones, no solo en la aplicación e interpretación de la norma, sino además, desde su creación. El derecho como producto cultural toma de la sociedad elementos androcéntricos y los reproduce, construyendo y replicando realidades. Por ello, se hace necesario ver y deconstruir las realidades desde una perspectiva de género. Se hace necesario, así mismo, indagar y cuestionar privilegios que se establecen a partir de contextos de exclusión o discriminación con bases esencialistas, y que muchas veces se establecen como neutras. Estos discursos con una fuerte parcialidad androcéntrica, requieren análisis contextuales y transversales.

En este sentido, el análisis deconstructivo a partir de la categoría género nos debe llevar de lo descriptivo a lo transformador, buscando impactar programas, políticas y normas jurídicas, ese es el gran valor de incluir el análisis de género en lo jurídico.

Cuestiones como los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el acceso a la justicia que fueron estudiados aquí, muestran ese análisis. Los aportes que se han logrado desde los instrumentos internacionales, radican en que estos han permitido desarrollar una mirada crítica a prácticas jurídicas internas de Estados parte del sistema universal de protección de derechos humanos –ONU– y también del sistema regional –OEA–. De este modo, se han establecido lineamientos, principios y obligaciones para los Estados en materia de igualdad y no discriminación, y acciones concretas para prevenir y sancionar la violencia contra las mujeres, estos avances se ven reflejados en los cambios institucionales que se hacen necesarios a partir de su implementación y promoción.

Respecto del acceso a la justicia en una perspectiva jurisdiccional, la mirada de género permite cuestionar visiones distorsionadas y androcéntricas que crean barreras y obstáculos para el reconocimiento de la igualdad de todos los sujetos procesales involucrados. Permite igualmente, identificar el impacto diferenciado que tiene la justicia en diferentes aspectos de una controversia judicial. Así, por ejemplo, para mujeres, niñas y minorías sexuales en ciertos contextos, la diferencia en la apreciación de los hechos, la valoración de las pruebas, la investigación de delitos, las medidas de reparación y, además, en elementos que se encuentren relacionados con factores adicionales de discriminación.

## REFERENCIAS

- BERGER, PETER y THOMAS LUCKMANN. *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 2008.
- BONILLA VÉLEZ, GLORIA. “La lucha de las mujeres en América Latina: feminismo, ciudadanía y derechos”, *Revista Palabra, Palabra Que Obra*, vol. 8, n.º 8, 2007, pp. 42 a 59, disponible en [<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/palobra/article/view/225>].
- CANO, GABRIELA. “Las feministas en campaña: la primera mitad del siglo xx”, *Debate Feminista*, vol. 4, 1991, pp. 269 a 292, disponible en [[https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df\\_ojs/index.php/debate\\_feminista/article/view/1536](https://debatefeminista.cieg.unam.mx/df_ojs/index.php/debate_feminista/article/view/1536)].

- CANO, GABRIELA. “Revolución, feminismo y ciudadanía en México 1915-1940”, en GEORGES DUBY y MICHELLE PERROT (eds.). *Historia de las mujeres en Occidente*, vol. 5: *El siglo xx*, Madrid, Taurus, 1991, pp. 685 a 696.
- CANO, GABRIELA. “La ciudadanía de las mujeres: disyuntiva entre la igualdad y la diferencia sexual (México 1917-1953)”, en MARTHA MOSCOSO (comp.). *Palabras del silencio: las mujeres latinoamericanas y su historia*, Quito, Abya Yala, UNICEF y Embajada de los Países Bajos, 1995.
- CASTAÑO SANABRIA, DENNYRIS. “El feminismo sufragista: entre la persuasión y la disrupción”, *POLIS, Revista Latinoamericana*, vol. 15, n.º 43, 2016, pp. 1 a 15, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30545999011>].
- CÉSPEDES, LINA. “Género y derecho”, en GLORIA LUCÍA BERNAL ACEVEDO (comp.). *Visibilizar la violencia de género: sistematización de la experiencia en género*, Bogotá, Agencia Alemana para la Cooperación Internacional –GIZ– y Proyecto de Apoyo al Proceso de Paz en Colombia en el Contexto de Ley de Justicia y Paz –ProFis–, 2011, pp. 19 a 26.
- CORAL DÍAZ, ANA MILENA. *Cuerpo femenino en transición: la construcción desde el discurso jurídico –estudio de casos–*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2016.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS
- “Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú”, Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf)].
- “Caso González y otras (‘Campo Algodonero’) vs. México”, Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf)].

“Caso Fernández Ortega y otros vs. México”, Sentencia de 30 de agosto de 2010 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fernandezortega.pdf>].

“Caso Rosendo Cantú y otra vs. México”, Sentencia de 15 de mayo de 2011 (interpretación de la sentencia de excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_225\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_225_esp.pdf)].

“Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, Sentencia de 24 de febrero de 2012 (fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_239\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf)].

“Caso J. vs. Perú”, Sentencia de 27 de noviembre de 2013 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_275\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_275_esp.pdf)].

“Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 19 de mayo de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen\\_277\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_277_esp.pdf)].

“Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú”, Sentencia de 20 de noviembre de 2014 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_289\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf)].

“Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador”, Sentencia de 1.º de septiembre de 2015 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_298\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_298_esp.pdf)].

“Caso Gutiérrez Hernández y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 24 de agosto de 2017 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_339\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_339_esp.pdf)].

“Caso Cuscul Pivaral y otros vs. Guatemala”, Sentencia de 23 de agosto de 2018 (excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_359\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_359_esp.pdf)].

“Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú”, Sentencia de 12 de marzo de 2020 (excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)].

DE BEAUVOIR, SIMONE. *El segundo sexo*, Madrid, Cátedra, 2017.

DIRECCIÓN GENERAL DE DERECHOS HUMANOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020, disponible en [<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion/para-juzgar-con-perspectiva-de-genero>].

FACIO, ALDA. “Hacia otra teoría crítica del derecho”, en FRIES LORENA y ALDA FACIO (comps.). *Género y derecho*, Santiago de Chile, LOM y La Morada, 1999.

FOUCAULT, MICHELLE. *Historia de la sexualidad*, vol. 1: *La voluntad del saber*, Buenos Aires, Siglo XXI, 1976.

GARCÍA MUÑOZ, SOLEDAD. “Combatir la violencia y la discriminación contra las mujeres con la CEDAW, su Protocolo y la Convención de Belém do Pará”, en ELIDA ROSA APONTE SÁNCHEZ y MARÍA LUISA FEMENÍAS (comp.). *Articulaciones sobre la violencia contra las mujeres*, Buenos Aires, Universidad de La Plata, 2007.

GEERTZ, CLIFFORD. *The interpretation of cultures*, Nueva York, Basic Books, 1973.

LAGARDE, MARCELA. “La perspectiva de género”, en *Género y feminismo: desarrollo humano y democracia*, Madrid, Horas y Horas, 1996.

- LAMAS, MARTHA. *El género: la construcción cultural de la diferencia sexual*, México, D. F., PUEG y Miguel Ángel Porrúa, 2003.
- LAVRIN, ASUNCIÓN. “Mujeres y feminismo en Argentina 1900-1940”, *Revista Mujeres*, Santiago de Chile, 1998.
- LUNA, LOLA G. “La feminidad y el sufragismo colombiano durante el período 1944-1948”, *Otras Miradas*, vol. 1, n.º 1, 2001, pp. 108 a 125, disponible en [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/22791>].
- MANTILLA FALCÓN, JULISSA. “La importancia de la aplicación del enfoque de género al derecho: asumiendo nuevos retos”, *Themis Revista de Derecho*, n.º 63, 2013, pp. 131 a 146, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8994>].
- MCDOWELL, LINDA. “La definición de género”, en RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA, JUDITH SALGADO y LOLA VALLADARES (comps.). *El género en el derecho. Ensayos críticos*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2009.
- MEAD, MARGARET. *Sexo y temperamento en tres sociedades primitivas*, Barcelona, Edit. Laia, Barcelona, 1973.
- MOORE, HENRIETTA L. *Antropología y feminismo*, 5.ª ed., Madrid, Cátedra, 2009.
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, 10 de diciembre de 1948, recuperado disponible en [<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>].

- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, 16 de diciembre de 1966, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer*, 7 de noviembre de 1967, disponible en [<http://www.ub.edu/ciudadania/textos/mujeres/mujer1967.htm>].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer*, 18 diciembre 1979, disponible en [<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>].
- ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer*, “Convención de Belem do Para”, 9 de junio de 1994, disponible en [<https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>].
- PINTO GONZÁLEZ, WILBERT A. “Historia del feminismo”, *Revista de la Universidad Autónoma de Yucatán*, n.º 225, 2003, pp. 30 a 45, disponible en [<https://www.revistauniversitaria.uady.mx/pdf/225/ru2254.pdf>].
- SCOTT, JOAN W. “Gender: A useful category of historical analysis”, *The American Historical Review*, vol. 91, n.º 5, 1986, pp. 1.053 a 1.075.
- SERRET, ESTELA y JESSICA MÉNDEZ MERCADO. *Género y feminismo*, México, D. F., Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Instituto Electoral del Distrito Federal, 2011.



TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA. Caso n.º ICTR-96-4-T, Fiscal vs. Jean Paul Akayesu, sentencia del 2 de septiembre de 1998, disponible en [<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4936/6.pdf>].

VELÁSQUEZ TORO, MAGDALA. “Condición jurídica y social de la mujer”, en ÁLVARO TIRADO MEJÍA (ed.). *Nueva historia de Colombia*, t. IV, Bogotá, Planeta, 1989.

WOLLSTONECRAFT, MARY. *Vindicación de los derechos de la mujer*, Madrid, Cátedra, 1994.

## CAPÍTULO

## DÉCIMO TERCERO

**Derechos humanos****LUIS EDUARDO MORÁS<sup>1227</sup>****I. INTRODUCCIÓN**

Abordar los aportes posibles de la sociología jurídica al estudio de los derechos humanos en el contexto latinoamericano, supone enfrentar un conjunto de desafíos. Los mismos, hacen referencia tanto a las dificultades propias de una materia que trasciende las fronteras disciplinarias, como a la difusa y creciente extensión de aquello que

---

<sup>1227</sup> Doctor en Sociología por el Instituto Universitario de Pesquisas de Río de Janeiro –IUPERJ–, Catedrático de Sociología y Metodología de la Investigación en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República (Uruguay), Director del Instituto de Sociología Jurídica de la Facultad de Derecho, ex miembro de la Cátedra Unesco de Derechos Humanos (UDELAR), miembro del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII), tres veces premiado con el Premio Anual de Literatura en Ciencias Sociales y Jurídicas otorgado por el Ministerio de Educación y Cultura (MEC-Uruguay). Contacto: [luis.moras@fder.edu.uy]. ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-1857-5147>].

la literatura especializada y la legislación internacional comprenden dentro del campo de los derechos humanos. Se podría agregar como escollos adicionales, el cifrar los esfuerzos en realizar una mirada que pretende ser inclusiva de una realidad continental en extremo diversa siendo que, además, para llevar a cabo empresa de tal magnitud se cuenta con escasos antecedentes de investigación y desarrollos previos desde la mirada sociojurídica.

En lo que refiere al primer aspecto, el horizonte de los estudios que comprende la sociología jurídica no ha dejado de ampliarse en los últimos años, en concordancia con los vastos cambios experimentados por las sociedades y las regulaciones normativas que pretenden moldearlos. Sin ser el propósito de este capítulo ni tener la pretensión de ser exhaustivos, podemos mencionar la existencia de múltiples esfuerzos realizados en esta dirección por un conjunto de actores y de organizaciones que vienen generando una comunidad de conocimientos y relevantes acumulaciones en el campo de los estudios sociojurídicos mediante la convocatoria a congresos, jornadas y seminarios, así como la publicación de revistas arbitradas especializadas en la materia<sup>1228</sup>.

El segundo nivel de dificultad está dado por la extensión del campo que se pretende focalizar en este capítulo. En esta dirección, varios hitos pueden ser reconocidos en la evolución de lo que hoy conocemos como el paradigma de los derechos humanos, cuya primera expresión jurídica más exhaustiva puede ubicarse en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Esta formulación impone un con-

---

1228 Una de las instituciones pioneras en este sentido es la Sociedad Argentina de Sociología Jurídica –SASJU– que convoca anualmente a congresos nacionales y latinoamericanos con amplia participación regional, así como la Red Latinoamericana de Derecho y Sociedad –RELADES–. En el mismo sentido, para el caso de Brasil, pueden mencionarse la Associação Brasileira de Pesquisadores em Sociologia do Direito –ABRASD– y el núcleo de estudios de UNILASALLE con sede en la ciudad de Canoas, que convocara varias jornadas internacionales “Sociology of Law in Latin America” que constituyeron un importante hito en el relacionamiento entre colegas del continente y el mundo. Algunas de las publicaciones especializadas de particular relieve que pueden mencionarse son la *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, Universidad de San Isidro, la *Revista Eletrônica Direito e Sociedade* (REDES/UNILASALLE), la *Revista Derecho y Ciencias Sociales* (UNLP), *Direito e Justiça. Reflexões Sociojurídicas* (URJ), *Revista Estudos Socio-Jurídicos* (Universidad del Rosario), la *Revista Brasileira de Sociologia do Direito* y la *Revista Quaestio Iuris* (UERJ).

junto de derechos, que luego fueron profundizados y ampliados por el compromiso militante de múltiples actores, dando lugar a nuevas “generaciones” de derechos que contemplan una diversidad de aspectos vitales para consagrar la dignidad humana plena<sup>1229</sup>. En tal sentido, se reconocen como parte de una segunda generación aquellos que tienen que ver con derechos económicos, sociales y culturales que aseguran una ciudadanía en igualdad de condiciones y trato, e incluyen entre otros, el acceso al trabajo, la educación, la vida cultural, la salud y la vivienda<sup>1230</sup>. Se entienden como parte de una tercera generación de derechos los que contemplan un conjunto de “intereses difusos” donde se ubican el derecho a la paz, a la calidad de vida, a un medio ambiente saludable, etc. En una cuarta “ola” de derechos se incorporan el acceso a los avances científicos, tecnológicos y la ciudadanía digital<sup>1231</sup>.

- 1229 Los colectivos sociales y derechos que se consideran incluidos u omitidos en las diversas “generaciones” y “olas” son objeto de debates. Para una aproximación a la discusión, ver: MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP. “¿Nuevos derechos a debate? razones para no resistir”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 20, 2003, pp. 227 a 254, disponible en [[https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=es&id=ANU-F-2003-10022700254](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=es&id=ANU-F-2003-10022700254)]; JAVIER BUSTAMANTE DONAS. “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *Revista Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, n.º 85, 2010, pp. 80 a 89, disponible en [<https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>]; NICOLÁS BUYTRAGO REY y VANESSA BONILLA TOVAR. “70 años sin una Declaración Universal de los Derechos Humanos LGBT”, en CAROL PRONER, HÉCTOR OLÁSULO ALONSO, CARLOS VILLÁN DURÁN, GISELE RICOBOM y CHARLOTTH BACK (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 531 a 539.
- 1230 Estos derechos fueron incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 22 al 27) e incorporados explícitamente en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Se considera que la concreción de estos derechos demanda una política activa por parte del Estado con fines de garantizar su efectiva realización.
- 1231 De acuerdo con el planteo de JUAN CARLOS RIOFRÍO puede objetarse esta nueva “ola” de derechos digitales, en tanto ya se podrían incluir en los derechos genéricos enunciados por la Declaración Universal de 1948. No obstante, el autor defiende la postura de explicitar y jerarquizar estos derechos, ante el peligro que representan las nuevas tecnologías en términos de la “erosión y degradación que aqueja a los derechos fundamentales”. Ver: JUAN CARLOS RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA. “La cuarta ola de derechos

No menos cierto resulta también, que esta “agenda” de “antiguos” y “nuevos” derechos, merece ser analizada en toda su complejidad y diversidad de situaciones que se plantean y cuya comprensión exige adoptar una mirada crítica o al menos adoptar una actitud de “vigilancia epistemológica”<sup>1232</sup> respecto a lo que estos avances puedan implicar en diversos planos y colectivos sociales. En tal sentido, y como parte de esta complejidad que estamos refiriendo, podemos señalar las precauciones que se sugiere evaluar y que fueran formuladas por consagradas voces referentes de la sociología jurídica<sup>1233</sup>.

Desde la perspectiva de la sociología del derecho, cobra especial sentido y demanda los mayores esfuerzos de análisis esta multiplicación de derechos, en tanto se articulan con modelos societales que no siempre resultan permeables a un efectivo reconocimiento, así como coyunturas sociopolíticas no exentas de conflictos y resistencias a los cambios que exigen una activa participación ciudadana<sup>1234</sup>.

---

humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, n.º 1, 2014, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>], pp. 17 y 18.

1232 Para mayor detalle del concepto, ver: PIERRE BOURDIEU, JEAN-CLAUDE CHAMBOREDON y JEAN-CLAUDE PASSERON. *El oficio de sociólogo: presupuestos epistemológicos*, México, D. C., Siglo XXI, 2002.

1233 Para BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS la visión hegemónica de los derechos humanos ha adquirido connotaciones negativas en tanto se producen en sociedades caracterizadas por el individualismo y un declive del Estado nacional que aplica políticas neoliberales. Para el autor, el discurso jerarquiza miradas “individualistas, seculares, culturalmente occidentecéntricos, y estadocéntricos”. Ver: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Se Deus fosse um ativista dos Direitos Humanos*, San Pablo, Cortez, 2014, p. 11; En otro de sus trabajos, alude a las tensiones existentes entre el discurso de los derechos humanos y su contenido estatal y regulatorio respecto a la efectiva capacidad emancipatoria. Ver: BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, n.º 28, 2002, pp. 59 a 83; Para MARÍA JOSÉ FARIÑAS, no se debe de perder de vista la tensión existente entre derechos humanos y la diversidad cultural de los pueblos, debiéndose “compaginar la pretensión de universalidad con la polifonía de las diferentes culturas”. Ver: MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. “La lucha por los Derechos Humanos en el siglo XXI”, en CAROL PRONER, HÉCTOR OLÁSULO ALONSO, CARLOS VILLÁN DURÁN, GISELE RICOBOM y CHARLOTTH BACK (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 483.

1234 Múltiples autores han señalado la relevancia de la participación ciudadana

El tercer obstáculo que tiene la empresa de elaborar lineamientos para una sociología jurídica de los derechos humanos con pretensión de aportar una mirada regional, parte de las significativas diferencias existentes al interior de los países que componen el continente. No obstante, estas particularidades históricas, sociales, políticas y culturales pueden ser trascendidas, ya que como enseña GERMÁN SILVA GARCÍA en la región existe “una serie de componentes comunes [...] que le proveen cierta unidad dentro de una enorme diversidad y diferencia” y que hacen posible “identificarla y distinguirla”<sup>1235</sup>. En este sentido, y como bien apunta EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, si bien puede ser cuestionable la existencia de un “hombre cósmico perteneciente a la Patria Grande”, sí resulta evidente que existe “un ser humano latinoamericano cuya dignidad de persona ha sido negada planetariamente por el colonialismo y que se abre paso lentamente contra este”<sup>1236</sup>.

Por último, el cuarto escollo que visualizamos proviene de la escasa literatura y reducida acumulación en el campo académico de los estudios sociojurídicos específicamente focalizados en los derechos humanos a nivel continental. Como bien ha señalado MARÍA JOSÉ FARIÑAS en un sugerente texto<sup>1237</sup>, el campo de estudio jurídico de los

---

y de movimientos sociales para el reconocimiento y progresiva ampliación de los derechos humanos. En tal sentido, pueden señalarse desde el pionero trabajo de NORBERTO BOBBIO. *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Elsevier, 1992; hasta los aportes más recientes de FORTUNATO MALLIMACI. “Los derechos humanos como paradigma de una sociedad de iguales y diferentes”, *Revista Latinoamericana de Investigación Crítica*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 227 a 238, disponible en [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/27928>]; y de LUCÍA PÉREZ CHABANEAU y PATRICIA SILVEIRA RIVERO. “Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos. Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 32, n.º 44, 2019, pp. 81 a 102, disponible en [<https://rcs.cienciassociales.edu.uy/index.php/rcs/article/view/16>].

- 1235 GERMÁN SILVA GARCÍA. “Derecho y sociedad en América Latina: ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?”, en MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y CÉSAR RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003, p. 143.
- 1236 EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Los derechos humanos como programa y realidad”, *Revista Pensamiento Penal*, 28 de diciembre de 2014, disponible en [<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40438-derechos-humanos-programa-y-realidad>].
- 1237 MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. “Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto*

derechos humanos ha sido clásicamente un territorio transitado casi exclusivamente por teóricos y filósofos del derecho, constitucionalistas y/o desde los estudios de dogmática realizados por especialistas en derecho público o derecho internacional. No obstante, estas lecturas hegemónicas de los derechos humanos deben complementarse con miradas que permitan apreciar los problemas estructurales existentes y las características que adquieren las poblaciones no alcanzadas por las declaraciones universales de principios y las manifestaciones jurídicas locales sobre los derechos humanos. En otras palabras, la integración de los enfoques sociojurídicos a perspectivas interdisciplinarias resulta imprescindible para contribuir a la reducción del abismo existente entre las formulaciones teóricas acordadas por los organismos internacionales, respecto a la realidad cotidiana de numerosos colectivos sistemática y persistentemente vulnerados en sus derechos. La urgencia y relevancia del aporte a realizar, hacen más notorias las ausencias y debilidades de la actual agenda de investigación del campo sociojurídico de los derechos humanos a nivel continental.

En virtud de lo antes advertido, el esfuerzo que emprendemos en las siguientes páginas ha de resultar necesariamente parcial y acotado. Apenas nos permitimos remitir al análisis de algunos de los fenómenos que consideramos más relevantes y que en forma marcada plantean una gran distancia entre las aspiraciones de las grandes mayorías ciudadanas y el contenido enunciado por los tratados y convenciones aprobadas en materia de derechos humanos, en su relación con algunas realidades concretas que enfrentan numerosos colectivos. Esta delimitación nos llevará a exponer cuatro problemáticas estrechamente relacionadas y que suponen un serio obstáculo para el acceso y pleno ejercicio de derechos humanos básicos. Las mismas refieren al panorama de profundas y persistentes desigualdades que caracterizan a los países de la región; históricas asimetrías que revisten especial significación en la explicación de las diversas manifestaciones de una violencia que se reproduce y marca profundamente las trayectorias de vida de numerosos contingentes humanos, en particular los más jóvenes. Ante la magnitud del desafío que suponen estos fenómenos de marginalidad y violencia, los países de la región padecen las crónicas debilidades de los Estados nacionales para superar los proble-

mas estructurales y brindar niveles mínimos de bienestar. Si bien esta falencia constituye una realidad histórica, hoy asistimos a una profundización de tales impotencias, debido a los retos impuestos por una globalización económica, que es también política y cultural y que redundante en una agudización de las imposibilidades, contradicciones y conflictos. En paralelo al declive de las posibilidades estatales de generar ciudadanía e inclusión mediante políticas económicas redistributivas y el reforzamiento de programas sociales y culturales, la agenda para el efectivo cumplimiento de los derechos humanos enfrenta los desafíos emergentes de un pasado reciente, donde la intervención estatal se caracterizó por las violaciones sistemáticas y prolongadas de los mismos, lo que dejó como herencia mecanismos de violencia institucional que aún permean a gran parte de las instituciones encargadas de la seguridad. El sostenido avance del Estado penal ante lo que se percibe como una crisis de la seguridad pública, ha implicado serios retrocesos que se verifican en varios países de la región en términos de erosión de históricas garantías propias de los Estados de derecho y de crecientes tasas de encarcelamiento, con el natural corolario de niveles inaceptables de deshumanización de las personas que se encuentran privadas de libertad.

## **II. EL MARCO DE LAS DESIGUALDADES COMO LÍMITE A LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS**

Elaborar un sintético panorama de la pobreza y las desigualdades a nivel regional en tiempos pandémicos, impone delinear un catastrófico catálogo de sufrimientos acumulados durante décadas, que se ven exacerbados ante la profundización de una crisis económica que no encuentra respuestas acordes a la dimensión de los desafíos que se deben enfrentar. Es así que un continente que se ha caracterizado históricamente por ser la región que, a nivel universal, presenta los mayores índices de desigualdad, en la actualidad asiste al agravamiento de todos los indicadores sociales con el consecuente extrañamiento respecto a los marcos normativos vigentes que reconocen un conjunto de derechos humanos básicos, imponiéndoles a los Estados la obligación legal de brindar las condiciones para una ciudadanía digna a todos sus habitantes.

Posiblemente, el indicador más ilustrativo sobre este aspecto pueda visualizarse mediante las contundentes cifras sobre el diferencial



impacto del COVID-19 en la salud y la existencia misma de las personas. En efecto, mientras que el continente posee un 8,4% del total de la población mundial, al mes de agosto de 2021 superaba el 20% de los contagiados (20,6%) acumulando casi la tercera parte de los fallecidos (32,4%)<sup>1238</sup>. Estos niveles desmesurados de afectación por la pandemia, representan el lógico corolario de las profundas desigualdades estructurales existentes, en tanto las mismas configuran un escenario de mayor riesgo y extrema vulnerabilidad para importantes sectores de la población<sup>1239</sup>.

Algunos datos que ilustran esta realidad pueden ser apreciados si atendemos la evolución reciente de los niveles de pobreza y pobreza extrema. De acuerdo con el último diagnóstico hecho público por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL–, para el año 2020 en la región se estimaba una tasa de 33,7% de pobreza y de un 12,5% de pobreza extrema, niveles que no se observaban en los últimos 20 y 12 años respectivamente<sup>1240</sup>. Así mismo, de acuerdo a esta institución: “la pandemia llevó a que la economía de la región experimentara la mayor contracción del PIB desde 1900 (6,8%) y registrara el peor desempeño entre las regiones en desarrollo”<sup>1241</sup>.

1238 Hacia el 12 de agosto de 2021 el acumulado de casos era de casi 42 millones de personas contagiadas y el total de fallecimientos registrados en el continente alcanzaba la cifra de 1.400.053 sobre un total mundial de 4.323.139 muertes. Elaboración propia en base a los datos publicados por la Organización Mundial de la Salud –OMS–. Disponible en [<https://covid19.who.int/>].

1239 Entre los factores señalados por BENZA y KESSLER para la desmesurada dimensión de la pandemia, se encuentran la alta concentración de población urbana en condiciones deficitarias, la debilidad de los sistemas de salud y la precariedad laboral. Cfr. GABRIELA BENZA y GABRIEL KESSLER. *La ¿nueva? estructura social de América Latina. Cambios y persistencias después de la ola de gobiernos progresistas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021, p. 138.

1240 En el año 2000 la pobreza extrema alcanzaba al 12,4% de la población y para el 2008 la pobreza era del 33,5%. Datos tomados de COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Panorama social de América Latina 2020*, Santiago de Chile, CEPAL, 2021, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/46687>], p. 15.

1241 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. “La paradoja de la recuperación en América Latina y el Caribe. Crecimiento con persistentes problemas estructurales: desigualdad, pobreza, poca inversión y baja productividad”, *Informe Especial Covid-19*, n.º 11, 8 de julio de 2021, disponible en [<https://www.cepal.org/es/publicaciones/47043-la-paradoja-la-recuperacion-america-latina-caribe-crecimiento-persistentes>], p. 2.

Vale aclarar, de igual manera, que la emergencia sanitaria vino a profundizar las grietas en los niveles de bienestar que ya estaban siendo afectados por una situación de estancamiento previo durante el sexenio 2014-2019, con cifras de crecimiento económico de niveles en extremo reducidos. Los valores del período solo admiten una comparación con los indicadores que se conocieran durante la Primera Guerra Mundial o en los años de la Gran Depresión, y si se consideran los datos del último año, es posible afirmar que ha quedado definitivamente trazada una “trayectoria que conduce a una década perdida”<sup>1242</sup>. Incluso, cuando se introducen análisis diacrónicos de largo plazo sobre la extensión de la pobreza, la configuración estructural del fenómeno expone una desoladora realidad: los ciclos de crecimiento del PIB no aseguran niveles de desarrollo que permitan la sostenibilidad del bienestar y la reducción de la pobreza. A modo de ejemplo, se pueden ofrecer las cifras de pobreza para el 2005, momento donde alcanzaba al 39,8% de las personas, un nivel similar al que se medía 25 años antes, cuando en 1980 se ubicaba en el 40,5%<sup>1243</sup>.

Esta preocupante caracterización general, se ve todavía más agravada si son atendidos los indicadores que presentan poblaciones específicas. La observación de los datos que surgen cuando se incorpora la perspectiva generacional, permite apreciar el desolador panorama que exponen las cifras de una pobreza que para el año 2020 alcanzaría a más de la mitad de los niños (51,3%) que habitaban el continente<sup>1244</sup>. Aquí, también vale la aclaración que la sobrerrepresentación de niños, adolescentes y jóvenes en los niveles de pobreza no es un producto circunstancial del impacto pandémico; por el contrario, representa un problema de larga data<sup>1245</sup>. A modo de ejemplo, la pobreza multidi-

1242 Ibid., p. 4.

1243 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, s. l., CEPAL y UNICEF, 2010, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/1421>], p. 36.

1244 COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Panorama social de América Latina 2020*, cit., p. 41.

1245 Debe advertirse que los promedios generales opacan las especificidades entre países. A modo de ejemplo, Uruguay comparativamente se destaca por los bajos niveles de pobreza infantil, pero ocupa el peor lugar en términos de asimetrías generacionales, contando hacia el año 2010 con un *ratio* de pobreza infantil superior a 12 respecto a la población mayor de 65 años. Esa cifra es el triple de la que tienen Argentina y Chile, resultando seis veces superior a la que posee el promedio de los restantes países de la región.

mensional<sup>1246</sup> infantil alcanzaba al 54% de la población en el primer año del nuevo siglo<sup>1247</sup>.

Estos niveles de pobreza traen asociados la profundización de un conjunto de riesgos vitales que subrayan la distancia entre las declaraciones públicas universales y las manifestaciones jurídicas locales sobre la relevancia de los “derechos de la infancia”. En los hechos, los efectos “catastróficos” de la pandemia<sup>1248</sup> vienen a acentuar y visibilizar un estado de situación previo que se ubicaba muy lejos del enunciado de motivos y objetivos propuestos en 1989 por la Convención de los Derechos del Niño, texto que generaba amplias expectativas<sup>1249</sup> al promover como principio fundamental la defensa del “interés superior del niño”<sup>1250</sup> y concebirlo como un “sujeto de derechos”<sup>1251</sup>.

1246 Existe un amplio consenso acerca de las limitaciones que ofrecen los indicadores de pobreza infantil medida exclusivamente en términos monetarios o de ingresos del hogar. A los efectos, se entiende que una medida “multidimensional” de la situación de exclusión resulta más comprensiva para un enfoque basado en derechos de la infancia. Ver: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE Y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, cit., p. 15.

1247 CECILIA ROSSEL. *Desbalance etario del bienestar: el lugar de la infancia en la protección social en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL-UNICEF, 2013, disponible en [<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6190>].

1248 De acuerdo con la CEPAL: “los déficits de protección social pueden afectar de manera catastrófica el desarrollo integral de niños, niñas y adolescentes, con impactos críticos en el ejercicio de sus derechos y el desarrollo de capacidades humanas”. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Panorama social de América Latina 2020*, cit., p. 14.

1249 De acuerdo con CALVO GARCÍA, “su rápida entrada en vigor y el hecho de que sea el tratado de derechos humanos más ampliamente aceptado en virtud del número de estados partes, son indicios claros del consenso generalizado que ha suscitado”. MANUEL CALVO GARCÍA. “Los derechos humanos entre dos mundos: la implementación del Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 9, 1998, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39035>], pp. 50 y 51.

1250 FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, UNICEF, 2006, disponible en [<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>].

1251 La realidad concreta expone una enorme distancia respecto a ese “sujeto de derechos” y por el contrario, parece indicar la persistencia de niños y adolescentes contruidos en tanto “sujetos de castigo”, apropiándonos de la oportuna expresión utilizada en la compilación de trabajos realizada por: ALCIRA DAROQUI, ANA LAURA LÓPEZ y ROBERTO FÉLIX CIPRIANO GARCÍA. *Sujeto de castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*, Rosario, Homo Sapiens, 2012.

La existencia de profundas y persistentes asimetrías respecto al acceso al bienestar de la población infantil<sup>1252</sup>, pueden ser miradas a la luz de las obligaciones suscritas por los Estados parte de la referida Convención; lectura que expone las notorias debilidades de la intervención estatal y los sistemas de protección para asegurar los derechos inalienables que poseen niños, niñas y adolescentes. Un sintético análisis del articulado, permite apreciar que por la misma se obliga a los Estados partes a: “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar” (art. 3.º); y en lo que respecta al cumplimiento de derechos económicos, sociales y culturales, se comprometen a adoptar “medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario” (art. 4.º); así mismo, “garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño” (art. 6.º); “reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud” (art. 24); “proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, en particular con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (art. 27); “reconocen el derecho del niño a la educación” (art. 28); y por último, “reconocen el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educación, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social” (art. 32). Resulta evidente que en la realidad concreta de la vida cotidiana de los niños, niñas y adolescentes de la generalidad de los países que componen la región, prácticamente, ninguno de estos objetivos logró ser mínimamente alcanzados hasta la fecha, como lo documentan los diagnósticos disponibles<sup>1253</sup>.

1252 A modo de ejemplo de estas desigualdades, puede señalarse que en el 2018 el 46,2% de los niños experimentaban pobreza y un 18,4% pobreza crónica, siendo que para adultos de 65 y más años las cifras eran de 14,9% y 4,6% respectivamente. COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, cit., p. 3.

1253 Una evaluación cuantitativa de las múltiples privaciones que afectan los derechos fundamentales de la población infantil, con el detalle de los resultados hacia el año 2007 de seis dimensiones: nutrición, acceso al agua potable, acceso a saneamiento, condiciones de la vivienda, acceso a educación y acceso a información, puede ubicarse en: COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 55 a 72.

En lo que refiere al empleo, los indicadores del mercado de trabajo muestran tendencias regresivas desde el 2015 con un incremento del desempleo, el subempleo, la informalización y la pérdida de ingresos salariales. De acuerdo con el último informe de la Organización Internacional del Trabajo –OIT–, la crisis afectó de manera profunda una realidad que en los años previos ya resultaba negativa en términos de ampliación del “trabajo decente”<sup>1254</sup>. Dicho diagnóstico sostiene que la crisis ha “exacerbado los déficits previos de trabajo decente y las desigualdades sociales”, al tiempo que “amenaza con poner en peligro los avances en materia de igualdad de género”. Así mismo, la pandemia afecta particularmente a los jóvenes “en un momento crucial de sus vidas, interrumpiendo su transición de la escuela o la universidad al trabajo”, multiplicándose los trabajadores informales con una consecuente pérdida de ingresos salariales<sup>1255</sup>.

La emergencia sanitaria agudizó el negativo panorama de un mercado de trabajo que mostraba hacia el 2019 que el desempleo en la región alcanzaba al 8,1% de las personas, con una subutilización de la fuerza de trabajo del 19,9%. En dicho año, el 53,1% de los trabajadores se encontraban en el sector informal sin contar con coberturas sociales, principalmente en empleos con baja productividad, percibiendo bajos salarios que les impedían salir de la pobreza. Cuando se trata de trabajadores jóvenes comprendidos entre los 18 y 24 años, la situación empeora de modo considerable: la tasa de desempleo se eleva al 17,9% y la gran mayoría de los trabajadores (62,4%) tenían un empleo informal, cifras negativas que resultan más pronunciadas entre mujeres jóvenes. Hacia el 2019: “más de uno de cada cinco jóvenes, esto es, 23,3 millones de personas, no tenían empleo ni recibían educación o capacitación, y dos tercios de este grupo eran mujeres”<sup>1256</sup>.

1254 Recogiendo principios ya presentes en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en los artículos 22 al 24, los documentos elaborados por la Organización Internacional del Trabajo entienden que el “trabajo decente” incluye la posibilidad de acceder a un empleo productivo con ingreso justo y protección social, con igualdad de oportunidades para hombres y mujeres, desarrollado en un ámbito que cuenta con la libertad para expresar opiniones y organizarse.

1255 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias 2021 (resumen)*, Ginebra, OIT, 2021, disponible en [[https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2021/WCMS\\_794492/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2021/WCMS_794492/lang-es/index.htm)], pp. 3 y 4.

1256 ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas sociales*

En definitiva, y atendiendo el escenario de degradación de las condiciones mínimas de vida expuesta por las cifras anteriormente presentadas<sup>1257</sup>, se podría formular un interrogante acerca de una eventual “regresión” histórica en el campo fáctico de los derechos humanos. Tal como lo propone NORBERTO BOBBIO, la ampliación del campo de los derechos debe ser concebida en forma de progresión histórica. Para el autor, las exigencias de reconocimiento de nuevas protecciones son el producto del pasaje de un sujeto abstracto a un ser concreto, que debe ser considerado en las diversas etapas de su vida asociadas a una especificación de las carencias para las cuales se demanda protección. En sus propias palabras: “los derechos de tercera generación, como el de vivir en un ambiente libre de polución, ni siquiera podrían haber sido imaginados cuando fueron propuestos los de segunda generación”<sup>1258</sup>. De allí que resulte posible interrogarse sobre la facticidad de los prolíferos avances discursivos y normativos sobre una realidad concreta que, con tenaz oposición, se resiste a ser efectivamente transformada.

### III. LA EMERGENCIA Y MULTIPLICACIÓN DE LAS VIOLENCIA(S)

Hacia el 2018, con un total de 138.339 homicidios que representaban una tasa superior a 23 por cada 100.000 habitantes, el continente más desigual era también el que poseía la mayor tasa de muertes violentas a nivel mundial<sup>1259</sup>.

---

*y del empleo en el mundo: tendencias 2020*, Ginebra, OIT, 2020, disponible en [[https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/WCMS\\_757163/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/WCMS_757163/lang-es/index.htm)], pp. 52 y 53.

1257 El panorama ofrecido al remitirse exclusivamente a indicadores de pobreza general, infantil y condiciones juveniles del empleo, resulta con evidencia incompleto. Razones de espacio impiden abordar con la debida atención la clara violación a derechos fundamentales igualmente graves que sufren otros grupos sociales específicos como mujeres, afrodescendientes, poblaciones nativas, etc.

1258 BOBBIO. *A era dos direitos*, cit., p. 6.

1259 Elaboración propia en base a series suministradas por la OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Estudio mundial sobre el homicidio. Resumen ejecutivo*, Viena, UNODC, 2019, disponible en [[https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIDIOS\\_EN\\_ESPANOL.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIDIOS_EN_ESPANOL.pdf)].

Si bien existen grandes disparidades entre países, dicha tasa global muestra una consistente estabilidad en las últimas tres décadas. En efecto, si analizamos los países que integran el sur del continente, la tasa se situaba en 21,1 hacia 1990 y la proyección para 2018, último año disponible, contabilizaba 89.079 homicidios, lo cual representaba una tasa de 21 por cada 100.000 habitantes<sup>1260</sup>. A lo largo de ese período las cifras tuvieron fluctuaciones que marcaron la cifra más elevada en 2002 con 25,7 y como menor valor los años 1992 y 2010 con 20,8 muertes por cada 100.000 habitantes. Si se toma en consideración los países de América Central y México, las cifras se incrementan de manera significativa: con un total de 49.260 muertes en 2018, la tasa de homicidios se ubicaba en 28,1 por cada 100.000 habitantes. Cabe anotar que tres de cada cuatro homicidios que se producían en la subregión correspondían a México, que contabilizaba 36.685 muertes violentas, marcando una tasa de 29,1. Resulta pertinente acotar también que este país tenía a comienzos del siglo XXI y hasta el 2007 una tasa promedio inferior a diez homicidios, cifra que se incrementa hasta duplicarse hacia el 2010 y triplicarse para la última medición disponible correspondiente al 2018. Los otros países con cifras elevadas de violencia en la región centroamericana son: El Salvador, que con su tasa de 52 ocupa el primer lugar a nivel mundial, seguido de Honduras con 38,9 homicidios por cada 100.000 habitantes<sup>1261</sup>.

De acuerdo a otra fuente<sup>1262</sup>, en 2020 la situación de América Latina había experimentado algunas modificaciones en los patrones de criminalidad debido a la emergencia sanitaria, la cual impulsó reducciones significativas en el volumen de homicidios en algunos países de la región, como lo exponen las cifras de El Salvador, Guatemala, Honduras y Venezuela, entre otros. Para ese año, el listado de los principales países protagonistas de la violencia ordenados según la tasa de homicidios, lo encabezada Venezuela que no obstante ver una reducción de casi el 30% con respecto a las cifras de 2019, contabilizó un total de 11.891 muertes violentas, lo cual representa una tasa de 45,6 homicidios por cada 100.000 ciudadanos. Este país es seguido por Honduras con una tasa de 37,6; México con tasa de 27; Colombia con un valor de 24,3 y con cifras estimadas cercanas a los 20 homi-

1260 Ídem.

1261 OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Estudio mundial sobre el homicidio. Resumen ejecutivo*, cit.

1262 Página web de InSight Crime. Disponible en [<https://insightcrime.org/>].

dios por cada 100.000 habitantes se encontraban El Salvador (19,7)<sup>1263</sup> y Brasil (19,3).

Una bibliografía relevante ha destacado las relaciones existentes entre desigualdad y violencia<sup>1264</sup>, enfatizando tanto el peso de la desigualdad como variable independiente como, así también, una variable que resulta extremadamente sensible respecto a las determinaciones que ejerce la violencia como un factor gravitante para perpetuar las situaciones de privación y las asimetrías preexistentes. En este sentido, puede decirse que impera una profunda conexión entre la característica de ser la región más violenta del planeta con las penetrantes huellas existenciales que alimenta una desigualdad que más acentuada se hace, con cada nuevo episodio de violencia que promueve.

De acuerdo con el Informe de Desarrollo Humano publicado en 2021, las diversas manifestaciones de violencia que recorren Latinoamérica afectan de múltiples maneras a los sectores más vulnerables, contribuyendo a perpetuar su estado de privación y la constante violación de derechos humanos básicos. Entre los sectores más vulnerables a este flagelo, se señala en dicha publicación que se ven afectados principalmente los varones que habitan las zonas urbanas más pobres y aquellos que viven en territorios rurales con escasa presencia estatal y fuertes economías ilícitas. En algunas realidades, los homicidios suelen afectar en exceso a las minorías étnicas, como por ejemplo en Brasil, donde la tasa de homicidio de jóvenes afrodescendientes entre 12 y 29 años fue de 70,8 por cada 100.000 habitantes en 2012<sup>1265</sup>.

1263 La impactante reducción de los homicidios en El Salvador resulta en un interrogante. En parte puede atribuirse a los efectos de la pandemia, pero también a un eventual acuerdo tácito entre pandillas para frenar los enfrentamientos, pacto que contaría con el beneplácito del gobierno. De esta forma las autoridades pueden argumentar el éxito de su política de “mano dura” para enfrentar la criminalidad, eludiendo así las numerosas críticas por violación de los derechos humanos protagonizadas por las fuerzas de seguridad. Ver, por ejemplo, INTERNATIONAL CRISIS GROUP. “Miracle or mirage? Gangs and plunging violence in El Salvador”, *Latin America & Caribbean Report*, n.º 81, 8 de julio de 2020, disponible en [<https://www.crisisgroup.org/es/latin-america-caribbean/central-america/el-salvador/81-miracle-or-mirage-gangs-and-plunging-violence-el-salvador>].

1264 Ver, por ejemplo, ERNESTO SCHARGRODSKY y LUCÍA FREIRA. *Inequality and crime in Latin America and the Caribbean: New data for an old question*, UNDP LAC, Working Paper Serie n.º 13, 2021, disponible en [[file:///C:/Users/User/Documents/undp-rblac-PNUD\\_bckPapers13-OK.pdf](file:///C:/Users/User/Documents/undp-rblac-PNUD_bckPapers13-OK.pdf)].

1265 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe re-*



El citado Informe destaca también que los patrones de victimización resultan más frecuentes entre las personas que enfrentan múltiples desventajas simultáneas en razón de su género, etnia, orientación sexual o identidad de género. En definitiva, se trata de grupos sociales que ya se encuentran en inferioridad de condiciones socioeconómicas y en la capacidad de usufructuar derechos, que ven ampliado el impacto de los efectos negativos por estar de manera preferencial sometidos a episodios de violencia cotidiana. En forma adicional, la evidencia señala que altas tasas de criminalidad deterioran la salud no solo física, en tanto víctima directa de una agresión, sino también la salud mental, aspecto que resulta evidente como secuela cuando se enfocan dos formas frecuentes de violencia, como lo son las basadas en género y aquellas dirigidas contra la infancia. Al mismo tiempo, las zonas urbanas o rurales caracterizadas con altos niveles de violencia, suelen limitar las posibilidades de completar una adecuada escolarización o acceder a un sistema educativo de calidad. En ambos planos, salud y educación, la experiencia de victimización potencia las desventajas iniciales, acumulando nuevos problemas a las privaciones y desigualdades originarias<sup>1266</sup>.

Algunos estudios han abordado en clave económica los elevados costos que poseen la criminalidad y la violencia en la región. Estos costos incluyen los cargos directos como consecuencia de la violencia (por ejemplo pérdida de vidas, lesiones y daños); costos de prevención del crimen (como el gasto público y privado en provisión de seguridad); costos vinculados a la administración del sistema de justicia penal y la gestión de centros penitenciarios; así como un conjunto de efectos negativos más difusos y de difícil contabilización monetaria como los “costos sociales”, entre los cuales se cuenta la pérdida de calidad de vida, el deterioro de las relaciones de confianza comunitarias, la baja participación y compromiso en los asuntos públicos, la pérdi-

---

*gional de desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2021. Atrapados: alta desigualdad y bajo crecimiento en América Latina y el Caribe*, Nueva York, PNUD, 2021, disponible en [<https://www.undp.org/es/latin-america/informe-regional-de-desarrollo-humano-2021>], pp. 228 a 230.

1266 ANA ARJONA. *The effects of violence on inequality in Latin America and the Caribbean: A research agenda*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2021, disponible en [<https://www.undp.org/latin-america/publications/effects-violence-inequality-latin-america-and-caribbean-research-agenda>], pp. 24 a 32.

da de confianza en las instituciones públicas, etc. De acuerdo con el estudio pionero coordinado por LAURA JAITMAN, quien realizara una estimación del costo directo del crimen para un conjunto de países aplicando idéntica metodología, la valoración de los mismos se ubicaba hacia el 2015 en un mínimo de 3% del PIB, monto económico similar a lo que se invertía anualmente en la región para infraestructura y al total de lo que percibía como ingresos el quintil más pobre de la población<sup>1267</sup>. Es evidente que existen grandes diferencias entre países que dependen de la metodología aplicada, y en función de la inclusión de las diferentes variables que se consideren pertinentes, factores que pueden elevar la cifra antedicha hasta al 15% del valor anual del PIB<sup>1268</sup>.

Por otra parte, diversos análisis sociológicos han planteado un cúmulo de negativas externalidades atribuibles a los elevados patrones de criminalidad existentes. Entre los aspectos que pueden ser citados como más gravosos, la literatura sobre el tema destaca la extensión del sentimiento de inseguridad promoviendo un conjunto de preocupantes reacciones y la profunda afectación de los vínculos sociales debido a la fractura de la confianza interpersonal y por la estigmatización que sufren determinados grupos sociales. En lo que tiene que ver con la extensión de la inseguridad y el miedo, puede apreciarse, a través de las mediciones de opinión pública que realiza el Latinobarómetro, la significativa trascendencia que tiene esta variable como una de las principales preocupaciones de los ciudadanos<sup>1269</sup>. Uno de los aspectos

---

1267 LAURA JAITMAN (ed.). *Los costos del crimen y la violencia en el bienestar en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, disponible en [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/17030/los-costos-del-crimen-y-la-violencia-en-el-bienestar-en-america-latina-y-el>], p. 10.

1268 LAURA JAITMAN (ed.). *Los costos del crimen y de la violencia: nueva evidencia y hallazgos en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, disponible en [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/17467/los-costos-del-crimen-y-de-la-violencia-nueva-evidencia-y-hallazgos-en-america>], pp. 3 a 23.

1269 Hacia el 2011 la inseguridad constituía la principal preocupación de los países latinoamericanos con un 39% que la consideraban como el principal problema del país. Ver MARTA LAGOS y LUCÍA DAMMERT. *La seguridad ciudadana. El principal problema de América Latina*, Lima, Corporación Latinobarómetro, 2012, p. 41; En la última medición disponible correspondiente al 2018, a pesar de la importante crisis económica que atravesaban varios países de la región, el primer lugar de la respuesta espontánea de los consultados sobre el problema más importante del país era la delincuencia

que ha llamado la atención de quienes investigan el fenómeno, tiene que ver con las diferencias existentes entre países y la distancia entre los niveles efectivos de victimización que afectan a distintos grupos sociales respecto al sentimiento de inseguridad y miedo al crimen<sup>1270</sup>. No obstante, independiente del origen o la interpretación que se pueda realizar sobre las eventuales inconsistencias entre realidad y percepciones<sup>1271</sup>, resulta totalmente aplicable al problema el clásico teorema de THOMAS, que nos advierte que cuando se definen determinadas situaciones como reales, estas definiciones terminan siendo reales en sus consecuencias. En este sentido, el universo de efectos negativos provocados por la extensión del miedo son numerosos, algunos de los cuales significan un profundo deterioro de las redes de sociabilidad, la pérdida de la vida comunitaria, la escasa participación en los espacios y asuntos públicos, así como la proliferación de respuestas políticas de carácter autoritario para enfrentar con mayor dureza a la criminalidad que con frecuencia incurren en serias violaciones a los derechos humanos.

Algunos investigadores han señalado la paradójica situación que plantean los elevados patrones de criminalidad, en tanto no parecen retroceder o incluso aumentan, a pesar del importante ciclo de crecimiento económico experimentado por la región en los primeros años del nuevo siglo y la extensión de las políticas sociales por parte de una generación de gobiernos progresistas en varios países<sup>1272</sup>.

---

con un 19%, en tanto el 24% consideraba que era el principal problema a nivel municipal. CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*, Santiago de Chile, Latinobarómetro, 2018, p. 6; Datos disponibles en [[www.latinobarometro.org](http://www.latinobarometro.org)].

- 1270 A los efectos de apreciar las diferencias existentes en los distintos grupos sociales sobre las complejas relaciones entre victimización efectiva por exposición al delito, extensión del sentimiento de inseguridad y la emergencia del miedo, ver el clásico estudio de GABRIEL KESSLER. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.
- 1271 A los efectos del impacto de los medios en la inseguridad, ver BRENDA FOCÁS. *El delito y sus públicos. Inseguridad, medios y polarización*, Buenos Aires, UNSAM, 2020; sobre la instrumentalización política de los miedos, ver COREY ROBIN. *El miedo. Historia de una idea política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2009.
- 1272 En los primeros años del nuevo siglo se asiste a una “era de gobiernos progresistas” que incluye a varios países de la región, entre los cuales se cuentan Argentina, Bolivia, Brasil, Ecuador, El Salvador, Nicaragua, Uruguay y Venezuela.

En esta dirección, resulta interesante el planteo que formula ANDRÉS ANTILLANO para abordar el caso venezolano, al aportar posibles interpretaciones sobre las nuevas tensiones y conflictos que se abren en un contexto caracterizado por la adopción de una legislación más generosa en términos de ampliación de los derechos de ciudadanía y el descenso de la pobreza, que, no obstante, asiste a una acelerada multiplicación de la violencia criminal en general y de los homicidios en particular. Ante lo que aparenta ser una refutación empírica de la tradicional asociación pobreza y delito, el autor propone considerar las nuevas tensiones y contradicciones que surgen a partir del acceso restringido a programas sociales y oportunidades laborales con la persistencia de grandes asimetrías y el surgimiento de nuevos clivajes o escisiones entre los sectores populares<sup>1273</sup>.

Otros autores han puesto énfasis en los diferentes modos de adaptación ante los profundos procesos de “desafiliación” que padecen la legión de “inútiles para el mundo” que pueblan las periferias de las grandes ciudades<sup>1274</sup>. Niños, adolescentes y jóvenes que se convierten en los indeseables “residuos” de un crecimiento económico que demanda para su reproducción la exacerbación de un consumismo inalcanzable para los sectores populares excluidos<sup>1275</sup>.

1273 ANDRÉS ANTILLANO. “Tan lejos y tan cerca: desigualdad y violencia en Venezuela”, en GABRIEL TENENBAUM y NILIA VISCARDI (coords.). *Juventudes y violencias en América Latina. Sobre los dispositivos de coacción en el siglo XXI*, Montevideo, Universidad de la República, 2018, pp. 103 a 119.

1274 Si bien realizadas para otro contexto y momento histórico, las categorías propuestas por ROBERT CASTEL resultan plenamente vigentes para analizar la realidad latinoamericana. En particular, sus reflexiones en torno al conjunto de individuos que no cuenta siquiera con posibilidad de ser explotados pues carecen de pericias convertibles en valores sociales, seres que se encuentran en situación de “flotación” en la estructura social, poblando sus intersticios sin encontrar allí un lugar asignado y que elaboran una subjetividad marcada por una acumulación de carencias, que se traduce en una “falta de consideración, falta de seguridad, falta de bienes seguros y vínculos estables”. ROBERT CASTEL. *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del asalariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997, p. 467.

1275 Ver, por ejemplo, LUIS EDUARDO MORÁS. “Jóvenes inservibles y menores incorregibles. Los residuos del crecimiento económico”, en RAFAEL PATERNAIN y ÁLVARO RICO (coords.). *Uruguay: inseguridad, delito y Estado*, Montevideo, CSIC UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA y Ediciones Trilce, 2012, pp. 139 a 152; SERGIO TONKONOFF CONSTANTIN. “Juventud, exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema”, en *Alegatos Revista*, n.º 65,

Otras miradas colocan el énfasis en el deterioro del sentido y posibilidades de moldeamiento que tuvieron instituciones que vertebraron la modernidad y la ciudadanía (por ejemplo, la familia y el ámbito escolar); un vacío en la capacidad instituyente de la ley simbólica que ambienta la construcción de sujetos recortados en sus posibilidades de humanidad, expuestos a la cotidiana vulneración de derechos y actuando una sociabilidad sin límites donde proliferan las violencias como único mecanismo accesible de relacionamiento y reconocimiento<sup>1276</sup>.

De todos modos, el esfuerzo de comprender las multifacéticas derivaciones de la violencia en un escenario pautado por la masiva reproducción de situaciones de exclusión y precariedad existencial, en una dimensión tal que aparenta dibujar un horizonte de resurgimiento de la antigua “cuestión social” con el consecuente retorno de las “clases peligrosas”, resulta posiblemente un esfuerzo todavía incompleto para el cual las herramientas teóricas y metodológicas que proveen las ciencias sociales resultan inadecuadas o insuficientes<sup>1277</sup>. Mayúsculo desafío, ante el cual los aportes de una sociología jurídica crítica y situada se tornan imprescindibles.

#### IV. LA DIMENSIÓN DE LOS DESAFÍOS Y EL DECLIVE DEL ESTADO

2007, pp. 33 a 46, disponible en [<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/479>]; SARA MAKOWSKI y GONZALO SARAVÍ. “Social exclusion and subjectivity: Youth expressions in Latin America”, *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 16, n.º 2, 2011, pp. 315 a 334.

1276 En un clásico trabajo, DUSCHATZKY y COREA proponen que la violencia se presenta como un modo de sociabilidad y reconocimiento que emerge ante la impotencia de las instituciones tradicionales en configurar un “semejante a través la ley”, de lo cual se deriva que “si la ley no opera como principio de interpelación, tampoco opera la percepción de su transgresión. Desde esta perspectiva, la violencia no es percibida como tal, en tanto no hay registro de un límite violado. Se trata, en cambio, de una búsqueda brutal y desorientada del otro en condiciones en que el otro no es percibido como un límite”. SILVIA DUSCHATZKY y CRISTINA COREA. *Chicos en banda: los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2020, p. 25.

1277 Ver, por ejemplo, GABRIEL KESSLER. “Movilidades laterales. Delito, cuestión social y experiencia urbana en las periferias de Buenos Aires”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 25, n.º 31, 2012, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=453644792003>], p. 39.

El escenario de pronunciadas desigualdades y persistentes violencias, sintéticamente expuesto en los apartados anteriores, en parte puede explicarse por las significativas debilidades del intervencionismo estatal y sus limitaciones para construir ciudadanía. Esta característica ha sido el común denominador de la mayoría de los países que componen Latinoamérica, excepto contadas experiencias en puntuales períodos históricos, donde se intentaron tramitar políticas de amplio alcance popular generadoras de una ciudadanía amparada en el ejercicio de un conjunto de derechos fundamentales. En efecto, existe consenso en la literatura especializada sobre la hegemonía de un pensamiento reformista que tempranamente, a inicios del siglo xx, impulsó en los países del sur del continente (Argentina, Chile y Uruguay) la creación de dispositivos estatales con la aprobación de una legislación de avanzada en procura del bienestar<sup>1278</sup>.

El caso de México resulta notable, al establecer en 1917 por la vía constitucional un mecanismo que reconoce los “derechos sociales y económicos de los trabajadores y campesinos”; fecha previa a la aprobación de la Constitución de Weimar en 1919, por lo general considerada como una legislación modelo<sup>1279</sup>. No obstante, estos casos históricos representan excepciones sometidas a los vaivenes de las sucesivas crisis económicas y los gobiernos autoritarios que, de manera regular, representaron un serio retroceso para la plena vigencia de los derechos humanos en general y de los derechos económicos, sociales y culturales en particular.

1278 En el caso uruguayo, el “derecho a la asistencia” fue proclamado por un reformismo progresista que auspiciaba un fuerte intervencionismo estatal en la economía y el bienestar social. En 1910 se aprueba una legislación que de acuerdo con los legisladores de la época superaba debates del viejo continente: “Sin discutir en teoría el problema social que se debate Europa, sobre si el pobre tiene derecho positivo o solo moral a exigir socorro, el país se lo presta de hecho en toda la amplitud de sus necesidades estrictas y siempre gratuitamente”. LUIS EDUARDO MORÁS. *De la tierra purpúrea al laboratorio social: reformas y proceso civilizatorio en el Uruguay (1870-1917)*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 2000, p. 7.

1279 De acuerdo con FARIÑAS, la Constitución mexicana aprobada el 5 de febrero de 1917 es el primer texto de rango constitucional en reconocer derechos sociales y económicos de los trabajadores, derechos que fueron luego incorporados por otras, como la Constitución de la República de Weimar de 14 de agosto de 1919, la soviética de 1936 o la española de 1931. MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE. “Ajustes neoliberales al constitucionalismo social”, en SILVINA RIBOTTA y ANDRÉS ROSSETTI (coords.). *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 119.

Al panorama de violencias y asimetrías, se le suman nuevos desafíos delimitados por el universal paisaje de acentuada crisis de los Estados nacionales, en su indelegable rol de asegurar los derechos y el bienestar de los ciudadanos. Entre los factores principales para esta erosión de las capacidades estatales, se encuentran los efectos de una amplia transformación civilizatoria y el impacto de una globalización económica que retacea o escatima con fuerza las posibilidades locales de “hacer política”.

En lo referido a lo que enunciamos como cambios civilizatorios, se pueden incluir una serie de transformaciones en diversos planos, siendo uno de los más gravitantes la instalación de un individualismo<sup>1280</sup> que para algunos pensadores representa una gran conquista liberadora de la humanidad, por cuanto la época contemporánea habilitaría infinitas posibilidades de “escribir una biografía propia”<sup>1281</sup>. No obstante, las particulares características de este fenómeno ambiguo admiten diversas lecturas, en tanto esta supuesta liberación de las tradiciones y ataduras del pasado, no alcanza por igual a todos los seres humanos y el balance de este progreso civilizatorio bien puede resultar negativo para algunos grupos sociales, en especial mujeres, miembros de minorías étnicas, personas en situación de exclusión social, etc. De modo concomitante, la posibilidad de elaborar un proyecto con autonomía, también supone aceptar los riesgos que impone un mercado de la vida pleno de incertidumbres respecto al futuro.

Varios autores han destacado la radical diferencia de este neoin-

1280 En los trabajos de ULRICH BECK se establece una diferenciación entre individualismo y el concepto de individualización que describe una “transformación estructural, sociológica, de las instituciones sociales y la relación del individuo con la sociedad”, cfr. ULRICH BECK y ELISABETH BECK-GERNSHEIM. *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003, p. 339.

1281 De acuerdo con FITOUSSI y ROSANVALLON, el imperativo del individualismo representa un rasgo ineludible en las sociedades contemporáneas: “La obligación de incertidumbre se convierte hoy en un fenómeno de masas. La incertidumbre ya no es simplemente un modo de vida deliberadamente escogido por círculos restringidos, escritores o *dandys*, como en la época en que se identificaba con la vida bohemia. En lo sucesivo, al mismo tiempo que se universaliza la referencia a sí mismo, se impone en todos los dominios de la experiencia cotidiana, en la oficina, la escuela, la familia”, JEAN-PAUL FITOUSSI y PIERRE ROSANVALLÓN. *La nueva era de las desigualdades*, Buenos Aires, Manantial, 1997, pp. 45 y 46.

dividualismo respecto al proceso que caracterizó la individualización en la era moderna. A modo de ejemplo, ROBERT CASTEL en varios de sus trabajos, ha señalado los costos inherentes a los cambios producidos en el campo laboral que marcan el ocaso de un individuo que se consagraba plenamente mediante su inserción en redes de interdependencia, las cuales le brindaban tanto vínculos de inserción como mecanismos regulatorios de protección colectiva<sup>1282</sup>. Las sociedades actuales asisten a una contradicción insoluble exponiendo una clara separación entre individuos autónomos y plenamente capaces de valerse por sí mismos y aquellos caracterizados por la “desafiliación” y la constante presencia de una “invalidación social” que es la expresión de la carencia de soportes relaciones y derechos<sup>1283</sup>.

Para el caso específico de los países que componen Latinoamérica, la lectura del fenómeno que realiza DENIS MERKLEN resulta particularmente apropiada, al definir como “individuación” al proceso por el cual las sociedades “fabrican individuos”. Para este autor, las “políticas del individuo se centran hoy en la producción de un sujeto individual” intentando promover el deber de las personas en ser social y productivamente “activas”, así como también hacerse “responsables” de su propio destino<sup>1284</sup>. Este tipo de concepción se torna hegemónica en varios países de la región, promoviendo una ideología que reduce al mínimo el intervencionismo estatal en la provisión de bienestar, dejando librado a las propias personas su futuro. Esta lógica determina un serio retroceso histórico, por cuanto los individuos pierden derechos universales a las protecciones que solo les serán otorgados en forma individualizada y siempre que se pueda acreditar su merecimiento<sup>1285</sup>.

1282 CASTEL. *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del salariado*, cit., pp. 14 a 17.

1283 CASTEL define estas dos condiciones que impone una individualización que tiende a “escindir dos perfiles de individuos”, generando “individuos por exceso” cuya “posición social está asegurada” y pueden despojarse de las pertenencias y valores colectivos; y aquellos que se convierten en “individuos por defecto” al carecer de “los soportes necesarios para afirmar un mínimo de independencia social”, ROBERT CASTEL. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010, p. 27.

1284 DENIS MERKLEN. “Las dinámicas contemporáneas de la individuación”, en ROBERT CASTEL, GABRIEL KESSLER, DENIS MERKLEN y NUMA MURARD. *Individuación, precariedad, inseguridad. ¿Desinstitucionalización del presente?*, Buenos Aires, Paidós, 2013, p. 46.

1285 A los efectos de apreciar contenidos, formas y consecuencias de los pro-



En forma simultánea, este individualismo se expresa en –y se hace realidad por– las posibilidades de acceso a una amplia gama de bienes disponibles en el mercado de una sociedad de consumo, que hace del antiguo ciudadano un consumidor compulsivo de productos cuya comercialización asegura la reproducción ampliada de la producción. En sociedades tecnológicamente avanzadas, se hace más notoria la dependencia del modelo de producción de la eficiente instalación de un narcisismo que debe romper todas las barreras y sumergir a las personas en la gratificación inmediateista de los objetos que ofrece un mercado, pensado no para satisfacer necesidades, sino para amplificarlas de manera exponencial y permanente. Los artefactos son diseñados bajo el dictado de una “obsolescencia programada”, entendida como la limitación artificial de su durabilidad por parte de sus fabricantes, o bien de una “obsolescencia percibida”, impulsada por campañas publicitarias que inducen al consumidor a cambiar productos útiles por nuevas versiones levemente modificadas del mismo.

El original planteo de LIPOVETSKY sobre “el libre despliegue de la personalidad íntima”, “la legitimación del placer” y la procura de la “realización personal” establece esta estrecha relación del individualismo con la “revolución del consumo”<sup>1286</sup>; pulsión hedonista que en los últimos años no ha hecho más que profundizarse al ritmo de una globalización homogeneizadora de estéticas y tendencias sobre los bienes que deben ser objetos del deseo. Incluso, esta lógica del consumidor ha avanzado en campos antes restringidos, como por ejemplo el ámbito del cuidado en la vida familiar<sup>1287</sup>, los sentidos culturales que

---

gramas focalizados de políticas sociales, ver los estudios contenidos en la compilación de ANALÍA MINTEGUIAGA y PAULA LUCÍA AGUILAR (eds.). *La disputa por el bienestar en América Latina en tiempos de asedio neoliberal*, Buenos Aires, CLACSO, 2020, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20200921052306/Disputa-bienestar.pdf>]; También CLAUDIA DANANI. “Políticas sociales universales: una buena idea sin sujeto. Consideraciones sobre la pobreza y las políticas sociales”, *Sociedad*, n.º 37, 2017, pp. 77 a 94, disponible en [<https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistasociedad/article/view/2973>].

1286 GILLES LIPOVETSKY. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, Anagrama, 2000, pp. 7 y 8.

1287 Un excelente estudio sobre la “mercantilización” de servicios como el cuidado a niños y ancianos, las adversidades de salud, las fiestas infantiles y los cumpleaños, entre otros arreglos antes dependientes de la esfera familiar y ahora disponibles en un mercado de especialistas y expertos, es la que

se ven invadidos por la proliferación de manuales de autoayuda como las obras de referencia en el campo literario o las nuevas orientaciones religiosas que obtienen mayor adhesión ofreciendo un sinnúmero de productos comercializables.

Varias líneas de investigación se han abierto desde los primeros años del nuevo siglo enfocadas al estudio de la “emocionalidad del consumo”, que como postula EVA ILLOZ “trabaja desde el núcleo mismo de los guiones culturales de la individualidad”<sup>1288</sup>. De allí que pueda afirmarse que este creciente proceso de individualización que caracteriza a la modernidad tardía, requiere de la exacerbación de un consumismo como agente regulador de las emociones, comportamientos y sociabilidades, traduciéndose en un estilo de vida que resulta inalcanzable para amplios sectores sociales que asisten a la multiplicación de sus frustraciones y una profundización de la alienación de la vida social.

Estos cambios civilizatorios, se expresan también como una fuente de continuo descontento respecto a las instituciones que durante la modernidad habían logrado moldear a los ciudadanos brindándole apoyos, sentido de pertenencia y posibilidades de desarrollo. El fenómeno de vaciamiento de las instituciones fue objeto de una acertada metáfora por parte de ANTHONY GIDDENS, que las calificó como “instituciones cascarón” debido a que su presencia física se mantiene, pero “se han vuelto inadecuadas para las tareas que están llamadas a cumplir”<sup>1289</sup>. En postura coincidente respecto a las limitaciones que de manera contemporánea exhiben las mismas, se encuentra FRANÇOIS DUBET, para quien “el trabajo, el Estado, la familia, la escuela entraron en decadencia debido a la implosión de sus propias contradicciones, volviéndose simbólicamente menos eficaces”<sup>1290</sup>. Una perspectiva similar, situada en el contexto regional, es la que ofrece IGNACIO LEWKOWICZ, pensador que denuncia la progresiva “destitución” que adolecen las actuales instituciones fragmentadas e impotentes en sus

---

ofrece el texto de ARLIE RUSSELL HOCHSCHILD. *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*, Buenos Aires, Katz, 2011.

1288 EVA ILLOUZ (comp.). *Capitalismo, consumo y autenticidad: las emociones como mercancía*, Buenos Aires, Katz, 2019, p. 15.

1289 ANTHONY GIDDENS. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000, p. 31.

1290 FRANÇOIS DUBET. *El declive de la institución: profesiones, sujetos e individuos en la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 2006, p. 23.

posibilidades de crear sujetos, y que devienen en “galpones” sin capacidad efectiva de construir el ideal del ciudadano que caracterizó a la modernidad<sup>1291</sup>.

Por otra parte, la acentuación del fenómeno de la globalización “por la profundidad, intensidad y extensión con que penetra en el tejido social” plantea un desmesurado conjunto de desafíos para la vigencia de los derechos humanos, como nos ilustran los trabajos de JESÚS LIMA TORRADOS<sup>1292</sup>. Para este autor, se asiste a un debilitamiento de las instituciones que garantizan derechos que, con frecuencia, son sustituidas por “admoniciones morales” las cuales suelen culpar a las “propias víctimas de su situación”<sup>1293</sup>. En efecto, reducir las grietas y vulnerabilidades que las profundas asimetrías existentes imponen en sociedades globalizadas sometidas a los dictámenes de empresas transnacionales y poderosas corporaciones, resulta una tarea que excede el horizonte de efectivas posibilidades para la mayoría de los actuales Estados nacionales<sup>1294</sup>.

Ante la multiplicación vertiginosa de los riesgos que promueve la competencia desembozada en el mercado, la variedad de conflictos que deben enfrentar y los límites para brindar protecciones, los Estados deben vertebrar una nueva estrategia legitimadora. Según ZIGMUNT BAUMAN, se evaden las tradicionales responsabilidades ante la vulnerabilidad y la incertidumbre que aquejan a las personas, consecuentes de “la lógica (o falta de lógica) del libre mercado, redefinida ahora como un asunto privado, una cuestión que los individuos han

1291 Para este autor, la “correlación entre subjetividad ciudadana, dispositivos normalizadores y Estado-nación en la actualidad está agotada”, IGNACIO LEWKOWICZ. “Escuela y ciudadanía”, en CRISTINA COREA e IGNACIO LEWKOWICZ. *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas, familias perplejas*, Buenos Aires, Paidós, 2004.

1292 JESÚS LIMA TORRADOS. “Globalización y derechos humanos” *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. XVII, 2000, disponible en [<https://revistas.mjjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1659>], p. 44.

1293 *Ibíd.*, p. 60.

1294 Como ha señalado ANITUA, este proceso de internacionalización del poder económico ha escatimado poder a los Estados “en el plano de su capacidad política de responder a las demandas sociales, y también en el plano de su soberanía como capacidad estatal de organización jurídica”, GABRIEL IGNACIO ANITUA. “Seguridad pública en Latinoamérica. Homenaje a Lola Aniyar de Castro (1937-2015)”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º 2 extra, 2019, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27440>], p. 241.

de tratar y hacer frente con los recursos que obran en su poder”<sup>1295</sup>. En consecuencia, los Estados deben focalizar sus acciones hacia aquellos enemigos fácilmente identificables por la prédica de los medios masivos de comunicación como fuente de todos los malestares y temores urbanos: delincuentes jóvenes pertenecientes a los sectores populares que cometen delitos contra la propiedad o asumen un rol subordinado dentro de las estrategias del crimen organizado y el tráfico de drogas. Esta criminalización de una pobreza que nace de las carencias materiales y se reproduce por la privación del acceso a protecciones estatales, se ve agudizada con la emergencia de un discurso hegemónico que habilita políticas penales radicalmente divorciadas de la observación de mínimas garantías para los justiciables y el pleno respeto hacia derechos humanos fundamentales.

## V. EL AVANCE PUNITIVISTA Y LOS RETROCESOS CIVILIZATORIOS EN MATERIA PENAL

A pesar de las múltiples vulnerabilidades y la continua violación de derechos que sufren importantes colectivos expuestos en las páginas precedentes, en la mayoría de los países que integran la región se ha instalado un discurso con una serie de lugares comunes en lo que respecta al origen de las violencias y los recursos disponibles para enfrentarlas. En rasgos generales, esta configuración de ideas sobre el origen del delito y las posibles respuestas, ha sido definida como populismo penal, entendido como la “manifestación en el ámbito penal de un nuevo *Zeitgeist*, iliberal, anti-institucionalista, post-ilustrado, securitario y escéptico respecto al núcleo filosófico-político de la modernidad”<sup>1296</sup>.

Con independencia del signo político de las administraciones de gobierno, la política criminal privilegiada en la mayoría de los países de la región comparte un conjunto de premisas, como lo exponen múltiples estudios publicados en las últimas dos décadas<sup>1297</sup>. En las

1295 ZIGMUNT BAUMAN. *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, Buenos Aires, Paidós, 2005, p. 72.

1296 JAVIER CIGÜELA SOLA. “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22, n.º 12, 2020, disponible en [<http://criminet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>], p. 3.

1297 Una extensa bibliografía da cuenta de las graves consecuencias en la región

interpretaciones más frecuentes realizadas por influyentes actores sociales, mediáticos y políticos sobre el fenómeno de la violencia y el crimen, se constata un desconocimiento –cuando no el claro rechazo– a evaluar las evidentes consecuencias estructurales provocadas de modo fundamental por un desarrollo económico orientado por las estrictas exigencias de un mercado transnacional, que opera dejando de lado las posibilidades de acceso a un trabajo decente para numerosos sectores de la población y a una ausencia o retiro de funciones esenciales por parte de las estructuras estatales en el aseguramiento de niveles mínimos de bienestar. Ninguno de estos factores parece tener alguna correspondencia con la reproducción de importantes tasas de violencia delictiva. La actuación de esta violencia suele ser interpretada como una opción de vida libremente elegida por individuos, que gozarían de plena autonomía en la toma de decisiones y logran evaluar los costos y beneficios que brindaría una legislación que múltiples actores sociales, mediáticos y políticos, catalogan como excesivamente permisiva con los delincuentes. En tal sentido, en las dos últimas décadas se instala una dinámica de política criminal que impulsa una serie de reformas claramente regresivas en términos de derechos y garantías.

De acuerdo con SALO DE CARVALHO, entre las múltiples iniciativas propuestas o implementadas en el campo penal, procesal penal, de ejecución penal y penitenciario, se cuentan la creación de nuevos tipos penales, la ampliación del tiempo de privación de libertad para múltiples delitos, una sumarización del procedimiento penal con la ampliación de las hipótesis de prisión cautelar, el endurecimiento del cumplimiento de la pena con la ampliación de los plazos para la progresión y la libertad condicional, serias limitaciones para las posibilidades de extinción de la punibilidad reduciendo los criterios acepta-

---

por la extensión del llamado populismo penal o punitivo, como la política criminal privilegiada en la mayoría de los países. Entre los mismos, pueden citarse: CARLOS BASOMBRIO y LUCÍA DAMMERT. *Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes*, Washington, D. C., Wilson Center Latin American Program, 2013; LUCÍA DAMMERT y FELIPE SALAZAR. *¿Duros con el delito?: populismo e inseguridad en América Latina*, Santiago de Chile, FLACSO, 2009; y la compilación de trabajos de MÁXIMO Sozzo (comp.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, Buenos Aires, CLACSO, 2016, disponible en [[https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo\\_penalidad.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf)].

bles para indultos, libertad por gracia y conmutación de la pena, así como la ampliación de las potestades de las autoridades carcelarias para evaluar el comportamiento de los reclusos<sup>1298</sup>.

En forma inevitable, estas reformas impulsaron el encarcelamiento masivo y en las dos décadas que transcurren desde el comienzo del siglo, el volumen de personas privadas de libertad no ha cesado de crecer vertiginosamente alcanzando niveles desconocidos en el pasado. De acuerdo a datos proporcionados por el Institute for Criminal Policy Research, la población total encarcelada en América Latina pasó de 752.818 en el 2000 a 1.665.459 hacia 2018, marcando un crecimiento del 121%, bastante superior a cualquier otra región a nivel mundial<sup>1299</sup>.

Un análisis más detallado de las tasas de prisionización entre los años 2000 al 2020, expone contundentes datos sobre esta espiral de inflación penal, que ha trascendido incluso las administraciones de gobierno de carácter progresista que hubo en la región. A modo de ejemplo, Brasil más que triplica el número de personas privadas de libertad en dicho período, alcanzando para el 2020 la cifra de 759.518 presos, valor que lo ubica en el podio de los tres países que mayor cantidad de personas encarcelan en el mundo, detrás solamente de Estados Unidos y China. En el caso de Argentina, hacia 2018 había superado los 100.000 presos y poseía una tasa de 230; Ecuador pasa de una tasa de 64 al comienzo de siglo, a una de 224 en 2020; Uruguay multiplica varias veces el número absoluto de presos, teniendo en 2020 una tasa de 372 por cada 100.000 habitantes, que lo ubica en el primer lugar dentro de los países del sur del continente. En el caso de Chile, las cifras al comienzo y al final del período considerado son similares, habiendo alcanzado bajo una administración progresista su máximo histórico con una cantidad superior a los 50.000 presos y una tasa de 320 hacia el 2010. Si consideramos cantidades absolutas de privados de libertad, Latinoamérica ubica cinco países (Brasil, México, Argentina, Colombia y Perú) entre los primeros 20 que cuentan con mayor cantidad de

1298 SALO DE CARVALHO. "Substitutivos penais na era do grande encarceramento", en RUTH MARIA CHITTÓ (org.). *Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II*, Porto Alegre, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010, pp. 154 y 155.

1299 ROY WALMSLEY. *World prison population list*, 12.ª ed., Londres, Institute for Criminal Policy Research y Birkbeck, University of London, 2018, disponible en [[https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)], p. 17.

personas encarceladas; en tanto que, si se observan las tasas, la segunda mayor a nivel mundial es ostentada por El Salvador, que con sus 564 presos por cada 100.000 habitantes hacia marzo de 2021, solo era superado por los Estados Unidos, con una tasa de 639<sup>1300</sup>.

A la par, la extensión de un discurso crítico respecto a las tradiciones humanistas y garantistas que la mayoría de los textos penales y constitucionales proclaman, así como los relatos justificadores de la creación de nuevas figuras delictivas con un incremento exponencial de los castigos sin una contrapartida proporcional de incremento presupuestal, tiene como inevitable corolario niveles inaceptables de hacinamiento, el desfondamiento sanitario de las condiciones de vida y la inaplicabilidad de programas efectivos de tratamiento para la inmensa mayoría de las personas privadas de libertad.

En un claro retroceso civilizatorio, se asiste por la vía de los hechos, a la renuncia del mandato que poseen las instituciones penitenciarias para que los seres que de allí arriben, retornen a la sociedad en mejores condiciones respecto a las que ingresaron. Esta continua violación de derechos humanos básicos en los centros de privación de libertad, si bien es una constante en casi toda la región, adquirió en el 2019 las peores dimensiones en El Salvador, Guatemala, Bolivia y Perú, países donde la sobrepoblación carcelaria superaba el 200% de la capacidad oficial estimada<sup>1301</sup>.

Al mismo tiempo, estos niveles de hacinamiento reproducen de modo exponencial lo que supuestamente se pretende evitar mediante la separación del infractor del resto de la sociedad al expandir la violencia al interior de los centros de reclusión, pero también fuera de sus muros, impactando en el conjunto de la sociedad. Como lo muestran una serie de investigaciones recientes, la violencia institucional –promovida o tolerada por las autoridades– puede resultar funcional para grupos organizados de presos con capacidad de administrar lo que acontece dentro y fuera de los muros de los presidios. De esta forma, el hacinamiento no solo obstaculiza las posibilidades de inserción y el acceso a mínimos servicios, sino que también suele victimizar más profundamente a los victimarios presos más débiles. Cárceles sobrepobladas con escasos recursos humanos y materiales, representan un

1300 Elaboración propia en base a datos obtenidos en [<https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>].

1301 DIANA MATEUS. *Hacinamiento carcelario y Covid-19 en América Latina*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2020, p. 4.

campo propicio para expandir la violencia y el poder corruptor de funcionarios penitenciarios, policías y de los reclusos mejor organizados. Varios países del continente conocen esta reproducción ampliada de la violencia y las formas de autogobierno que pueden desarrollarse facilitadas por el hacinamiento y una gestión sin capacidad de control y propuestas de tratamiento humanizador<sup>1302</sup>.

De manera adicional, puede mencionarse que la dimensión de las violencias institucionales que operan en el campo de la persecución criminal, la justicia penal y las instituciones penitenciarias, representan un factor claramente obstaculizador para avanzar en el efectivo cumplimiento de los derechos humanos. La extensión del sentimiento de inseguridad en conjunción con las interpretaciones superficiales de las causas del delito y la desacreditación del discurso experto<sup>1303</sup>, han otorgado a las agencias de control de un superlativo poder para una actuación discrecional ante lo que se considera como fuente evidente del malestar para los medios de comunicación y amplios sectores de la sociedad: adolescentes y varones jóvenes excluidos del proceso productivo<sup>1304</sup>.

En este contexto situacional, las policías han adquirido un renovado prestigio como los principales agentes para enfrentar una violencia exacerbada, en ocasiones dotándolas de nuevas atribuciones e incluso apelando a una militarización de parte de sus efectivos. Esta impronta represiva en la gestión de los conflictos, por lo general no cuenta con

- 
- 1302 En tal sentido, JENNIFER PEIRCE y GUSTAVO FONDEVILA. "Concentrated violence: The influence of criminal activity and governance on prison violence in Latin America", *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 99 a 130; MARCELO BERGMAN. "Insights from new studies on violence in Latin American prisons", *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 5 a 7; JULIENNE WEEGELS. "Prison riots in Nicaragua: Negotiating co-governance amid creative violence and public secrecy", *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 61 a 82.
- 1303 Uno de los primeros autores en señalar este proceso ha sido DAVID GARLAND. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- 1304 Para apreciar las características particulares del fenómeno en el caso uruguayo, pueden consultarse los trabajos de: LUIS EDUARDO MORÁS. *Los enemigos de la seguridad. Desigualdades y privación de libertad adolescente*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016; DANIEL DÍAZ VENEGAS. "La urgencia punitivista. Rupturas y continuidades en la legislación penal juvenil uruguaya", *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 11, n.º 1, 2021, pp. 1 a 29, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1265>].



los controles debidos del poder civil, en parte debido al desinterés de los políticos para controlar efectivamente su actuación y también por la persistencia de una autonomía funcional burocrática históricamente resistente a los intentos de cambio buscados<sup>1305</sup>. En definitiva, en la mayoría de los países, la institución policial resulta una organización caracterizada por los frecuentes abusos en el uso de la fuerza letal, la magnitud de los actos de corrupción que protagoniza, el manejo discrecional y autónomo de los instrumentos de seguridad pública en beneficio corporativo y la amplificación de la impunidad; todos estos factores que alejan a la institución de ser un elemento esencial para el acceso democrático a una seguridad ciudadana concebida como un derecho humano básico.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Los datos y reflexiones aportados en los anteriores apartados, permiten sustentar una caracterización de la región cuyo principal rasgo está constituido por la profundidad de las desigualdades sociales, asimetrías que han trascendido la variabilidad de los ciclos económicos y políticos vividos en las últimas dos décadas. La persistencia de situaciones de exclusión social y la debilidad de los Estados nacionales para suministrar mínimos de bienestar enfrentando los desafíos civilizatorios contemporáneos, no han impedido, sin embargo, la vigorosa aplicación de normas penales, que con más firmeza recaen entre aquellos sectores que –de manera paradójica– menos presencia de instituciones públicas proveedoras de servicios experimentan en sus

---

1305 Varios intentos de reforma policial han sido instrumentados en el continente por parte de administraciones de diferente signo político con impacto relativamente reducido. Los mismos han sido analizados en profundidad por varios autores, como: LUCÍA DAMMERT. “Challenges of police reform in Latin America”, en RACHEL SIEDER, KARINA ANSOLABEHRE Y TATIANA ALFONSO (eds.). *Routledge handbook of law and society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019, pp. 259 a 277; LUCÍA DAMMERT. “¿Reformar sin gobernar? Desafíos institucionales de las policías en América Latina”, en *Revista IUS*, vol. 13, n.º 44, 2019, pp 89 a 120, disponible en [<https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/444>]; y MARCELO FABIÁN SAÍN. *La reforma policial en América Latina: una mirada crítica desde el progresismo*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.

trayectorias vitales. La apelación al punitivismo como respuesta de política criminal privilegiada con la consecuente sobrepoblación de las instituciones penitenciarias, no ha logrado desactivar los importantes niveles de violencia existentes, aunque sí ha implicado una importante restricción de derechos y garantías de los ciudadanos, en particular para algunos sectores de la población estigmatizados como portadores exclusivos de todas las manifestaciones de violencia posibles.

Desentrañar los rasgos más profundos y problemáticos de una coyuntura que cuenta con estos componentes, así como proponer lineamientos para el desarrollo de políticas públicas que aseguren la plena vigencia de los derechos humanos, supone un desafío notable para las ciencias sociales en general y, en particular, multiplica el campo para el análisis de una sociología jurídica situada, comprometida con el cambio social y con la democratización de las instituciones. En este sentido, se torna particularmente relevante avanzar y profundizar investigaciones empíricas construidas desde sólidos fundamentos teóricos que reconozcan las particularidades regionales que presenta América Latina. Indagando, por ejemplo, las consecuencias en planos múltiples que conlleva la desmesurada apelación a una resolución punitiva de los conflictos sociales y el serio retroceso que esta dinámica supone en planos que trascienden el ámbito de la política criminal<sup>1306</sup>. O complementando las valiosas lecturas que se han desarrollado en los últimos años, que se interrogan sobre la legitimidad de la aplicación del derecho penal en contextos caracterizados por la extrema

1306 Como ha expresado ZAFFARONI “lo que se debate hoy es el modelo de Estado y la sociedad que se procura formatear y no solo una cuestión de penalistas y criminólogos”, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “Prólogo”, en ROBERTO SAMAR (comp.). *Inseguridades: medios de comunicación, derechos humanos, Estado, vulnerabilidades e imaginarios sociales*, Neuquén, Educo, 2015, p. 8. De acuerdo con las ideas desarrolladas por RAMIRO ÁVILA esta “justificación para la expansión del poder punitivo no solo es fáctica, mediática, política o normativa, sino también teórica”, RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA. “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, p. 369.

desigualdad<sup>1307</sup>, una tarea crítica imprescindible que se vería enriquecida con los aportes provenientes desde la sociología jurídica.

En este sentido y siguiendo las enseñanzas de MANUEL CALVO GARCÍA, esta lectura crítica de la realidad requiere introducir perspectivas que trasciendan la hegemonía de las posturas reduccionistas “ancladas en el formalismo jurídico”<sup>1308</sup>. En definitiva, la lucha por la consagración fáctica de los derechos humanos enunciados por las convenciones, tratados y constituciones, resulta en la actualidad una empresa de notables dimensiones, representando un convocante desafío para el cual se debe multiplicar y renovar la tradicional vocación de transformación y justicia social que posee la disciplina.

1307 Esta carencia de legitimidad de un derecho penal exacerbado, aplicado en sectores sociales profundamente excluidos y donde el Estado se caracteriza por su ausencia, es motivo de múltiples trabajos, entre los cuales se cuentan: ANTONY DUFF. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015; ROBERTO GARGARELLA. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016; ROBERTO GARGARELLA. “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Papers n.º 82, 2010, disponible en [<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583>]; ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS. “Crítica de la legitimidad del Derecho en tiempos de exclusión social. Repensar la responsabilidad del Estado desde el vínculo social de la ciudadanía”, *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n.º 44, 2021, pp. 101 a 135, disponible en [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/5851>].

1308 De acuerdo con los aportes realizados por MANUEL CALVO GARCÍA los “planteamientos formalistas sobre la efectividad de los derechos tienden a reducir las cuestiones referidas a la garantía de estos a su reconocimiento en textos jurídicos de carácter interno o internacional y el análisis –formal, también– de las instituciones y procedimientos previstos para su garantía o supervisión”. MANUEL CALVO GARCÍA. “Derechos sociales: algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre”, en MONTSERRAT ABAD CASTELOS, MARÍA CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA y MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (coords.). *Políticas económicas y derechos sociales*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 145.

## REFERENCIAS

- ANITUA, GABRIEL IGNACIO. “Seguridad pública en Latinoamérica. Homenaje a Lola Aniyar de Castro (1937-2015)”, *Utopía y Praxis Latinoamericana*, vol. 24, n.º 2 extra, 2019, pp. 239 a 251, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/27440>].
- ANTILLANO, ANDRÉS. “Tan lejos y tan cerca: desigualdad y violencia en Venezuela”, en GABRIEL TENENBAUM y NILIA VISCARDI (coords.). *Juventudes y violencias en América Latina. Sobre los dispositivos de coacción en el siglo XXI*, Montevideo, Universidad de la República, 2018, pp. 103 a 119.
- ARJONA, ANA. *The effects of violence on inequality in Latin America and the Caribbean: A research agenda*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, 2021, disponible en [<https://www.undp.org/latin-america/publications/effects-violence-inequality-latin-america-and-caribbean-research-agenda>].
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal”, en CÉSAR RODRÍGUEZ GARAVITO (coord.). *El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 367 a 400.
- BASOMBRIÓ, CARLOS y LUCÍA DAMMERT. *Seguridad y populismo punitivo en América Latina: lecciones corroboradas, constataciones novedosas y temas emergentes*, Washington, D. C., Wilson Center Latin American Program, 2013.
- BAUMAN, ZIGMUNT. *Vidas desperdiciadas: la modernidad y sus parias*, Buenos Aires, Paidós, 2005.
- BECK, ULRICH y ELISABETH BECK-GERNSHEIM. *La individualización: el individualismo institucionalizado y sus consecuencias sociales y políticas*, Barcelona, Paidós, 2003.

- BENZA, GABRIELA y GABRIEL KESSLER. *La ¿nueva? estructura social de América Latina. Cambios y persistencias después de la ola de gobiernos progresistas*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2021.
- BERGMAN, MARCELO. “Insights from new studies on violence in Latin American prisons”, *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 5 a 7.
- BOBBIO, NORBERTO. *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Elsevier, 1992.
- BOURDIEU, PIERRE; JEAN-CLAUDE CHAMBOREDON y JEAN-CLAUDE PASSERON. *El oficio de sociólogo: presupuestos epistemológicos*, México, D. C., Siglo XXI, 2002.
- BUSTAMANTE DONAS, JAVIER. “La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales”, *Revista Telos. Cuadernos de Comunicación e Innovación*, n.º 85, 2010, pp. 80 a 89, disponible en [<https://telos.fundaciontelefonica.com/archivo/numero085/la-cuarta-generacion-de-derechos-humanos-en-las-redes-digitales/>].
- BUYTRAGO REY, NICOLÁS y VANESSA BONILLA TOVAR. “70 años sin una Declaración Universal de los Derechos Humanos LGBT”, en CAROL PRONER, HÉCTOR OLÁSULO ALONSO, CARLOS VILLÁN DURÁN, GISELE RICOBOM y CHARLOTTH BACK (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 531 a 539.
- CALVO GARCÍA, MANUEL. “Los derechos humanos entre dos mundos: la implementación del Convenio sobre los Derechos del Niño”, *Pensamiento Jurídico*, n.º 9, 1998, pp. 49 a 70, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39035>].
- CALVO GARCÍA, MANUEL. “Derechos sociales: algunas propuestas para seguir avanzando en tiempos de incertidumbre”, en MONTSERRAT ABAD CASTELOS, MARÍA CRUZ LLAMAZARES CALZADILLA y MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (coords.). *Políticas económicas y derechos sociales*, Madrid, Dykinson, 2016, pp. 145 a 172.

- CASTEL, ROBERT. *Las metamorfosis de la cuestión social: una crónica del asalariado*, Buenos Aires, Paidós, 1997.
- CASTEL, ROBERT. *El ascenso de las incertidumbres: trabajo, protecciones, estatuto del individuo*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- CIGÜELA SOLA, JAVIER. “Populismo penal y justicia paralela: un análisis político-cultural”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 22, n.º 12, 2020, pp. 1 a 40, disponible en [<http://criminnet.ugr.es/recpc/22/recpc22-12.pdf>].
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. “La paradoja de la recuperación en América Latina y el Caribe. Crecimiento con persistentes problemas estructurales: desigualdad, pobreza, poca inversión y baja productividad”, *Informe Especial Covid-19*, n.º 11, 8 de julio de 2021, disponible en [<https://www.cepal.org/es/publicaciones/47043-la-paradoja-la-recuperacion-america-latina-caribe-crecimiento-persistentes>].
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE. *Panorama social de América Latina 2020*, Santiago de Chile, CEPAL, 2021, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/46687>].
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE y FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Pobreza infantil en América Latina y el Caribe*, s. l., CEPAL y UNICEF, 2010, disponible en [<http://repositorio.cepal.org/handle/11362/1421>].
- CORPORACIÓN LATINOBARÓMETRO. *Informe 2018*, Santiago de Chile, Latinobarómetro, 2018.
- DAMMERT, LUCÍA. “¿Reformar sin gobernar? Desafíos institucionales de las policías en América Latina”, en *Revista IUS*, vol. 13, n.º 44, 2019, pp 89 a 120, disponible en [<https://revistaius.com/index.php/ius/article/view/444>].
- DAMMERT, LUCÍA. “Challenges of police reform in Latin America”, en RACHEL SIEDER, KARINA ANSOLABEHERE y TATIANA ALFONSO (eds.). *Routledge handbook of law and society in Latin America*, Nueva York, Routledge, 2019, pp. 259 a 277.

- DAMMERT, LUCÍA y FELIPE SALAZAR. ¿Duros con el delito?: populismo e inseguridad en América Latina, Santiago de Chile, FLACSO, 2009.
- DANANI, CLAUDIA. “Políticas sociales universales: una buena idea sin sujeto. Consideraciones sobre la pobreza y las políticas sociales”, *Sociedad*, n.º 37, 2017, pp. 77 a 94, disponible en [<https://publicaciones.sociales.uba.ar/index.php/revistasociedad/article/view/2973>].
- DAROQUI, ALCIRA; ANA LAURA LÓPEZ y ROBERTO FÉLIX CIPRIANO GARCÍA. *Sujeto de castigos. Hacia una sociología de la penalidad juvenil*, Rosario, Homo Sapiens, 2012.
- DE CARVALHO, SALO. “Substitutivos penais na era do grande encarceramento”, en RUTH MARIA CHITTÓ (org.). *Criminologia e sistemas jurídicos penais contemporâneos II*, Porto Alegre, Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010, pp. 146 a 170.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, n.º 28, 2002, pp. 59 a 83.
- DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Se Deus fosse um ativista dos Direitos Humanos*, San Pablo, Cortez, 2014.
- DÍAZ VENEGAS, DANIEL. “La urgencia punitivista. Rupturas y continuidades en la legislación penal juvenil uruguaya”, *Sortuz. Oñati Journal of Emergent Socio-Legal Studies*, vol. 11, n.º 1, 2021, pp. 1 a 29, disponible en [<https://opo.iisj.net/index.php/sortuz/article/view/1265>].
- DUBET, FRANÇOIS. *El declive de la institución: profesiones, sujetos e individuos en la modernidad*, Barcelona, Gedisa, 2006.
- DUFF, ANTONY. *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2015.
- DUSCHATZKY, SILVIA y CRISTINA COREA. *Chicos en banda: los caminos de la subjetividad en el declive de las instituciones*, Buenos Aires, Tinta Limón, 2020.

- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ. “Los derechos humanos desde una perspectiva socio-jurídica”, *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, vol. 3, n.º 6, 1998, pp. 355 a 376, disponible en [<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1343>].
- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ. “Ajustes neoliberales al constitucionalismo social”, en SILVINA RIBOTTA y ANDRÉS ROSSETTI (coords.). *Los derechos sociales y su exigibilidad: libres de temor y miseria*, Madrid, Dykinson, 2015, pp. 119 a 136.
- FARIÑAS DULCE, MARÍA JOSÉ. “La lucha por los Derechos Humanos en el siglo XXI”, en CAROL PRONER, HÉCTOR OLÁSOLO ALONSO, CARLOS VILLÁN DURÁN, GISELE RICOBOM y CHARLOTTH BACK (coords.). *70º aniversario de la Declaración Universal de Derechos Humanos: la protección internacional de los derechos humanos en cuestión*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 481 a 490.
- FITOUSSI, JEAN-PAUL y PIERRE ROSANVALLÓN. *La nueva era de las desigualdades*, Buenos Aires, Manantial, 1997.
- FOCÁS, BRENDA. *El delito y sus públicos. Inseguridad, medios y polarización*, Buenos Aires, UNSAM, 2020.
- FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA. *Convención sobre los Derechos del Niño*, Madrid, UNICEF, 2006, disponible en [<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>].
- GARGARELLA, ROBERTO. “La coerción penal en contextos de injusta desigualdad”, *Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA)*, Papers n.º 82, 2010, disponible en [<https://openyls.law.yale.edu/handle/20.500.13051/17583>].
- GARGARELLA, ROBERTO. *Castigar al prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2016.
- GARLAND, DAVID. *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Barcelona, Gedisa, 2005.
- GIDDENS, ANTHONY. *Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas*, Madrid, Taurus, 2000.



ILLOUZ, EVA (comp.). *Capitalismo, consumo y autenticidad: las emociones como mercancía*, Buenos Aires, Katz, 2019.

INTERNATIONAL CRISIS GROUP. “Miracle or mirage? Gangs and plunging violence in El Salvador”, *Latin America & Caribbean Report*, n.º 81, 8 de julio de 2020, disponible en [<https://www.crisisgroup.org/es/latin-america-caribbean/central-america/el-salvador/81-miracle-or-mirage-gangs-and-plunging-violence-el-salvador>].

JAITMAN, LAURA (ed.). *Los costos del crimen y la violencia en el bienestar en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2015, disponible en [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/17030/los-costos-del-crimen-y-la-violencia-en-el-bienestar-en-america-latina-y-el>].

JAITMAN, LAURA (ed.). *Los costos del crimen y de la violencia: nueva evidencia y hallazgos en América Latina y el Caribe*, Washington, D. C., Banco Interamericano de Desarrollo, 2017, disponible en [<https://publications.iadb.org/es/publicacion/17467/los-costos-del-crimen-y-de-la-violencia-nueva-evidencia-y-hallazgos-en-america>].

KESSLER, GABRIEL. *El sentimiento de inseguridad. Sociología del temor al delito*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2009.

KESSLER, GABRIEL. “Movilidades laterales. Delito, cuestión social y experiencia urbana en las periferias de Buenos Aires”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 25, n.º 31, 2012, pp. 37 a 58, disponible en [<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=453644792003>].

LAGOS, MARTA y LUCÍA DAMMERT. *La seguridad ciudadana. El principal problema de América Latina*, Lima, Corporación Latinobarómetro, 2012.

LEWKOWICZ, IGNACIO. “Escuela y ciudadanía”, en CRISTINA COREA e IGNACIO LEWKOWICZ. *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas, familias perplejas*, Buenos Aires, Paidós, 2004, pp. 19 a 40.

- LIMA TORRADOS, JESÚS. "Globalización y derechos humanos" *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. xvii, 2000, pp. 43 a 73, disponible en [<https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD/article/view/1659>].
- LIPOVETSKY, GILLES. *La era del vacío. Ensayos sobre el individualismo contemporáneo*, Barcelona, Anagrama, 2000.
- MAKOWSKI, SARA y GONZALO SARAVÍ. "Social exclusion and subjectivity: Youth expressions in Latin America", *The Journal of Latin American and Caribbean Anthropology*, vol. 16, n.º 2, 2011, pp. 315 a 334.
- MALLIMACI, FORTUNATO. "Los derechos humanos como paradigma de una sociedad de iguales y diferentes", *Revista Latinoamericana de Investigación Crítica*, vol. 3, n.º 4, 2016, pp. 227 a 238, disponible en [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/27928>].
- MARTÍNEZ DE BRINGAS, ASIER. "Crítica de la legitimidad del Derecho en tiempos de exclusión social. Repensar la responsabilidad del Estado desde el vínculo social de la ciudadanía", *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía del Derecho y Derechos Humanos*, n.º 44, 2021, pp. 101 a 135, disponible en [<https://e-revistas.uc3m.es/index.php/DYL/article/view/5851>].
- MATEUS, DIANA. *Hacinamiento carcelario y Covid-19 en América Latina*, Bogotá, Friedrich Ebert Stiftung, 2020.
- MERKLEN, DENIS. "Las dinámicas contemporáneas de la individuación", en ROBERT CASTEL, GABRIEL KESSLER, DENIS MERKLEN y NUMA MURARD. *Individuación, precariedad, inseguridad. ¿Desinstitucionalización del presente?*, Buenos Aires, Paidós, 2013, pp. 45 a 86.
- MINTEGUIAGA, ANALÍA y PAULA LUCÍA AGUILAR (eds.). *La disputa por el bienestar en América Latina en tiempos de asedio neoliberal*, Buenos Aires, CLACSO, 2020, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20200921052306/Disputa-bienestar.pdf>].

- MORÁS, LUIS EDUARDO. *De la tierra purpúrea al laboratorio social: reformas y proceso civilizatorio en el Uruguay (1870-1917)*, Montevideo, Ediciones de la Banda Oriental, 2000.
- MORÁS, LUIS EDUARDO. “Jóvenes inservibles y menores incorregibles. Los residuos del crecimiento económico”, en RAFAEL PATERNAIN y ÁLVARO RICO (coords.). *Uruguay: inseguridad, delito y Estado*, Montevideo, CSIC UNIVERSIDAD DE LA REPÚBLICA y Ediciones Trilce, 2012, pp. 139 a 152.
- MORÁS, LUIS EDUARDO. *Los enemigos de la seguridad. Desigualdades y privación de libertad adolescente*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2016.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. *Estudio mundial sobre el homicidio. Resumen ejecutivo*, Viena, UNODC, 2019, disponible en [[https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS\\_EN\\_ESPANOL.pdf](https://www.unodc.org/documents/ropan/2021/HOMICIOS_EN_ESPANOL.pdf)].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias 2020*, Ginebra, OIT, 2020, disponible en [[https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/WCMS\\_757163/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/2020/WCMS_757163/lang-es/index.htm)].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: tendencias 2021 (resumen)*, Ginebra, OIT, 2021, disponible en [[https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2021/WCMS\\_794492/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/global/research/global-reports/weso/trends2021/WCMS_794492/lang-es/index.htm)].
- PEIRCE, JENNIFER y GUSTAVO FONDEVILA. “Concentrated violence: The influence of criminal activity and governance on prison violence in Latin America”, *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 99 a 130.
- PÉREZ CHABANEAU, LUCÍA y PATRICIA SILVEIRA RIVERO. “Contribuciones sociológicas para pensar los derechos humanos. Desigualdades y justicia social en Brasil y Uruguay”, *Revista de Ciencias Sociales*, vol. 32, n.º 44, 2019, pp. 81 a 102, disponible en [<https://rcs.cienciassociales.edu.uy/index.php/rcs/article/view/16>].

- PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe regional de desarrollo humano para América Latina y el Caribe 2021. Atrapados: alta desigualdad y bajo crecimiento en América Latina y el Caribe*, Nueva York, PNUD, 2021, disponible en [<https://www.undp.org/es/latin-america/informe-regional-de-desarrollo-humano-2021>].
- RIOFRÍO MARTÍNEZ-VILLALBA, JUAN CARLOS. “La cuarta ola de derechos humanos: los derechos digitales”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, vol. 25, n.º 1, 2014, pp. 15 a 45, disponible en [<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33897.pdf>].
- ROBIN, COREY. *El miedo. Historia de una idea política*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2009.
- RODRÍGUEZ PALOP, MARÍA EUGENIA. “¿Nuevos derechos a debate? razones para no resistir”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, n.º 20, 2003, pp. 227 a 254, disponible en [[https://boe.es/biblioteca\\_juridica/anuarios\\_derecho/articulo.php?lang=es&id=ANU-F-2003-10022700254](https://boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?lang=es&id=ANU-F-2003-10022700254)].
- ROSANVALLÓN, PIERRE. *La nueva cuestión social. Repensar el Estado providencia*, Buenos Aires, Manantial, 1995.
- ROSSEL, CECILIA. *Desbalance etario del bienestar: el lugar de la infancia en la protección social en América Latina*, Santiago de Chile, CEPAL-UNICEF, 2013, disponible en [<https://repositorio.cepal.org/handle/11362/6190>].
- RUSSELL HOCHSCHILD, ARLIE. *La mercantilización de la vida íntima. Apuntes de la casa y el trabajo*, Buenos Aires, Katz, 2011.
- SAÍN, MARCELO FABIÁN. *La reforma policial en América Latina: una mirada crítica desde el progresismo*, Buenos Aires, Prometeo, 2010.
- SCHARGRODSKY, ERNESTO y LUCÍA FREIRA. *Inequality and crime in Latin America and the Caribbean: New data for an old question*, UNDP LAC, Working Paper Serie n.º 13, 2021, disponible en [[file:///C:/Users/User/Documents/undp-rblac-PNUD\\_bckPapers13-OK.pdf](file:///C:/Users/User/Documents/undp-rblac-PNUD_bckPapers13-OK.pdf)].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Derecho y sociedad en América Latina: ¿cómo armar el rompecabezas y para qué?”, en MAURICIO GARCÍA VILLEGAS y CÉSAR RODRÍGUEZ (eds.). *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá, ILSA, 2003, pp. 143 a 182.
- Sozzo, MÁXIMO (comp.). *Postneoliberalismo y penalidad en América del Sur*, Buenos Aires, CLACSO, 2016, disponible en [[https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo\\_penalidad.pdf](https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/gt/20160404115404/Postneoliberalismo_penalidad.pdf)].
- TONKONOFF CONSTANTIN, SERGIO. “Juventud, exclusión y delito. Notas para la reconstrucción de un problema”, en *Alegatos Revista*, n.º 65, 2007, pp. 33 a 46, disponible en [<http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/479>].
- WALMSLEY, ROY. *World prison population list*, 12.ª ed., Londres, Institute for Criminal Policy Research y Birkbeck, University of London, 2018, disponible en [[https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl\\_12.pdf](https://www.prisonstudies.org/sites/default/files/resources/downloads/wppl_12.pdf)].
- WEEGELS, JULIENNE. “Prison riots in Nicaragua: Negotiating co-governance amid creative violence and public secrecy”, *International Criminal Justice Review*, vol. 30, n.º 1, 2020, pp. 61 a 82.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Los derechos humanos como programa y realidad”, *Revista Pensamiento Penal*, 28 de diciembre de 2014, disponible en [<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/40438-derechos-humanos-programa-y-realidad>].
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “Prólogo”, en ROBERTO SAMAR (comp.). *Inseguridades: medios de comunicación, derechos humanos, Estado, vulnerabilidades e imaginarios sociales*, Neuquén, Educo, 2015, pp. 7 a 13.

## CAPÍTULO

## DÉCIMO CUARTO

# La seguridad como categoría de análisis socio-jurídico

JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ<sup>1309</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

Los estudios relacionados con la seguridad han adquirido un protagonismo importante debido a los efectos que generan en los derechos humanos, así como en la creación de normas jurídicas penales, el endurecimiento punitivo y una política carcelaria progresiva<sup>1310</sup>. Muchas

1309 Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia. Doctor en Sociología Jurídica e Instituciones Políticas, Universidad Externado de Colombia. Magíster en Estudios Políticos del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales de la Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Sociología Jurídica, Universidad Externado de Colombia. Abogado, Universidad Nacional y Licenciado en Ciencias Sociales, Universidad Distrital. Contacto: [jekarvajal-ma@unal.edu.co]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-4478-3575].

1310 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. “Seguridad y construcción del control social: la cárcel y el Estado social de derecho”, *Opción*, vol.

de estas acciones que se enmarcan en el propósito de garantizar la seguridad y la protección de los bienes, generan tensiones con el modelo garantista del Estado social de derecho y en muchas ocasiones acarrear un abuso del poder.

En los estudios relacionados con el Estado-nación, la seguridad tenía una connotación política que hacía alusión, fundamentalmente, a la protección de las fronteras. Sin embargo, la comprensión contemporánea de la seguridad abarca aspectos individuales y colectivos que se entrelazan con sentimientos y percepciones sociales que, a su vez, adquieren una connotación política y jurídica<sup>1311</sup>.

En la actualidad, el aspecto más visible del uso de la seguridad es la lucha contra la criminalidad a partir del uso del aparato penal. Las medidas penales tienen una alta popularidad en las personas y es la repuesta más utilizada por el poder, puesto que aparentemente la cárcel es la medida idónea para dar respuesta a las problemáticas que aquejan a la sociedad. Aunque las medidas penales, carcelarias y penitenciarias han demostrado que no responden a esas circunstancias, siguen siendo una parte principal del discurso en diversos sectores políticos.

Un factor clave para entender la utilización excesiva del aparato penal es lo que se conoce como la *seguridad ciudadana*, que identifica a la criminalidad como el factor principal de inseguridad para los ciudadanos, con la pretensión hipotética de proteger las garantías ciudadanas y promover el desarrollo de sus derechos<sup>1312</sup>. Este modelo de seguridad en todo caso usó el sistema penal como una herramienta con apariencia de eficacia y legitimidad, que sirve para combatir los problemas sociales.

Este texto busca explicar el concepto de seguridad como categoría de investigación sociojurídica, a partir del uso dado por la autoridad política, su relación con lo social, lo jurídico y sus efectos en los derechos humanos. Para lo cual, se realizó una investigación documental que,

---

35, n.º 25 especial, 2019, pp. 774 a 814, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32326>].

1311 Sobre los sentimientos y el uso político de los mismo véase, PATRICK BOUCHERON y ROBIN COREY. *El miedo: historia y usos políticos de una emoción*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2016, p. 12.

1312 Sobre los conceptos de seguridad ciudadana, seguridad pública y seguridad humana, LUIS FELIPE LUIS FELIPE DÁVILA L. “Conceptos y enfoques de seguridad”, *Revista Pensamiento Penal*, 28 de enero de 2015, pp. 1 a 22, disponible en [<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89892-concepto-y-enfoques-seguridad>].

en primer lugar, propone reflexionar sobre la categoría de la seguridad como objeto de investigación de la sociología jurídica y, con posterioridad, analiza cuatro momentos que se relacionan con el desarrollo de este concepto, a través de una revisión sistemática de la bibliografía.

La primera parte del texto reflexiona sobre la seguridad como categoría de análisis socio-jurídico. En segundo lugar, se describirá el surgimiento de la seguridad como tema de discusión política permanente durante la Guerra Fría. Esto responde a la división ideológica del mundo y a la amenaza nuclear que caracterizó a este periodo histórico. De esta manera, el concepto de seguridad comienza a formarse en torno a una amenaza que se concreta en la identificación de un enemigo, con impactos en todo el planeta.

Posteriormente, se expondrá uno de los mayores intentos por materializar el respeto de los derechos humanos: el Estado social de derecho. A su vez, se mencionará cómo el neoliberalismo y el concepto de *seguridad* hacen que sea inviable y solo sirva de caparazón ideológico para soportar la expansión de los poderes hegemónicos. No obstante, se precisa que a pesar de que no se materialice, es un estándar bajo el cual se puede evaluar el cumplimiento de los derechos humanos.

En tercer lugar, se abordará el concepto de *seguridad humana* bajo dos miradas. La primera como un intento por humanizar y centrar a la persona como el sujeto principal de protección. Por otro lado, como un intento de securitizar las políticas sociales, pues se da un tinte militar a las respuestas contra la amenaza. De esas posiciones, se rescata la crítica de la seguridad como discurso que permite la gobernabilidad; y la seguridad humana como contradiscurso que intenta cuestionar nociones de seguridad que van en contra del respeto a los derechos humanos.

Por último, se relaciona la seguridad y el terrorismo. Del primer concepto, se explica cómo la criminalidad ha servido a los poderes económicos y políticos para evadir otras cuestiones de fondo, que son las verdaderas responsables de la incertidumbre y la inseguridad. Además, el estudio del terrorismo permitirá comprender cómo la falta de identificación de la amenaza hizo que la concreción de los enemigos recayera en los grupos sociales más estigmatizados.



## II. LA SEGURIDAD COMO CATEGORÍA DE ANÁLISIS SOCIO-JURÍDICO

La sociología jurídica es una disciplina autónoma con métodos de investigación y referentes teóricos y epistemológicos derivados del ámbito de la sociología general, pero cuya fuente de investigación está relacionada con los problemas que existen en el derecho y sus efectos en la sociedad. El quehacer de la sociología del derecho está vinculado con la comprensión y el estudio del fenómeno jurídico y sus instituciones en el plano de la realidad social. Por ello, es una disciplina cuyos temas de investigación están en permanente transformación y admite diversas perspectivas de la teoría social, las cuales responden a las dinámicas de transformación social y al desarrollo de la academia<sup>1313</sup>.

Por lo anterior, hoy en día los estudios de investigación socio-jurídicos tienen como característica el desarrollo de una serie heterogénea de temas. Esto como consecuencia de la relación normativa y su correspondencia con las diversas realidades sociales existentes. Bajo la perspectiva, se han incorporado problemas de investigación como: las transformaciones del Estado, el poder, la violencia política, la globalización, la democracia, el pluralismo jurídico, las relaciones internacionales, los movimientos sociales, las luchas de género, los problemas medio ambientales, culturales, étnicos, todos ellos en su relación con el derecho, la creación normativa, las instituciones jurídicas, los derechos humanos y la eficacia de la ley.

Abordar esta heterogeneidad de problemas con una perspectiva socio-jurídica también implica, de modo necesario, una aproximación entre diferentes disciplinas, métodos de investigación empíricos y abordajes teóricos para de esta manera comprender la relación entre el derecho y la sociedad, con mejores herramientas conceptuales y metodológicas. En todos los campos de investigación socio-jurídica se generan parámetros de validación para el conocimiento que provienen de las ciencias matrices y no desde el discurso dogmático del derecho o normativo positivo<sup>1314</sup>.

---

1313 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*, Bogotá, Universidad Libre, 2016, pp. 10 y ss.

1314 GERMÁN SILVA GARCÍA. "El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia", *Diálogos de Saberes*, n.º 15, 2002, pp. 9 y ss.

En el caso de la seguridad como categoría de análisis socio-jurídico, la relación que se establece se encuentra enmarcada en las tensiones presentes entre el paradigma contemporáneo del Estado social de derecho, el desarrollo normativo jurídico de los derechos humanos, la normativa penal y la política de seguridad que surge del poder. Desde estos componentes se desarrolla un análisis que trasciende los estudios de la dogmática jurídica o el análisis de la argumentación jurídica.

A continuación, son presentadas cuatro temáticas en las cuales se tiene como objeto la seguridad en tanto categoría de análisis socio-jurídico, esto con el fin de evidenciar cómo los estudios sobre seguridad y derecho se han venido desarrollando e incentivar a nuevas investigaciones. Se trata de estudiar las políticas de seguridad que surgen al interior de los Estados o en el marco internacional y sus implicaciones o efectos frente a los derechos humanos, la construcción de norma jurídicas de corte populista y las tensiones con el sistema de garantías propias del Estado social y democrático de derecho<sup>1315</sup>.

### **III. LA SEGURIDAD NACIONAL DURANTE LA GUERRA FRÍA: PODER Y DERECHOS HUMANOS EN AMÉRICA LATINA**

Después de la Segunda Guerra Mundial, el orden global se encontraba totalmente alterado. Las potencias coloniales daban paso a otros actores que reconfigurarían el mundo política, económica e ideológicamente. La débil estabilidad que se produjo con la terminación de la guerra sirvió para crear la Organización de las Naciones Unidas y para conciliar discursivamente dos modelos de sociedad: el Estado liberal y el Estado social. De esta manera, se establecieron instrumentos internacionales de derechos humanos centrados primeramente en las libertades negativas con la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; y en las libertades positivas con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Este proceso fue consolidándose con diversos tratados de derechos humanos.

Por otra parte, tras la Segunda Guerra Mundial, los dos poderes emergentes tenían una agenda distinta. El bloque capitalista liderado

1315 FRANCISCO LEAL BUITRAGO y JUAN TOKATLIAN. *Orden mundial y seguridad: nuevos desafíos para Colombia y América Latina*, Bogotá, Tercer Mundo, 1994.

por los Estados Unidos pretendía mundializar su modelo económico y su subsecuente visión ideológica; y el bloque comunista pretendía a su vez imponer su modelo. Este periodo es conocido como la Guerra Fría, dado que el campo de batalla fue principalmente ideológico y no armamentístico, aunque en los 40 años que duró, la amenaza nuclear estuvo siempre presente<sup>1316</sup>.

La Guerra Fría tuvo como consecuencia la consolidación de la seguridad como tema permanente de discusión política, siendo a la vez el discurso securitario una nueva forma de control aplicada a los países periféricos, o lo que es igual, el neocolonialismo escondido en instrumentos que prometían el desarrollo y la protección de los derechos humanos a cambio de la adopción del modelo económico neoliberal.

En principio, la amenaza nuclear hizo que la seguridad fuese la preocupación principal a nivel mundial, lo cual ayudó a implementar una estructura que permitió la verticalización del poder, por medio de la fijación de una amenaza que justificó cualquier respuesta. La ductilidad de este dispositivo permitió un grado de gobernabilidad que hace que en la actualidad sea usado en los momentos de agitación política, facilitando que los problemas sociales y económicos puedan ser rápidamente asociados, vía imputación, a un grupo social, a un suceso masivo, una actividad humana o a cualquier otra circunstancia o sujetos, creando así responsables de los males que aquejan a la sociedad.

Así, con la Guerra Fría se establece la seguridad como una herramienta de gobernabilidad a través de la creación de enemigos que justificaron los males sociales. Este conocimiento poco a poco está alcanzando uno de los propósitos de la academia, que es convertirse en sentido común. Sin embargo, lo que preocupa es que una vez se descubre la estrategia, el dispositivo se encarga de encontrar otra amenaza que justifica la restricción de garantías y los derechos sociales consagrados en la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos para enfrentar enemigos que, supuestamente, significarían una restricción a estas, lo cual deja la discusión en develar la naturaleza circular de la estrategia.

El discurso securitario de la Guerra Fría fundamentó la carrera ideológica que iniciaron los países protagonistas del conflicto internacional en los países más proclives a su control político, coadyuvando a

1316 Véase, HOBBSAWM, ERIC. *Historia del siglo XX*, Barcelona, Edit. Crítica, 1997; MICHAEL HOWARD y W. ROGER LOUIS (eds.). *Historia de Oxford del siglo XX*, Barcelona, Planeta, 1999.

la consolidación de conflictos internos en los países bajo la influencia de cada uno de los bloques, como fue el caso de Asia central, Vietnam, Corea y Cuba. Las prácticas militares, como el uso de armamento pesado o la guerra de guerrillas, fueron facilitadas con la intervención de la Unión Soviética o de los Estados Unidos. Este tipo de confrontación no tenía como fin el control territorial directo por parte de las superpotencias, sino la instauración de gobiernos “amigos” o “leales” a uno u otro bloque.

A pesar de que los conflictos en los países periféricos fueron apoyados por los bloques, la mayoría de estos no eran provocados por la intervención, sino que tenían causas propias, como la lucha contra el colonialismo, los regímenes dictatoriales o las situaciones de extrema exclusión y desigualdad social. Esto explica por qué al terminar la Guerra Fría se mantuvieron algunos conflictos o se generaron nuevas confrontaciones armadas<sup>1317</sup>.

En el caso latinoamericano, los Estados Unidos promovieron la doctrina de la “seguridad nacional”, que se basó en la lucha contra el enemigo interior del comunismo que amenazaba los países de la región<sup>1318</sup>. La etiqueta de enemigo fue impuesta a los partidos de izquierda, los sindicatos, las organizaciones campesinas y al movimiento estudiantil, quienes sufrieron una violenta represión por parte del aparato militar del Estado, afectando gravemente a la democracia, implementando estados de excepción y vulnerando los derechos humanos<sup>1319</sup>.

Al consolidarse el discurso militar contra la amenaza comunista, entre 1960 y 1980 en Latinoamérica se presentaron dictaduras, democracias restringidas o gobiernos autoritarios, que bajo el amparo del discurso de la “seguridad nacional” crearon medidas legales que recortaron derechos y libertades en nombre del orden público. Esto permitió la persecución de individuos y organizaciones considerados como enemigos del Estado<sup>1320</sup>.

1317 PETER WALDMANN. *Sociedades en guerra civil. Conflictos violentos de Europa y América Latina*, Barcelona, Paidós, 1999.

1318 FRANCISCO LEAL BUITRAGO. *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, Bogotá, IEPRI, 1994, pp. 30 y ss.

1319 ALEJO VARGAS VELÁSQUEZ. “Fuerzas Armadas y gobiernos de izquierda en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 213, 2008, pp. 80 a 94, disponible en [<https://nuso.org/articulo/fuerzas-armadas-y-gobiernos-de-izquierda-en-america-latina/>].

1320 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. *La seguridad dentro del Estado de garantías*, Bogotá, ILSA, 2008.

La Guerra Fría dejaría como legado un dispositivo de control jurídico y un modelo de seguridad que le da prioridad al Estado sobre la sociedad, lo cual facilita la aparición de gobiernos autoritarios. Según FRANCISCO LEAL BUITRAGO, la Doctrina de la Seguridad Nacional consolidó un concepto de *seguridad* centrado en el Estado y en las fuerzas militares<sup>1321</sup>. Esta situación cambiaría hacia 1991 con el fin de la Guerra Fría, año en el cual se disolvió la Unión Soviética. Así, advierte LEAL BUITRAGO:

Con la finalización de la Guerra Fría se confirmó la tendencia de configuración de un nuevo ordenamiento internacional y una nueva etapa de globalización. La política de la seguridad nacional entró en declive y América Latina perdió valor estratégico debido a la escasez de recursos básicos para los países industrializados, el desempeño económico deficiente y la inestabilidad política. Surgieron entonces modelos alternativos de seguridad que no requirieron de la tutela de Estados Unidos en el continente. El Estado dejó de ser el objeto central de la seguridad y fue reemplazado por diversas entidades, como comunidades de países y regiones, la sociedad, la ciudadanía o simplemente las personas. Seguridad regional, seguridad comunitaria, seguridad cooperativa, seguridad democrática, seguridad ciudadana y seguridad humana son ejemplos de la diversidad de adjetivos que buscan sustituir la ambigua identidad de la seguridad nacional. Además, la amenaza principal de la seguridad nacional, los Estados rivales y el comunismo, fue sustituida por múltiples amenazas, la mayoría de ellas transnacionales y difusas, como el narcotráfico, el contrabando de armas y el terrorismo<sup>1322</sup>.

La posguerra fría llegó acompañada del fin de seis de los siete conflictos internos presentes en los países latinoamericanos, a excepción de Colombia que continuó un conflicto con las FARC hasta la firma del Acuer-

1321 FRANCISCO LEAL BUITRAGO. *Estudios sobre la seguridad nacional en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2019, pp. 215 a 239.

1322 FRANCISCO LEAL BUITRAGO. *La seguridad nacional a la deriva: del frente nacional a la posguerra fría*, Bogotá, Alfaomega y FLACSO, 2002, p. 1.

do de Paz en 2016 y el conflicto aún presente con la guerrilla del ELN. Casi la totalidad de las guerrillas eran de orientación marxista y pretendían un cambio en las estructuras políticas, económicas y sociales.

Así mismo, los gobiernos se orientaron por la democracia y la revitalización del discurso de la libertad y de los derechos humanos. En América Latina, se presentaron innumerables reformas políticas tendientes a la profundización de la democracia constitucional basada en la defensa y garantía de los derechos humanos en la región. Este discurso fue promovido por el ganador de la Guerra Fría, que desde entonces se consolidó como una potencia militar, económica y política a escala global: los Estados Unidos.

#### **IV. EL PARADIGMA DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO FRENTE AL MODELO NEOLIBERAL Y EL CONCEPTO DE SEGURIDAD**

La Guerra Fría llevó a la formación de dictaduras o gobiernos autoritarios en Latinoamérica. Los intereses de los bloques se vieron reflejados en la consolidación de conflictos armados, que dejaron de importar para estas potencias una vez finalizó la guerra. No obstante, el bloque ganador continuó la mundialización de su modelo, no sin antes promover una idea de gobierno que justifica la intervención en otros países: la democracia liberal.

A finales del siglo xx, los gobiernos latinoamericanos adoptaron un modelo de Estado que buscaba proteger los derechos sociales y las libertades individuales mediante la consagración en las constituciones de un amplio catálogo de derechos y garantías individuales, sociales, económicas y culturales; se consolidó así el Estado social de derecho. De igual manera, los tratados de derechos humanos fueron incorporados a los ordenamientos jurídicos. No obstante, junto a las promesas de bienestar se incluyó el modelo económico neoliberal y una nueva visión de seguridad acorde a los intereses de los Estados Unidos.

El Estado social de derecho constituyó uno de los discursos más esperanzadores para la región. La idea de justicia social fijó un deber ser que hasta la fecha de hoy ha marcado los estándares en materia de respeto de derechos. Este modelo de Estado no se agota con la promoción de los derechos sociales, sino que impone límites al ejercicio del poder, lo cual obstaculiza la aparición de regímenes totalitarios y abre el paso al garantismo.

ERNST WOLFGANG BÖCKENFÖRDE señala al respecto:

Las garantías y los procedimientos formales son precisamente lo que ampara y protege la libertad individual y social, en tanto son un medio de defensa frente a los ataques que se dirigen directamente contra los individuos y los grupos sociales en nombre de contenidos materiales, o de supuestos valores, establecidos o interiorizados como algo absoluto; se revelan pues, como instituciones de la libertad, que tienen poco que ver con el formalismo o incluso el positivismo. La supresión de la libertad en los regímenes totalitarios no comienza nunca con un respeto escrupuloso a las garantías formales y los procedimientos, sino más bien con su quebrantamiento en nombre de un derecho material y propositivo superior, ya sea este el de la “religión verdadera”, el de la “comunidad popular de miembros de la misma especie” o el del “proletariado”<sup>1323</sup>.

Este modelo garantista tiene sus raíces en el Estado moderno y se encuentra directamente relacionado con su sistema jurídico y político. El garantismo jurídico parte de un sistema de principios, normas, procedimientos e instituciones jurídicas que tienen como función sujetar los poderes públicos a la ley. De esta manera, se evita la concentración de poder y el autoritarismo.

El garantismo se remonta al siglo XIX. En el período decimonónico, al interior del Estado de derecho se diseñó un sistema de garantías dirigido a tutelar los derechos individuales de libertad. De ahí que estuviese sustentado sobre el principio de legalidad y el *habeas corpus*, ya que se intentaba defender a los individuos frente al poder desbordado del Estado. Más adelante, con el fin de la Segunda Guerra Mundial y el surgimiento del Estado social de derecho, se recogieron las conquistas anteriores y se añadieron otros mecanismos que ampliaron la exigencia a los derechos sociales. Este modelo se puede entender como la máxima expresión del sistema de garantías, dado que incorporó tratados internacionales de derechos humanos. Además, amplió el ámbito de protección a los derechos por medio de la justicia constitucional, que fue encargada de ser garante de los derechos fundamentales.

El primer eslabón del sistema de garantías es el principio de legalidad. Este principio permite establecer límites a la actuación del Estado, particularmente al momento de ejercer los mecanismos de control social. El derecho penal es uno de los ejemplos más claros de los límites al Estado, ya que impone requisitos específicos para poder perseguir alguna conducta considerada delictiva, lo que pretende evitar la arbitrariedad del poder. Dentro de los principios del derecho penal de mayor relevancia, está el de *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* (ningún crimen, ninguna pena sin ley previa).

El principio de legalidad permite separar concepciones morales particulares de los intereses políticos, por medio de la asignación específica a los legisladores de la creación de normas jurídicas. Este principio que surgió atado al derecho penal fue ampliado en el siglo xx a la protección de derechos individuales y sociales, pasando a ser un elemento constitutivo del Estado de derecho.

En el ámbito internacional, con el fin de la Segunda Guerra Mundial y los deseos de evitar otros conflictos internacionales, a mediados del siglo xx se creó la Organización de las Naciones Unidas –ONU–, cuyo propósito fue garantizar el respeto de los derechos humanos, en especial los derechos civiles y políticos. En 1968, se incorporaron los derechos sociales y culturales como derechos humanos en la Conferencia sobre Derechos Humanos en Teherán. Este entramado de derechos pasó a ser parte del derecho internacional y del derecho interno de los Estados constitucionales.

De esta forma, se invitó a la apropiación de la idea de la prevalencia del interés general. Sin embargo, la definición de “interés general” no es unívoca, para el individualismo liberal alude al interés de los individuos, y para la tradición comunitarista al interés del colectivo. Frente a estas perspectivas, se optó por un híbrido que no anulara la singularidad de los individuos, ni que elevara el egoísmo a identidad social. Esta fórmula en la política es conocida como “liberalismo político” y en el constitucionalismo como “Estado social de derecho” o “Estado constitucional”<sup>1324</sup>.

Este modelo de Estado se consolidó con la Constitución italiana de 1948 y la Ley fundamental de Bonn de 1949, que se caracterizaron por otorgarle valor normativo a la Constitución, fundamentado en la

1324 CRISTINA MOTTA. “Intereses y derechos: la transición al Estado social”, en CRISTINA MOTTA (comp.). *Ética y conflicto: lectura para una transición democrática*, Bogotá, Tercer Mundo y Uniandes, 1995, pp. 201 a 233.



dignidad, los derechos humanos y una serie de valores jurídico-políticos como el fortalecimiento de la democracia y la independencia de los poderes del Estado<sup>1325</sup>.

El Estado social de derecho se construyó como una síntesis entre el Estado de derecho y el Estado social. El primero se estableció durante el siglo XIX como un sistema normativo centrado en la ley y en la idea de igualdad formal entre sus habitantes. El derecho era considerado como una unidad jurídica y política con plena soberanía, que no dependía más que de la voluntad de los legisladores<sup>1326</sup>. Aunque este modelo reconoció un conjunto de libertades básicas, no tuvo en cuenta las necesidades de todos los actores de la sociedad.

En cambio, el Estado social fue el resultado de luchas políticas que abrieron paso al reconocimiento de derechos sociales. Entre estas luchas, está la Revolución mexicana que lideró un proceso que llevó a la reforma agraria y a la promoción de derechos laborales<sup>1327</sup>. Así mismo, la Revolución rusa de 1917 ayudó a impulsar el discurso político por los derechos sociales y a criticar la igualdad formal, cuestionando la omnipotencia del mercado, que se vio afectada por la crisis económica de 1929. Estos sucesos fueron la base de importantes reformas constitucionales y legales que consolidaron el Estado social y la idea de la libertad positiva<sup>1328</sup>.

En definitiva, el Estado social de derecho sintetizó estos modelos y reconoció la diversidad de actores e intereses sociales. Este reconocimiento parte de la idea de la desigualdad de condiciones y de la necesidad de brindar herramientas que logren la materialización de la igualdad, a través de la promoción de los derechos sociales. Sin embargo, el individuo en sí mismo no es disuelto en el colectivo, por lo que el respeto a la dignidad y a los derechos fundamentales adquiere

1325 PETER HÄBERLE. *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, 2001.

1326 DANIEL BONILLA MALDONADO. “Estado, nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía”, en GÜNTHER TEUBNER, SASKIA SASSEN y STEPHEN KRASNER. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010, p. 231.

1327 VICENTE LOMBARDO TOLEDANO. *Causas, objetivos y realizaciones de la Revolución mexicana*, México, D. F., Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo, 2009, disponible en [<https://www.centrolombardo.edu.mx/causas-objetivos-y-realizaciones-de-la-revolucion-mexicana/>].

1328 GERHARD RITTER. *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

un valor esencial, ante lo que la producción legal debe concordar con el marco normativo de la constitución, que, junto a los tratados internacionales de derechos humanos, determinan los criterios axiológicos y teleológicos de la normatividad.

El garantismo presente en el Estado social de derecho supera el monismo jurídico para dar paso al reconocimiento de instituciones internacionales como la ONU, la Corte Interamericana y la Corte Penal Internacional. Por otro lado, las organizaciones no gubernamentales –ONG– aparecen como otro actor relevante tanto a nivel internacional como nacional. Estas instituciones comparten el interés por defender y hacer cumplir los derechos humanos<sup>1329</sup>.

A pesar de que el Estado constitucional se desarrolló a finales de la Segunda Guerra Mundial en Europa, Latinoamérica tuvo que esperar hasta finales del siglo xx para implementarlo por medio de reformas constitucionales. Este cambio se enfrentó radicalmente a la esencia legicentrista de los países latinoamericanos, que centraban la validez de las normas jurídicas en los procedimientos para su creación. Sin embargo, con la inclusión de tratados internacionales y con la limitación del derecho por el derecho que significó el derecho constitucional, se le dio un nuevo sentido al positivismo jurídico.

Así, de acuerdo con LUIGI FERRAJOLI:

El sistema de normas sobre la producción de normas –habitualmente establecido en nuestros ordenamientos con rango constitucional– no se compone solo de normas formales sobre la competencia y sobre los procedimientos de formación de las leyes. Incluye también normas sustanciales como el principio de igualdad y los derechos fundamentales, que de modo diverso limitan y vinculan el poder legislativo excluyendo o imponiéndole determinados contenidos. Así, una norma, por ejemplo, una ley que viola el principio constitucional de igualdad, por más que tenga existencia formal o vigencia, puede muy bien ser inválida y como tal susceptible de anulación por contraste con una norma sustancial sobre su producción<sup>1330</sup>.

1329 NANCY FRASER. *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder, 2008, pp. 26 y ss.

1330 LUIGI FERRAJOLI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.

Algunos ejemplos son la Constitución de Brasil de 1988, la Constitución colombiana de 1991, la de Venezuela de 1999 y, en especial, las constituciones de Ecuador de 2008 y Bolivia de 2009<sup>1331</sup>. Estas constituciones respondieron a una herencia política represiva, puesto que en la década de los años 1960 los países de la región sufrieron los impactos negativos de la Guerra Fría. El enfrentamiento político entre el bloque capitalista liderado por los Estados Unidos de América – EE.UU. – y el bloque comunista por la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas –URSS– dividió al mundo ideológicamente. Latinoamérica, sometida por el bloque estadounidense, se vio sumergida en la lógica de amigo/enemigo. Este maniqueísmo desembocó en la Doctrina de la Seguridad Nacional que promovió dictaduras militares para enfrentar la amenaza comunista al interior de los países<sup>1332</sup>.

Frente a este legado político, el constitucionalismo latinoamericano se caracterizó por devolver al constituyente primario su soberanía y por incorporar en el pacto la realidad diversa y propia de América Latina. Así mismo, se planteó una manera diferente de organización institucional que procura:

Expandir el campo de lo político más allá del horizonte liberal, a través de una institucionalidad nueva (pluralidad), una territorialidad nueva (autonomías asimétricas), una legalidad nueva (pluralismo jurídico), un régimen político nuevo (democracia intercultural) y nuevas subjetividades individuales y colectivas (individuos, comunidades, naciones, pueblos, nacionalidades)<sup>1333</sup>.

De esta manera, los ordenamientos jurídicos de Occidente han adoptado sistemas jurídicos que se fundamentan en valores, principios y

1331 SERGIO ROBERTO MATIAS CAMARGO. “La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Diálogos de Saberes*, n.º 44, 2016, pp. 11 a 25, disponible en [<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/146>].

1332 JORGE ENRIQUE CARVAJAL MARTÍNEZ. *Derecho, seguridad y globalización*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

1333 RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU. “El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo”, en PILAR GARCÍA TROBAT y REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ (coords.). *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001, p. 851.

normas basados en el respeto de los derechos humanos. Esto permite un dinamismo que resulta de la nueva composición del positivismo jurídico, el cual determina la validez jurídica a partir del derecho internacional y el derecho constitucional. No obstante, la perfección de este sistema solo es jurídica, ya que el Estado benefactor que facilitó el desarrollo de los derechos sociales en Europa, solo llegó a Latinoamérica como un deber ser inalcanzable por la intervención de los poderes económicos y políticos.

El intervencionismo se hizo evidente en la década de 1980, cuando algunos países de Latinoamérica se declararon en quiebra e incapaces de pagar la deuda externa que habían contraído para adelantar el proceso de industrialización en la región<sup>1334</sup>. Esta situación impulsó a los acreedores de América Latina a proteger su capital, quienes alentaron reformas macroeconómicas que iban desde la reducción del gasto social, hasta la apertura hacia los mercados internacionales, prometiendo el desarrollo de los países y la prosperidad de sus habitantes. La política económica neoliberal fue impuesta como un recetario llamado Consenso de Washington<sup>1335</sup>.

Estas medidas terminaron por recortar derechos sociales y afectar particularmente a los trabajadores. La desregulación laboral fue una vía para promover la inversión de capital. En palabras de BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS:

La estabilidad a que se refiere el consenso neoliberal es siempre la estabilidad de las expectativas de los mercados y de las inversiones, nunca las expectativas de la gente trabajadora. En efecto, la estabilidad de los mercados e inversiones solamente se consigue a costa de la inestabilidad de las expectativas de las personas<sup>1336</sup>.

En un primer momento, este modelo económico fue promovido por medio de dictaduras militares. Con la caída del Muro de Berlín y la

1334 PABLO IGNACIO REYES BELTRÁN. *Derecho y globalización, las transformaciones del Estado contemporáneo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

1335 JOHN WILLIAMSON. "The Washington consensus and beyond", *Economic and Political Weekly*, vol. 38, n.º 15, 2003, pp. 1.475 a 1.481.

1336 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009, p. 285.

pérdida de valor de la Doctrina de la Seguridad Nacional, ha sido promovido a través de reformas legales y chantajes financieros. De ahí que se pueda afirmar que: “El poder económico ha ‘colonizado’ el poder político y puede transmutarse en poder normativo sin pasar por los filtros y controles democráticos”<sup>1337</sup>.

La política penal de la Defensa Social, originada en el pensamiento de la Escuela Positivista Penal, había predominado en América Latina avanzado el siglo xx, hasta la irrupción de la Doctrina de la Seguridad Nacional, expuesta por JOSEPH COMBLIN, que legitimó a las dictaduras militares<sup>1338</sup>, las cuales, como en el caso de Chile, promovieron de manera autoritaria el modelo económico neoliberal. Dejadadas atrás las dictaduras militares, el modelo económico obtuvo igual continuidad.

Al final, los gobiernos promovieron un discurso económico y social que vinculó el desarrollo a la competitividad, la internacionalización, la privatización y la integración económica mundial. Para ello se acordaron tratados de libre comercio, en los cuales se establecieron condiciones favorables para el capital internacional y nacional<sup>1339</sup>.

En suma, el Estado social de derecho en los países latinoamericanos fue el resultado de la inconformidad ciudadana con la violencia, arbitrariedad e injusticia. No obstante, a pesar de que se consiguió promover una visión de sociedad que se dirigía a la superación de las desigualdades sociales, se introdujo un modelo económico que lo imposibilita. En la actualidad existe una grave contradicción, pues se incluye un modelo económico que da prioridad a la propiedad privada y a la libertad individual sobre el interés general.

Para finalizar, se debe tener en cuenta que el neoliberalismo no ha sido el único factor que ha imposibilitado la consolidación del Estado social de derecho, sino también la nueva visión de seguridad extendida por los Estados Unidos después del atentado del 11 de septiembre de 2001, el cual sirvió para que este país iniciara una nueva campaña

1337 JOSÉ ANTONIO ESTÉVEZ ARAÚJO. *El revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Externado, 2006, p. 105.

1338 GERMÁN SILVA GARCÍA. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>], pp. 112 y 113.

1339 DAVID HARVEY. “El neoliberalismo como destrucción creativa”, *Apuntes del CENES*, vol. 27, n.º 45, 2008, pp. 10 a 34, disponible en [<https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/3032>].

de mundialización ideológica. Antes de tratar este modelo de seguridad, se abordará uno de los intentos discursivos por consolidar una idea de seguridad más acorde al respeto de los derechos humanos: la seguridad humana.

## V. SEGURIDAD HUMANA ¿SECURITIZACIÓN O CONTRADISCURSO?

La década de 1990 fue el comienzo de una reconfiguración política, económica y social del orden mundial. La globalización marcó un espacio caracterizado por la democracia liberal, el libre mercado, el individualismo y el consumo. Así mismo, los avances tecnológicos permitieron un desarrollo hasta la fecha inimaginable de las comunicaciones, lo cual dio origen a la sociedad de la información.

Dentro de los cambios que trajo la globalización, resalta el descrédito de la Doctrina de la Seguridad Nacional, la cual giraba en torno a la seguridad del Estado. El final de la Guerra Fría abrió paso a nuevas agendas de seguridad, que empleaban conceptos alternativos y multidimensionales de seguridad. Esto fue facilitado por las transiciones democráticas que empezaron a finales de la década de 1980 y la resolución negociada de los conflictos en Centroamérica, pues creó el imaginario de un continente que había resuelto la guerra e inauguraba una etapa democrática. De ahí que lo militar tuviera que pasar a un segundo plano<sup>1340</sup>.

Según MÓNICA HIRST, en el incipiente nuevo orden: “Los tres aspectos más importantes en esta agenda pasaron a ser el daño al medio ambiente, la inmigración ilegal y el tráfico de drogas”<sup>1341</sup>. En América Latina, estos aspectos fueron conformados en una agenda regionalizada: los países del área amazónica se preocuparon por problemas ambientales; México y América Central concentraron sus esfuerzos en los movimientos migratorios, y los países del área andina se preocuparon en combatir la producción y comercialización de narcóticos en la zona<sup>1342</sup>. Uno de los primeros efectos había desatado la “guerra

1340 ARLENE BETH TICKNER. *Latin America and the Caribbean: Domestic and trasnational insecurity*, s. l., International Peace Academy, 2007, p. 7.

1341 MÓNICA HIRST. “Los claroscuros de la seguridad regional en las Américas”, en *Nuso*, n.º 185, 2003, p. 47.

1342 MÓNICA HIRST. “Los claroscuros de la seguridad regional en las Américas”,

de las drogas”, la cual ocasionó en varios países de América Latina más daños que mejoras en la seguridad<sup>1343</sup>.

A nivel internacional, la ONU se encargó de cambiar discursivamente el énfasis de la seguridad en problemas de orden público y conflictos internacionales. A través del concepto de *seguridad humana*, reconoció otras amenazas diferentes a las militares, como los problemas ambientales, la pobreza, la criminalidad, la falta de acceso a la educación y la violación a los derechos humanos en general. Esta perspectiva de la seguridad cuenta con un componente socioeconómico y político, que relaciona la paz, el desarrollo y la seguridad. Así, la seguridad humana reconoce a la persona humana como afectado y principal sujeto de protección.

La ONU, a través del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo –PNUD–, se ha pronunciado sobre el tema de la seguridad en dos documentos: el Informe de Desarrollo Humano de 1994 y el Informe *Human security now: Protecting and empowering people* (*La seguridad humana ahora: proteger y habilitar a la gente*) de la Comisión de Seguridad Humana. Esta comisión fue creada en enero de 2001 con la idea de promover una iniciativa mundial para posicionar la seguridad humana<sup>1344</sup>. En su primer informe asegura que:

La seguridad de las personas de todo el mundo está interrelacionada, como ponen de relieve las corrientes mundiales de bienes, servicios, finanzas, personas e imágenes. La liberalización y la democratización políticas abren nuevas oportunidades, pero también nuevas fallas, tales como la desestabilización política y económica y los conflictos en el seno de los Estados<sup>1345</sup>.

---

Nueva Sociedad, n.º 185, 2003, pp. 83 a 101, disponible en [[https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3124\\_1.pdf](https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3124_1.pdf)].

1343 BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “El sistema internacional de fiscalización de drogas: un estado de cosas por cambiar”, *Novum Jus*, vol. 3, n.º 2, 2009, pp. 153 a 188, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/715>].

1344 CLAUDIA F. FUENTES y FRANCISCO ROJAS ARAVENA. *Promover la seguridad humana: marcos éticos, normativos y educacionales en América Latina y el Caribe*, París, UNESCO, 2005, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000138940>].

1345 HIRST. “Los claroscuros de la seguridad regional en las Américas”, cit., p. 83.

En estos documentos, se caracteriza el problema de la seguridad desde una perspectiva completamente diferente, se superan los dos modelos predominantes de seguridad: la seguridad del Estado-nación como protección a las fronteras frente a una posible agresión externa, y la seguridad mundial frente a la amenaza nuclear.

La idea de seguridad humana ha sido parte de la agenda de las instituciones al interior de la ONU, como la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura –UNESCO–, que la hizo parte de sus 12 objetivos estratégicos en el 2002. Así, relacionó la seguridad con la pobreza, los derechos humanos, la educación para la paz, los recursos naturales y el desarrollo.

Este enfoque sobre el concepto y tratamiento de la seguridad bajo el rubro de “seguridad humana” plantea una dimensión que vincula el problema de la seguridad con el desarrollo de las personas. Esta perspectiva ha generado importantes debates sobre la viabilidad de pensar las políticas sociales desde los lentes de la seguridad, y sobre la idea misma de desarrollo.

Por un lado, la seguridad humana parte de la interrelación entre seguridad y desarrollo. En particular adopta el concepto de desarrollo elaborado por AMARTYA SEN, que concibe el desarrollo económico como un medio para que los seres humanos puedan realizar un proyecto de vida, ya que amplía sus capacidades y las de los demás, lo cual no solo se refleja en el aumento de la productividad y los ingresos, sino en el bienestar e incremento de la calidad de vida. A partir de SEN, se construyen los índices de condiciones de vida, que:

Integra en una sola medida variables de calidad de la vivienda como indicador de la riqueza física, acceso a servicios públicos domiciliarios como medición de riqueza física colectiva; la educación como medida del capital humano. Según este indicador, la pobreza se considera como una falla en la capacidad efectiva para lograr un estándar de vida, lo cual constituye la verdadera privación o exclusión social<sup>1346</sup>.

---

1346 DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL. *Los municipios colombianos hacia los objetivos de desarrollo del milenio: salud, educación y reducción de la pobreza*, Bogotá, GTZ, DNP, 2000, pp. 9 y 10.



Esta aproximación no se limita al enfoque de las necesidades básicas, ya que según SEN no miden realmente la situación de las personas más allá de algunos bienes y servicios mínimos. Por lo cual, defiende un enfoque de las capacidades, que “depende del conjunto de bienes que los seres humanos pueden dominar”<sup>1347</sup>, los cuales están relacionados con múltiples servicios para ser utilizados por todas las capas de la población. De esta manera, se reduce la desigualdad tal y como se concibe hoy en día.

La seguridad humana amplía los aspectos que se relacionan con el enfoque de capacidades y establece las siguientes categorías: seguridad ambiental, seguridad alimentaria, seguridad en materia de salud, seguridad económica, seguridad personal, seguridad política y seguridad de la comunidad<sup>1348</sup>. Estas categorías abarcan diversas cuestiones, lo que dificulta la priorización de la política pública para la implementación de medidas que garanticen la seguridad humana.

De otro lado, desde lo teórico se reduce el optimismo frente a esta acepción de seguridad, ya que se entiende como una securitización de lo social. CÉSAR MONTÚFAR advierte que es una tendencia a tratar todas las problemáticas sociales bajo el lente de la seguridad, abordándolos como una cuestión militar. La Escuela de Copenhague estudia la securitización como un discurso que crea realidades, lo cual permite analizar las amenazas sociales desde un enfoque constructivista<sup>1349</sup>. En palabras del autor:

El problema de la inflación conceptual de la seguridad es que tiende a *securitizar* todo y al hacerlo confunde lo que son las condiciones facilitantes de la inseguridad, como pueden ser la pobreza, la desigualdad social o la corrupción,

1347 AMARTYA SEN. “Los bienes y la gente”, *Revista Comercio Exterior*, vol. 33, n.º 12, 1983, pp. 1.115 a 1.123, disponible en [<http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/241/7/RCE7.pdf>].

1348 PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe desarrollo humano 1994*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994, disponible en [<https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1994escompletonostatspdf.pdf>], p. 28.

1349 CÉSAR MONTÚFAR. “Terrorismo y seguridad andino-brasileña”, en MARCO CEPIK y SOCORRO RAMÍREZ (eds.). *Agenda de seguridad andino-brasileña. Primeras aproximaciones*, Bogotá, Universidad Federal Rio Grande do Sul, Universidad Nacional de Colombia, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, FESCOL, 2004.

con lo que son las amenazas a la seguridad propiamente dichas. Esta confusión diluye la posibilidad de dilucidar políticas precisas y acotadas para enfrentar amenazas<sup>1350</sup>.

Por tanto, la securitización se entiende como un concepto que devela la naturaleza de los discursos sobre seguridad, constituyéndose en un “instrumento del poder político, provisto con la capacidad de convocar a grandes masas poblacionales para hacer efectiva una determinada voluntad de los estamentos que toman las decisiones en el gobierno”<sup>1351</sup>. De manera que las políticas de seguridad tienen la potencialidad de construir amenazas que “no son producto de evaluaciones objetivas ni de constructos analíticos sobre las amenazas a la seguridad, sino que son consecuencia de estructuras y procesos históricos, de la lucha por el poder y del conflicto social”<sup>1352</sup>.

En síntesis, existe una fuerte desconfianza frente a esta forma de entender la seguridad. Aunque los fines de desarrollo y políticas sociales sean deseables en toda sociedad, el riesgo de pensar estas cuestiones desde una mirada de amigos y enemigos justificaría medios que restringen garantías sociales<sup>1353</sup>. Entonces, en nombre de la seguridad humana se podrían hacer reformas legales represivas que afecten a diversos sectores sociales, lo cual es mucho más susceptible de pasar en países con instituciones políticas inestables<sup>1354</sup>.

El debate sobre la seguridad humana ha generado diversos matices. En particular, se abordan dos aspectos: la seguridad como protección de las personas y la seguridad como preocupación mundial. Desde

1350 Ibid., p. 369.

1351 GABRIEL ANTONIO OROZCO RESTREPO. “El aporte de la Escuela de Copenhague a los estudios de seguridad”, *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, vol. 20, n.º 1, 2006, pp. 141 a 162, disponible en [<https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/%25f/agora/files/escueladecopenhague.pdf>].

1352 ARLENE BETH TICKNER. “La securitización de la crisis colombiana: bases conceptuales y tendencias generales”, *Colombia Internacional*, n.º 60, 2004, pp. 12 a 36, disponible en [<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/colombia-int/article/view/2536>].

1353 KARLOS PÉREZ DE ARMIÑO. “El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.º 76, 2007, pp. 59 a 77.

1354 FRANCISCO ROJAS ARAVENA. *Proyección de escenarios de seguridad y defensa en América Latina: enfoques sub-regionales de la seguridad hemisférica*, Quito, FLACSO, 2004.

el primero, se incluyen como preocupaciones principales la violencia cotidiana, que se relaciona con la protección de los bienes, el respeto a los derechos humanos y, finalmente, la seguridad humana como satisfacción de carencias humanas. Desde el segundo campo, se relacionan otras preocupaciones mundiales relacionadas con el terrorismo, la degradación ambiental, y el tráfico de armas y drogas.

Aunque las críticas relacionadas a la securitización de las políticas sociales muestren las falencias del concepto de *seguridad humana*, no se puede dejar de lado que este concepto fue (es) un esfuerzo contradiscursivo por intentar dejar de posicionar al Estado en el centro de la amenaza y de la respuesta. De las críticas, se rescata el descubrimiento de la seguridad como discurso, pues develó que la amenaza no siempre debe ser real, sino que puede ser construida por el poder.

## VI. LIBRE MERCADO, SEGURIDAD Y TERRORISMO

La implementación del neoliberalismo reestructuró la composición de las clases sociales en los países latinoamericanos, generando más desempleo, pobreza y desigualdad. Según ALEJANDRO PORTES, no es una coincidencia que el surgimiento de organizaciones criminales transnacionales y el incremento de la delincuencia urbana se acelerara después de la implementación del modelo neoliberal. Según este autor:

La contracción del empleo formal y el crecimiento de la desigualdad en el ingreso resultantes del modelo económico neoliberal, han ido de la mano con otras respuestas menos pacíficas que las pequeñas empresas y la creación de autoempleo. En el nuevo mercado libre para todos, promovido por la ideología dominante, no resulta sorprendente que algunos de los miembros más desaventajados de la sociedad busquen remediar su situación ignorando el marco jurídico existente<sup>1355</sup>.

Así mismo, JAUME CURBET relaciona la apertura económica con el aumento de la inseguridad. Este autor asegura que la pobreza, los con-

1355 ALEJANDRO PORTES. *El desarrollo futuro de América Latina: neoliberalismo, clases sociales y transnacionalismo*, Bogotá, ILSA, 2004, p. 50.

flictos civiles, la falta de oportunidades y la represión política, están relacionados con las nuevas formas de criminalidad que han aparecido en un mundo globalizado. Acota CURBET:

Mientras en la posguerra la delincuencia era un fenómeno marginal, en la actualidad se ha convertido en dato central de nuestras sociedades. Los riesgos de victimización de todo tipo ya no son los efectos de la modernización, sino que forman parte de los procesos básicos de nuestra sociedad. Los diferentes tipos de delincuencia causados por los efectos negativos del proceso de globalización refuerzan, a su vez, estos efectos negativos y generadores de inseguridad<sup>1356</sup>.

Ahora bien, el aumento de la criminalidad ha tenido repercusiones en la percepción de la inseguridad. Las redes del crimen organizado y la solución violenta a los conflictos, generan un ambiente de incertidumbre que tiene impacto directo en el bienestar de la sociedad. Frente a este panorama, la ciudadanía ha respondido con mayores demandas de seguridad, de manera que la criminalidad y la inseguridad local tomaron el lugar del enemigo, conservando así la seguridad el papel central en la discusión política<sup>1357</sup>.

Las élites políticas y económicas canalizan esta demanda de seguridad para satisfacer sus propios intereses. A través del miedo, los mismos generadores de la inseguridad y la pobreza logran verticalizar y conservar su poder sobre una sociedad aterrorizada y dispuesta a aceptar cualquier medida, que por lo general se reduce al aparato penal. SUSANA MURILLO así lo señalaba:

Los mismos sectores devastados por el neoliberalismo reclaman “seguridad” a las mismas instituciones que repudian. El núcleo de sus reclamos es el terror que reconoce diversas fuentes: el genocidio, la desocupación, la precarización laboral, la oferta de objetos de consumo y de un mundo de completitud al que no se tiene acceso, la inseguridad construida por empresas que lucran con la venta de

1356 JAUME CURBET. *La glocalización de la (in)seguridad*, Barcelona, Ministerio de Administraciones Públicas, 2007, p. 40.

1357 JOCK YOUNG. *La sociedad “excluyente”: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 9.

inseguridad, la flexibilidad constante de una vida que no ofrece espacio donde apoyarse, la sensación creciente de ser prescindible en lo laboral, en lo político, en lo afectivo, debida a la desactivación de redes sociales<sup>1358</sup>.

Por tanto, el miedo y la inseguridad dividen a la sociedad, enfocándola principalmente en una lucha por la conservación. Como consecuencia, las medidas sociales alternativas, que pretenden cuestionar el modelo neoliberal, son dejadas a un lado por la mano dura, lo cual no responde a las carencias sociales que junto a la criminalidad son las responsables de la inseguridad e incertidumbre<sup>1359</sup>.

De otro lado, la demanda de seguridad se ha respondido con un cambio de paradigma en el derecho penal. Las conquistas alcanzadas durante el Estado de derecho empezaron a ser vistas como obstáculos para poder perseguir la amenaza. Así, la idea de peligro comenzó a ser preponderante, por lo cual la prevención especial positiva perdió fuerza frente a otros discursos más efectivos al momento de enfrentar la percepción de inseguridad.

Los fundamentos teóricos de este paradigma tuvieron origen en los Estados Unidos y fueron exportados en primer lugar a los países de Europa. A través de una política carcelaria agresiva, que promovía la tolerancia cero hacia las conductas delictivas sin importar su gravedad, la respuesta penal adquirió más severidad. De ahí que el modelo penal surgido en el Iluminismo comenzara a resquebrajarse, dando paso a un modelo político criminal que parte del análisis económico del derecho<sup>1360</sup>.

Desde este enfoque, se asume que las personas realizan acciones a partir de la ponderación entre costo y beneficio. En el campo penal, se aplicó a través de las políticas de tolerancia cero, que elevan los costos de la comisión del delito por medio del endurecimiento de las penas. No obstante, esta aproximación reduce la complejidad del delito, lo cual se refleja en el fracaso de la política penal, que termina siendo selectiva e ineficiente frente a la inseguridad.

1358 SUSANA MURILLO. "El nuevo pacto social, la criminalización de los movimientos sociales y la 'ideología de la seguridad'", *OSAL, Observatorio Social de América Latina*, año V, n.º 14, 2004, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110307103434/30Murillo.pdf>], p. 268.

1359 CURBET. *La glocalización de la (in)seguridad*, cit. p. 40.

1360 MURILLO. "El nuevo pacto social, la criminalización de los movimientos sociales y la 'ideología de la seguridad'", cit., p. 268.

Además del endurecimiento punitivo, las políticas de tolerancia cero entienden que el delito debe ser respondido con dureza, pues evita que el ofensor escale la gravedad de sus conductas. Por lo que la pequeña y mediana delincuencia será uno de los principales focos de respuesta. De esta manera, se promueven medidas de control social que no tienen en cuenta los límites trazados por el garantismo y van dirigidas contra las poblaciones menos favorecidas.

En el caso latinoamericano, las nuevas políticas de seguridad recuerdan un poco el corte autoritario de las dictaduras que tuvieron lugar durante la Doctrina de la Seguridad Nacional. La diferencia radica en que las medidas contra los derechos humanos han sido tomadas respetando el consenso. Antes, el control social se imponía con la represión armada, la desaparición de personas y la tortura; ahora, esto ocurre a través del aparato penal y su caparazón ideológico, que le dan un aire de rectitud a las penas inhumanas<sup>1361</sup>.

En síntesis, las nuevas políticas de seguridad son el resultado de la aparición de nuevas formas de criminalidad asociadas a la globalización. Dentro de los factores más relevantes en el incremento de la criminalidad se encuentra el neoliberalismo que, a su vez, es responsable de la incertidumbre que ocasiona el aumento de la pobreza, la falta de cobertura social, la precarización del trabajo y la expulsión de tierras.

Esto permite entender otra evolución del dispositivo de seguridad. Por medio del aparato penal, el poder responde a un problema social con una medida que no pone en juego sus intereses y sí crea consenso. Así, la seguridad populariza el uso del derecho penal como una herramienta útil para todos los problemas sociales. Sin embargo, para comprender totalmente la idea de seguridad, es necesario hacer un inciso que incorpore las implicaciones que tuvo el terrorismo en este concepto.

El ataque del 11 de septiembre del 2001 inició un nuevo modelo de política y de seguridad. Anteriormente, las medidas internacionales destinadas a enfrentar el terrorismo estaban orientadas a la cooperación policial y judicial. La agenda se centraba en fortalecer los sistemas de inteligencia y de intercambio de información. Estas medidas tenían en cuenta el sistema internacional de los derechos humanos.

Después del ataque, se dio un giro a las políticas de seguridad. Los Estados Unidos promovieron un discurso centrado en la seguridad pública y nacional. Las medidas retomaron la estrategia militar de la

Guerra Fría para enfrentar el terrorismo, que denominaron *guerra preventiva*. De las medidas que mejor ejemplifican el modo de actuar dentro de este modelo de seguridad, se encuentra la *Patriot Act*, la cual se caracteriza por restringir derechos humanos:

Para algunos analistas, los trágicos eventos del World Trade Center han dejado en evidencia que hemos entrado en una nueva era de “seguridad” y miedo, marcada por el uso (y abuso) de este término para consolidar racionalidades políticas y procesos de poder social que en la mayoría de los casos encubren luchas y conflictos políticos más radicales<sup>1362</sup>.

A través del discurso de la lucha contra el terrorismo, Estados Unidos se dispuso a consolidar su modelo ideológico. La “pretensión universalista lo [llevó] a tratar de imponer sus valores al resto del planeta, a mantener su superioridad económica y militar y a intervenir en los conflictos del mundo musulmán, generando enorme resentimiento”<sup>1363</sup>. De esta manera, el terrorismo como amenaza amplió las posibilidades de control, ya que cambió la naturaleza trazable del enemigo por una amenaza etérea, que da paso a un estado de constante alerta. Al respecto, el escritor esloveno SLAVOJ ŽIŽEK asegura que:

Lo que se está dando últimamente es un desplazamiento fundamental en el funcionamiento de la democracia. Cuestiones que hace diez años habían sido impensables en el inconsciente iluminista hoy forman parte de la práctica cotidiana. Hablemos de la tortura, por ejemplo. Hace diez, [15] años habría sido impensable en Occidente discutir públicamente acerca de la tortura. Como ustedes tal vez sepan, desde el 11 de septiembre la tortura es un tema público en EE. UU., y no solamente de publicaciones marginales de la extrema derecha sino en medios centrales como *Newsweek* o *Times* donde abiertamente se discute de qué

1362 JUAN FELIPE MORENO. “La emergencia de una (nueva) lógica de seguridad política”, *Colombia Internacional*, n.º 62, 2005, disponible en [<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/colombia-int/article/view/2566>], p. 149.

1363 JORGE HEINE. “¿Choque, fin u otro Chernobyl?”, *Estudios Internacionales*, vol. 34, n.º 136, 2001, pp. 7 a 19, disponible en [<https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14731>].

manera y en qué medida hay que torturar a los sospechosos del 11 de septiembre<sup>1364</sup>.

El discurso de la seguridad antiterrorista de Estados Unidos, tuvo una equivalencia casi inmediata en las proclamas colombianas contra el terrorismo, traducidas en la “política de la seguridad democrática” y en la negación del conflicto armado interno, cuya noción es sustituida por la idea de “amenaza terrorista”, lo que sería un obstáculo para adelantar negociaciones de paz<sup>1365</sup>.

La lucha contra el terrorismo no fue más que una especie de catalizador que le dio continuidad al modelo económico estadounidense, a la exclusión social, a la represión, a la dificultad para acceder al trabajo y la seguridad social; a la estigmatización de algunos grupos sociales: en particular los inmigrantes, los negros y los pobres<sup>1366</sup>.

El cuadro descrito da origen a una variante aún más agresiva. Es la concepción del *derecho penal de enemigo*, que deriva en una perversión del mismo derecho penal, en la cual el pensamiento del Iluminismo es negado a la par con los derechos de ciudadanía y, en un extremo grotesco, de la misma condición de persona; todo lo cual contrae criminalizar estados previos que suponen riesgo, eliminar garantías y aplicar penas desproporcionadamente severas<sup>1367</sup>.

Las instituciones internacionales, en especial la ONU, ha enfatizado que las medidas tomadas en el contexto de la lucha contra el terrorismo deben ser realizadas teniendo en cuenta el marco internacional de los derechos humanos y los ordenamientos jurídicos en particular. No obstante, el miedo hacia el terrorismo ha sido una de las principales excusas para ignorar las obligaciones en materia de derechos huma-

1364 SLAVOJ ŽIŽEK. “La estructura de dominación y los límites de la democracia. Conferencia realizada en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA el 25 de noviembre de 2003”, *Espacios de Crítica y Producción*, vol. 31, 2004, disponible en [<http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/7597>], p. 6.

1365 BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Guerra y terrorismo en Colombia”, en AA.VV. *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003.

1366 LOÏC WACQUANT (dir.). *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*, Barcelona, Anthropos, 2005.

1367 PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ. “La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal de enemigo”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2020, pp. 1.070 a 1.103, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32334>].



nos, ya que se argumenta que las medidas son tomadas respondiendo a la demanda de seguridad.

De esta forma, las libertades negativas protegidas por el Estado social de derecho comienzan a ser vulneradas con la excusa de estar protegiendo la seguridad frente al terrorismo. Estos cambios en el sistema político, llevan a la reconfiguración del modelo de Estado de garantías por un Estado de seguridad, que se caracteriza por estar en constante Estado de excepción.

La política de seguridad estadounidense ha sido replicada por los países bajo su dominio geopolítico y por sus aliados. La intensificación de las normas de carácter penal ha sido una de las principales características de este modelo. Así mismo, otra consecuencia es el incremento de la presencia de las instituciones de vigilancia, que estuvo directamente acompañado del debilitamiento del Estado social de derecho<sup>1368</sup>.

A pesar de que en Latinoamérica la amenaza de terrorismo no era una de las prioridades de la agenda, los gobiernos se sirvieron de este nuevo discurso para aumentar el control sobre sus ciudadanos. Por medio de las nuevas políticas que han sido declaradas se incluyeron las mismas estrategias, que van desde la promoción constante del aparato penal, hasta la evasión de los límites promovidos por el garantismo. El “aporte” que le dio el terrorismo a la seguridad es el carácter etéreo de la amenaza que permite mantener a la sociedad en un estado de alerta constante. Esto promovió y dio incentivos al desarrollo de una política de seguridad acorde con un derecho penal máximo, que ha hecho, además, eco al populismo penal, legitimado por las sensaciones de inseguridad reales y construidas<sup>1369</sup>.

1368 ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Observaciones finales sobre los informes periódicos 17° a 22° combinados de Egipto”, ONU, CCPR-CO-76-EGY, 28 de noviembre de 2002, disponible en [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/460/75/PDF/G0246075.pdf>].

1369 Ejemplos de ese derecho penal máximo en varios países de América Latina (Argentina, Brasil, Colombia, México, Perú) son analizados en varios estudios críticos: GERMÁN SILVA GARCÍA. “Una revisión del análisis económico del derecho: una lectura crítica a propósito de la obra Crimen e Impunidad”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 2, n.º 2, 2000, pp. 173 a 196, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/304>]; GERMÁN SILVA GARCÍA e IVÁN PACHECO. “El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina”, *Economía Institucional*, vol. 3, n.º 5, 2001, pp. 185 a 208, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/263>]; IGNACIO CANO.

## VII. REFLEXIONES FINALES

La sociología jurídica es una disciplina cuyo campo de conocimiento se encuentra en continuo movimiento, acoge perspectivas y temáticas diversas, las cuales responden a su tiempo y a sus lógicas contextuales, de tal forma que temas como el género, el medio ambiente, los derechos de los seres vivientes y la seguridad, son parte de los estudios sociojurídicos. Su historia en América Latina refleja esa dinámica<sup>1370</sup>.

El análisis de la seguridad como categoría sociojurídica, implica un abordaje que tiene como objetivo estudiar los problemas existentes entre el derecho y las políticas de seguridad que se crean desde el poder, así como su impacto en la protección los derechos humanos y en la sociedad.

El estudio del concepto de seguridad y sus transformaciones desde la Guerra Fría, ha permitido comprender su carácter dúctil y su estrategia circular. Este dispositivo opera buscando amenazas que justifican las problemáticas sociales. En el momento que la ciudadanía reconoce el carácter ideológico de la persecución en determinada situación, se crea una nueva amenaza, cuya respuesta no atenta contra los intereses económicos y políticos salvaguardados por el Estado.

De ahí que se pueda afirmar que actualmente la seguridad a nivel mundial, nacional y regional, se encuentra principalmente sujeta al modelo de políticas de derecho penal máximo, siendo el aparato penal y, específicamente, la cárcel como sanción, la respuesta promocionada

---

“Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, n.º 5, 2006, pp. 137 a 155, disponible en [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58361>]; MÁXIMO SOZZO. *Inseguridad, prevención y policía*, Quito, FLACSO, 2008, disponible en [[https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio\\_view.php?bibid=7994&tab=opac](https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=7994&tab=opac)], pp. 67 y ss.; JOSÉ TAPIA PÉREZ. “La inseguridad pública: causas y consecuencias”, *El Cotidiano*, n.º 180, 2013, pp. 103 a 112, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/325/32528338007.pdf>]; PATRICIA ZARATE, JORGE ARAGÓN y JORGE MOREL. *Inseguridad, Estado y desigualdad en el Perú y en América Latina: un estado de la cuestión*, Lima, IEP, 2013, pp. 31 y ss.

1370 GERMÁN SILVA GARCÍA, JAIRÓ VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].

con mayor vehemencia y apoyo político durante el siglo XXI para minimizar amenazas de diversa índole, como puede ser el narcotráfico, los atentados ambientales y la trata de personas. Esto pese a que se ha demostrado el fracaso de las políticas de prisionalización<sup>1371</sup>.

El dispositivo de seguridad debe ser analizado con especial reserva. La potencialidad verticalizante que ha demostrado a nivel mundial con la consolidación de los Estados Unidos como potencia, y la mundialización de su modelo económico e ideológico, advierte su funcionalidad como herramienta de gobernabilidad. Esto no solo se limita a nivel mundial, sino que es ejercido en todos los niveles en que exista algún tipo de control social.

## REFERENCIAS

BÖCKENFÖRDE, ERNST WOLFGANG. *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid, Trotta, 2000.

BONILLA MALDONADO, DANIEL. “Estado, nación y globalización: soberanía absoluta, soberanía porosa y soberanía vacía”, en GÜNTHER TEUBNER, SASKIA SASSEN y STEPHEN KRASNER. *Estado, soberanía y globalización*, Bogotá, Siglo del Hombre y Universidad de los Andes, 2010.

BOUCHERON, PATRICK y ROBIN COREY. *El miedo: historia y usos políticos de una emoción*, Buenos Aires, Capital Intelectual, 2016.

CANO, IGNACIO. “Políticas de seguridad pública en Brasil: tentativas de modernización y democratización versus la guerra contra el crimen”, *Revista Internacional de Derechos Humanos*, vol. 3, n.º 5, 2006, pp. 137 a 155, disponible en [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/58361>].

---

1371 JOSÉ FERNANDO FLÓREZ RUIZ. “The effect of mass incarceration on criminality in Colombia”, *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 10, n.º 2, 2021, pp. 15 a 33, disponible en [<https://www.crimejusticejournal.com/article/view/1644>].

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. *La seguridad dentro del Estado de garantías*, Bogotá, ILSA, 2008.

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. *Derecho, seguridad y globalización*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. *La sociología jurídica en Colombia: los antecedentes en las facultades de derecho, organizaciones no gubernamentales y el Estado*, Bogotá, Universidad Libre, 2016.

CARVAJAL MARTÍNEZ, JORGE ENRIQUE. “Seguridad y construcción del control social: la cárcel y el Estado social de derecho”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 774 a 814, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32326>].

CURBET, JAUME. *La glocalización de la (in)seguridad*, Barcelona, Ministerio de Administraciones Públicas, 2007.

DÁVILA L., LUIS FELIPE. “Conceptos y enfoques de seguridad”, *Revista Pensamiento Penal*, 28 de enero de 2015, pp. 1 a 22, disponible en [<https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89892-concepto-y-enfoques-seguridad>].

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Sociología jurídica crítica: para un nuevo sentido común en el derecho*, Bogotá, ILSA, 2009.

DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN NACIONAL. *Los municipios colombianos hacia los objetivos de desarrollo del milenio: salud, educación y reducción de la pobreza*, Bogotá, GTZ, DNP, 2000.

ESTÉVEZ ARAÚJO, JOSÉ ANTONIO. *El revés del derecho: transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Externado, 2006.

FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2002.

- FLÓREZ RUIZ, JOSÉ FERNANDO. "The effect of mass incarceration on criminality in Colombia", *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*, vol. 10, n.º 2, 2021, pp. 15 a 33, disponible en [<https://www.crimejusticejournal.com/article/view/1644>].
- FRASER, NANCY. *Escalas de la justicia*, Barcelona, Herder, 2008.
- FUENTES, CLAUDIA F. y FRANCISCO ROJAS ARAVENA. *Promover la seguridad humana: marcos éticos, normativos y educativos en América Latina y el Caribe*, París, UNESCO, 2005, disponible en [<https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000138940>].
- GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS. "La negación de la calidad de ciudadano o de persona en el derecho penal de enemigo", *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2020, pp. 1.070 a 1.103, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32334>].
- HÄBERLE, PETER. *El Estado constitucional*, México, D. F., UNAM, 2001.
- HARVEY, DAVID. "El neoliberalismo como destrucción creativa", *Apuntes del CENES*, vol. 27, n.º 45, 2008, pp. 10 a 34, disponible en [<https://revistas.uptc.edu.co/index.php/cenes/article/view/3032>].
- HEINE, JORGE. "¿Choque, fin u otro Chernobyl?", *Estudios Internacionales*, vol. 34, n.º 136, 2001, pp. 7 a 19, disponible en [<https://revistaei.uchile.cl/index.php/REI/article/view/14731>].
- HIRST, MÓNICA. "Los claroscuros de la seguridad regional en las Américas", *Nueva Sociedad*, n.º 185, 2003, pp. 83 a 101, disponible en [[https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3124\\_1.pdf](https://static.nuso.org/media/articles/downloads/3124_1.pdf)].
- HOBBSBAWM, ERIC. *Historia del siglo XX*, Barcelona, Edit. Crítica, 1997.
- HOWARD, MICHAEL y W. ROGER LOUIS (eds.). *Historia de Oxford del siglo XX*, Barcelona, Planeta, 1999.
- LEAL BUITRAGO, FRANCISCO. *El oficio de la guerra: la seguridad nacional en Colombia*, Bogotá, IEPRI, 1994.

- LEAL BUITRAGO, FRANCISCO. *La seguridad nacional a la deriva: del frente nacional a la posguerra fría*, Bogotá, Alfaomega y FLACSO, 2002.
- LEAL BUITRAGO, FRANCISCO. *Estudios sobre la seguridad nacional en Colombia*, Bogotá, Universidad de los Andes y Universidad Nacional de Colombia, 2019.
- LEAL BUITRAGO, FRANCISCO y JUAN TOKATLIAN. *Orden mundial y seguridad: nuevos desafíos para Colombia y América Latina*, Bogotá, Tercer Mundo, 1994.
- LOMBARDO TOLEDANO, VICENTE. *Causas, objetivos y realizaciones de la Revolución mexicana*, México, D. F., Centro de Estudios Filosóficos, Políticos y Sociales Vicente Lombardo, 2009, disponible en [<https://www.centrolombardo.edu.mx/causas-objetivos-y-realizaciones-de-la-revolucion-mexicana/>].
- MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. “El constitucionalismo fundacional en América Latina y su evolución: entre el constitucionalismo criollo y el nuevo constitucionalismo”, en PILAR GARCÍA TROBAT y REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ (coords.). *El legado de las Cortes de Cádiz*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2001.
- MATIAS CAMARGO, SERGIO ROBERTO. “La Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el nuevo constitucionalismo latinoamericano”, *Diálogos de Saberes*, n.º 44, 2016, pp. 11 a 25, disponible en [<https://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/article/view/146>].
- MONTÚFAR, CÉSAR. “Terrorismo y seguridad andino-brasileña”, en MARCO CEPIK y SOCORRO RAMÍREZ (eds.). *Agenda de seguridad andino-brasileña. Primeras aproximaciones*, Bogotá, Universidad Federal Rio Grande do Sul, Universidad Nacional de Colombia, Friedrich Ebert Stiftung en Colombia, FESCOL, 2004.
- MORENO, JUAN FELIPE. “La emergencia de una (nueva) lógica de seguridad política”, *Colombia Internacional*, n.º 62, 2005, pp. 148 a 161, disponible en [<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/colombia-int/article/view/2566>].

- MOTTA, CRISTINA. “Intereses y derechos: la transición al Estado social”, en CRISTINA MOTTA (comp.). *Ética y conflicto: lectura para una transición democrática*, Bogotá, Tercer Mundo y Uniandes, 1995.
- MURILLO, SUSANA. “El nuevo pacto social, la criminalización de los movimientos sociales y la ‘ideología de la seguridad’”, *OSAL, Observatorio Social de América Latina*, año V, n.º 14, 2004, pp. 261 a 273, disponible en [<https://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/osal/20110307103434/30Murillo.pdf>].
- ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS. “Observaciones finales sobre los informes periódicos 17º a 22º combinados de Egipto”, ONU, CCPR-CO-76-EGY, 28 de noviembre de 2002, disponible en [<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G02/460/75/PDF/G0246075.pdf>].
- OROZCO RESTREPO, GABRIEL ANTONIO. “El aporte de la Escuela de Copenhague a los estudios de seguridad”, *Revista Fuerzas Armadas y Sociedad*, vol. 20, n.º 1, 2006, pp. 141 a 162, disponible en [<https://www.flacsoandes.edu.ec/sites/default/files/%25f/agora/files/escueladecopenhague.pdf>].
- PÉREZ DE ARMIÑO, KARLOS. “El concepto y el uso de la seguridad humana: análisis crítico de sus potencialidades y riesgos”, *Revista CIDOB d’Afers Internacionals*, n.º 76, 2007, pp. 59 a 77.
- PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “Guerra y terrorismo en Colombia”, en AA.VV. *Sociología jurídica. Análisis del control y del conflicto sociales*, Bogotá, Externado, 2003.
- PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “El sistema internacional de fiscalización de drogas: un estado de cosas por cambiar”, *Novum Jus*, vol. 3, n.º 2, 2009, pp. 153 a 188, disponible en [<https://novumjus.ucatolica.edu.co/article/view/715>].
- PORTES, ALEJANDRO. *El desarrollo futuro de América Latina: neoliberalismo, clases sociales y transnacionalismo*, Bogotá, ILSA, 2004.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO. *Informe desarrollo humano 1994*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1994, disponible en [<https://hdr.undp.org/system/files/documents/hdr1994escompletonostatspdf.pdf>].

REYES BELTRÁN, PABLO IGNACIO. *Derecho y globalización, las transformaciones del Estado contemporáneo*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2017.

RITTER, GERHARD. *El Estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

ROJAS ARAVENA, FRANCISCO. *Proyección de escenarios de seguridad y defensa en América Latina: enfoques sub-regionales de la seguridad hemisférica*, Quito, FLACSO, 2004.

SEN, AMARTYA. “Los bienes y la gente”, *Revista Comercio Exterior*, vol. 33, n.º 12, 1983, pp. 1.115 a 1.123, disponible en [<http://revistas.bancomext.gob.mx/rce/magazines/241/7/RCE7.pdf>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Una revisión del análisis económico del derecho: una lectura crítica a propósito de la obra Crimen e Impunidad”, *Revista de Economía Institucional*, vol. 2, n.º 2, 2000, pp. 173 a 196, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/304>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. “El proceso de la investigación sociojurídica en Colombia”, *Diálogos de Saberes*, n.º 15, 2002.

SILVA GARCÍA, GERMÁN. *Criminología. Construcciones sociales e innovaciones teóricas*, 2.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–, 2013, disponible en [<https://libroselectronicos.ilae.edu.co/index.php/ilae/catalog/book/168>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN e IVÁN PACHECO. “El crimen y la justicia en Colombia según la Misión Alesina”, *Economía Institucional*, vol. 3, n.º 5, 2001, pp. 185 a 208, disponible en [<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/ecoins/article/view/263>].



- SILVA GARCÍA, GERMÁN; JAIRO VLADIMIR LLANO FRANCO, NICOLE VELASCO CANO y ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO. “El desarrollo de la sociología jurídica latinoamericana”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 especial, 2019, pp. 1.136 a 1.196, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32336>].
- SOZZO, MÁXIMO. *Inseguridad, prevención y policía*, Quito, FLACSO, 2008, disponible en [[https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio\\_view.php?bibid=7994&tab=opac](https://biblio.flacsoandes.edu.ec/shared/biblio_view.php?bibid=7994&tab=opac)].
- TAPIA PÉREZ, JOSÉ. “La inseguridad pública: causas y consecuencias”, *El Cotidiano*, n.º 180, 2013, pp. 103 a 112, disponible en [<https://www.redalyc.org/pdf/325/32528338007.pdf>].
- TICKNER, ARLENE BETH. “La securitización de la crisis colombiana: bases conceptuales y tendencias generales”, *Colombia Internacional*, n.º 60, 2004, pp. 12 a 36, disponible en [<https://revistas.uniandes.edu.co/index.php/colombia-int/article/view/2536>].
- TICKNER, ARLENE BETH. *Latin America and the Caribbean: Domestic and trasnational insecurity*, s. l., International Peace Academy, 2007.
- VARGAS VELÁSQUEZ, ALEJO. “Fuerzas Armadas y gobiernos de izquierda en América Latina”, *Nueva Sociedad*, n.º 213, 2008, pp. 80 a 94, disponible en [<https://nuso.org/articulo/fuerzas-armadas-y-gobiernos-de-izquierda-en-america-latina/>].
- WACQUANT, LOÏC (dir.). *Repensar los Estados Unidos. Para una sociología del hiperpoder*, Barcelona, Anthropos, 2005.
- WALDMANN, PETER. *Sociedades en guerra civil. Conflictos violentos de Europa y América Latina*, Barcelona, Paidós, 1999.
- WILLIAMSON, JOHN. “The Washington consensus and beyond”, *Economic and Political Weekly*, vol. 38, n.º 15, 2003, pp. 1.475 a 1.481.

YOUNG, JOCK. *La sociedad “excluyente”: exclusión social, delito y diferencia en la modernidad tardía*, Madrid, Marcial Pons, 2003.

ZARATE, PATRICIA; JORGE ARAGÓN y JORGE MOREL. *Inseguridad, Estado y desigualdad en el Perú y en América Latina: un estado de la cuestión*, Lima, IEP, 2013, pp. 31 y ss.

ŽIŽEK, SLAVOJ. “La estructura de dominación y los límites de la democracia. Conferencia realizada en la Facultad de Filosofía y Letras de la UBA el 25 de noviembre de 2003”, *Espacios de Crítica y Producción*, vol. 31, 2004, disponible en [<http://repositorio.filo.uba.ar/handle/filodigital/7597>].



## CAPÍTULO

## DÉCIMO QUINTO

## Derecho ambiental: tipo de conflicto e instituciones principales bajo crítica

ANTONIO PEÑA JUMPA<sup>1372</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

El derecho ambiental es una disciplina del derecho que ha alcanzado gran popularidad y puede ser identificada como moderna. En los países latinoamericanos comenzó su popularidad en las facultades de derecho durante la década de los años 1980 del siglo xx. En Europa y en Estados Unidos el mismo interés se inició una década antes. Esta popularidad no es fortuita, tiene su causa en el análisis racional de la

<sup>1372</sup> Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado, Magíster en Ciencias Sociales y *Ph.D. in Laws*. Contacto: [apena@pucp.edi.pe]. ORCID: [https://orcid.org/0000-0003-1571-0139]. El autor agradece de manera muy especial los comentarios de GERMÁN SILVA GARCÍA, que han hecho posible orientar los instrumentos del análisis socio-legal hacia aspectos concretos del derecho ambiental, haciendo posible el presente capítulo.

protección y la regulación del ambiente o, en forma más general, de la naturaleza, cuyo contenido de manera tradicional el derecho no contemplaba. De ahí su sentido moderno.

Es una disciplina que acerca el derecho a un objetivo de importancia mundial: la preservación del ser humano a través del cuidado de los recursos de la naturaleza que de modo común han sido usados para transformarse y consumirse. El derecho ambiental inició un análisis sobre las causas y los efectos de esta transformación y consumo, mostrando al derecho un camino nuevo en relación con la naturaleza, innovando y ganando aceptación en los estudiantes de derecho y luego en los gobernantes y un grupo de empresarios del mundo.

Tras 50 años de surgimiento y desarrollo del derecho ambiental, es una oportunidad aproximarse con una perspectiva crítica para conocer lo que ha sido y puede ser dicha disciplina. Para ello, la sociología del derecho, a partir de una perspectiva de análisis desde la realidad y la sociedad, puede ayudar a comprender mejor los conceptos, sujetos e instituciones que involucran al derecho ambiental. En forma complementaria, si la sociología jurídica sola no lo puede hacer, habrá de recurrirse a la antropología del derecho que aporta un enfoque desde la cultura y la identidad de los pueblos. Entonces, al análisis crítico centrado en la realidad o en la sociedad se suma el enfoque anterior, de ahí que pueda sustentarse como método de trabajo para el presente ensayo un análisis socio-antropológico del derecho<sup>1373</sup>.

En este sentido, el propósito del presente trabajo es analizar el derecho ambiental a partir de sus problemas e instituciones principales que intervienen en su desarrollo, desde la perspectiva socio-jurídica o socio-antropológico-jurídica.

Partimos de la siguiente hipótesis: un análisis sociológico del derecho ambiental consiste en un análisis crítico de las problemáticas socioambientales con las que está vinculado, en clave del concepto de conflicto social y de las principales instituciones del derecho ambiental orientadas a proteger la naturaleza, resaltando sus debilidades teóricas, así como las causas y los efectos de las acciones de las personas o actores sociales que intervienen o están involucrados en dicho contenido y sus instituciones. Un análisis socio-antropológico

1373 Al respecto, el trabajo de ANTONIO PEÑA JUMPA. "Análisis socio-antropológico del derecho para el Perú", *Foro Jurídico*, n.º 1, 2002, pp. 157 a 166, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18276>].

del derecho sumaría el elemento cultural, de identidad de los pueblos, a este análisis crítico del concepto de conflicto y de sus principales instituciones del derecho ambiental<sup>1374</sup>.

En la demostración de la hipótesis indicada, partimos del análisis de un tema común en toda disciplina del derecho, pero al mismo tiempo difícil de afrontar en una disciplina como el derecho ambiental: el concepto del conflicto ambiental. En el análisis de este concepto se verá cómo es indispensable ingresar con el aporte sociológico bajo una aproximación de la realidad o lo social del conflicto para comprenderlo, pero también con el aporte antropológico dotado de una aproximación cultural para abordarlo en su totalidad.

En el análisis de las instituciones del derecho ambiental, a su vez, se pueden focalizar varios temas. Sin embargo, por la dimensión del presente ensayo será desarrollado un grupo de ellos. Básicamente el texto tratará de tres instituciones básicas que constituyen el derecho ambiental: 1) El sentido de los recursos naturales; 2) El daño ambiental en sus causas y efectos; y 3) La gestión ambiental. Quedan pendientes varios temas dentro de este análisis de las instituciones ambientales, por ejemplo, su carácter preventivo y reparador, su dependencia normativa, la tutela jurisdiccional, la responsabilidad civil, la responsabilidad penal, el cambio climático, los derechos de la naturaleza, entre otras instituciones actuales del derecho ambiental.

No es propósito realizar un trabajo crítico acabado. Solo se busca contribuir con un análisis que permita al derecho ambiental mirarse a sí mismo para seguir desarrollándose dentro de sus fines que, a su vez, están en construcción a favor de todo nuestro planeta.

## II. EL CONCEPTO DE CONFLICTO AMBIENTAL Y SUS LÍMITES

Normalmente, el conflicto ambiental es definido como una controversia de dimensión ecológica o ecosistémica, lo que lo orienta por un contenido muy técnico o especializado. Otras veces, el conflicto ambiental es definido en razón de los efectos causados o sufridos por las personas, entonces la controversia adquiere un carácter social, pa-

1374 Téngase presente que la cultura juega un papel esencial en la estructuración del orden social, MARÍA INÉS BERGOGLIO. *La matriz del orden social: la cultura en la sociedad*, Córdoba, Advocatus, 2007.

sando a identificarse como un conflicto socioambiental. Aquí ya se aprecian los límites del concepto y su necesidad de apoyarse en disciplinas como la sociología del derecho<sup>1375</sup>.

Sin embargo, un detalle poco tratado sobre los conflictos desde el derecho ambiental es su naturaleza cultural. A la dimensión ecológica o ecosistémica y su carácter social, se suma un componente o elemento cultural que muchas veces define el contenido del conflicto.

Se verá primero la dimensión ecológica y social del conflicto ambiental, para luego comprender su naturaleza cultural. Para ello, debe recurrirse a la definición de conflicto ambiental que presenta la Universidad del Rosario en Colombia, sistematizado en los siguientes términos:

¿Qué es un conflicto ambiental?: se identifican como conflictos ambientales [...] las controversias de información, intereses o valores entre al menos dos grupos independientes, referidas a cuestiones relacionadas con el acceso, disponibilidad y calidad de los recursos naturales y de las condiciones ambientales del entorno que afectan la calidad de vida de las personas<sup>1376</sup>.

La definición citada muestra el alcance de la dimensión ecológica o ecosistémica del concepto de conflicto ambiental. Se trata de una controversia de dos partes (al menos dos grupos independientes) sobre asuntos ecológicos o ecosistémicos que se sintetizan en dos aspectos: el uso de los recursos naturales y las condiciones de calidad de vida de las personas.

1375 La teoría sociojurídica sobre el conflicto en: GERMÁN SILVA GARCÍA. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 11, n.º 22, 2008, pp. 29 a 43, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2506>].

1376 UNIVERSIDAD DEL ROSARIO - PROGRAMA DE DIVULGACIÓN CIENTÍFICA. “¿Qué es un conflicto ambiental?”, Territorios indígenas afectados por los conflictos ambientales, Fascículo Interactivo 12, 2008, disponible en [<https://repository.urosario.edu.co/items/f3e33e81-3e62-4ebb-bb63-3e7ab910a006>]. Siguiendo este contenido, se puede revisar la obra de BEATRIZ LONDOÑO TORO, GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ y GIOVANNI HERRERA CARRASCAL. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

Los recursos naturales son bienes objetivos que pueden ser calculados o medidos técnicamente y, con ello, ingresar así a la discusión o debate de los intereses de las personas en el conflicto. Mientras que las condiciones de calidad de vida son bienes subjetivos, muy difíciles de medir o calcular, cuyo valor depende de lo que MAX WEBER define como *sentido subjetivo* en su concepto de acción social de las personas o grupos de personas<sup>1377</sup>. El primer aspecto, de medida o cálculo de los recursos naturales, es posible realizarse a través de los métodos biológicos, geográficos, químicos, físicos o matemáticos; mientras el segundo aspecto, de valor de calidad de vida de las personas, se puede analizar a través de la situación existente de hecho o el modelo que es construido de un promedio de casos referidos a la conducta de los miembros de una sociedad<sup>1378</sup>.

Ambos aspectos se logran entender en una sociedad homogénea culturalmente: los recursos naturales se calculan o miden bajo un patrón común de la biología, la geografía, la química, la física o la matemática e, igualmente, se valoran con cierta certeza sociológica considerando el sentido subjetivo de las condiciones de calidad de vida que afectan a las personas.

No ocurre lo mismo cuando el conflicto ambiental pone en controversia a dos partes de culturas diferentes. Ello pasa normalmente, cuando una las partes afectadas en sus recursos naturales o en sus condiciones de vida se integra por pueblos originarios o comunidades de campesinos o grupos sociales de culturas diferentes<sup>1379</sup>. En estos casos, las medidas o cálculos de los recursos naturales y el valor de las

---

1377 Al respecto, revisar a MAX WEBER. *Economía y sociedad*, 3.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2016, pp. 139 y ss.

1378 Esta apreciación sigue al mismo WEBER en su definición de sentido subjetivo de la acción social. WEBER. *Economía y sociedad*, cit., p. 131.

1379 Ver, por ejemplo, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, en CARLOS ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y CAMILO PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2011, pp. 3 a 34; EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2012; En el mismo sentido, se puede revisar: RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA. “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en CARLOS ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y CAMILO PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2011, pp. 35 a 74.



condiciones de vida de las personas afectadas son estimados en forma diferente, sin posibilidad de una solución a corto plazo<sup>1380</sup>.

¿Cómo calcular biológica, geográfica, química, física o matemáticamente la relación de un cerro o montaña identificado como Apu (deidad andina) por un pueblo originario o indígena de los Andes sudamericanos, cuando en su subsuelo existe un yacimiento mineral de oro, cobre, litio o material raro que, a su vez, no le importa a dicho pueblo, pero sí al técnico profesional o funcionario público interesado en otorgar una concesión por dicho recurso mineral? Para el pueblo originario, el cerro o la montaña como recurso natural tiene un poder cosmogónico sin posibilidad de cuantía o cálculo; en tanto que, para el técnico profesional o funcionario público, dicho cerro o montaña se calcula o mide como recurso natural a partir de su contenido mineral ubicado en el subsuelo de dicho cerro o montaña<sup>1381</sup>.

1380 Existen muchos trabajos sobre el tema, y en particular, localizados en Latinoamérica. En una perspectiva latinoamericana se puede ver a IOKIÑE RODRÍGUEZ y HERNÁN DARÍO CORREA. “Lecciones, enfoques y retos en la transformación de conflictos socioambientales en América Latina. La experiencia del Programa CyC”, en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 23 a 102. En el mismo libro, se puede revisar las experiencias de Chile: CÉSAR PADILLA ORMEÑO y DIEGO LUNA QUEVEDO. “Conflictos mineros en Chile: poder económico versus poder social. El caso de Minera Los Pelambres”, en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 135 a 146; la experiencia de Bolivia en: MIRNA LIZ INTURIAS y MIGUEL ARAGÓN. “David y Goliath. Los Weenhayek y el Consorcio Petrolero Transierra, Bolivia”, en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 147 a 160.

1381 Un caso ilustrativo es el caso del Cerro Khapia en Puno, en el sur Andino del Perú. Producto de las protestas por el conflicto minero, las autoridades del Estado tuvieron que declarar el cerro patrimonio cultural, confirmando el carácter de deidad del cerro en la población. Ver: “Declaran al Cerro Khapia en Puno como Patrimonio Cultural de la Nación”, *Andina. Agencia Peruana de Noticias*, 19 de mayo de 2011, disponible en [<https://andina.pe/agencia/noticia-declaran-al-cerro-khapi-puno-como-patrimonio-cultural-de-nacion-359432.aspx>]; Ver las protestas relacionadas con el cerro Khapia y

En el mismo sentido, la reflexión sobre el aspecto de las condiciones de vida puede tener el mismo análisis. ¿Cómo entender el uso y reclamo de un extenso territorio, de 14.000 Has (140.000.000 m<sup>2</sup>) a favor de una comunidad de un pueblo originario o indígena de la Amazonía sudamericana que solo tiene 100 personas como miembros<sup>1382</sup>, cuando la asignación de un terreno de una o dos hectáreas (20.000 m<sup>2</sup>) por familia podría ser más que suficiente para que vivan cómodamente según la perspectiva de un asentamiento rural fronterizo con lo urbano? Es más, para quienes viven en un espacio urbano, probablemente con 200 m<sup>2</sup> o menos se podría vivir cómodamente con la familia (de cuatro o cinco miembros). Sin embargo, ello no ocurre así en el caso de una familia de un pueblo originario cuyas condiciones de vida son absolutamente diferentes: requieren de un bosque extenso cerca de su comunidad para que se desarrollen los animales, las plantas, los árboles y los ecosistemas que les proveen de alimentos, recursos de ferretería y bienes de intercambio; requieren de un río (sin contaminación de residuos de la actividad petrolera) en el que se reproduzcan los peces que les proveen de proteína; requieren de una pequeña parcela para su agricultura familiar que, a su vez, rotan periódicamente; y requieren de un pequeño espacio para construir su vivienda. Una persona que se ha desarrollado en un espacio social de cultura urbana no puede comprender, y menos, aceptar, el valor de estas condiciones de vida que identifican a una persona de las comunidades amazónicas.

---

otros conflictos mineros en la región de Puno en: “Puno: 10 mil pobladores marchan contra concesiones mineras”, *SPDA Actualidad Ambiental*, 24 de mayo de 2011, disponible en [<https://www.actualidadambiental.pe/puno-10-mil-pobladores-marchan-contr-concesiones-mineras/>]. En el mismo sentido, son cientos de casos semejantes que se conocen en América Latina en relación con las deidades identificadas en un recurso natural por los pueblos originarios.

- 1382 Al respecto, se puede ver el caso de la comunidad Musa Karusha, del pueblo originario Kandozi o Candoshi de la Amazonía peruana. Trabajo de campo del autor, 2010-2015. Los datos son aproximados. Sobre el pedido de reconocimiento del territorio de los pueblos originarios de la provincia Datem del Maraón, donde se encuentra el pueblo Kandozi, puede verse la página web de su gremio indígena Corpi-San Lorenzo [<https://www.corpi.org>] y en forma especial la propuesta de territorio integral de la organización Corpi-San Lorenzo en la página web de Territorio Indígena y Gobernanza [[https://www.territorioindigenaygobernanza.com/web/per\\_13](https://www.territorioindigenaygobernanza.com/web/per_13)].

De otro lado, el carácter social del conflicto ambiental también es destacado por la Universidad de Rosario en el desarrollo de la definición que presenta así:

Los conflictos ambientales involucran a las autoridades encargadas de otorgar las autorizaciones para la realización de los proyectos, además de las comunidades y organizaciones locales, a los pueblos indígenas, a las comunidades negras, a los dueños de los proyectos (empresas), a las organizaciones no gubernamentales e incluso a los grupos al margen de la ley. El conflicto ambiental se encuentra presente en las personas y comunidades. Está referido a la realización de proyectos y a la utilización de los recursos. Implica enfrentamientos por el acceso a los recursos naturales, su uso y su distribución. Este fenómeno además de ser social es también político y comprende aspectos relacionados con el espacio, el territorio y la población que en él habita<sup>1383</sup>.

En esta parte de la definición del conflicto ambiental, sistematizada por la Universidad de Rosario, el foco de atención está constituido por las personas o los actores de la controversia. De un lado, aparecen las autoridades encargadas de otorgar las autorizaciones de proyectos relacionados al uso de los recursos naturales y que tienen efecto en las condiciones de vida de una población, y así mismo aparecen los dueños de los proyectos, que son propiamente empresas interesadas en explotar el recurso natural. De otro lado, concurre la población que sufre los efectos del proyecto o de las autorizaciones concedidas, siendo identificada esta población como comunidad indígena u originaria, afrodescendiente, organización local u otra semejante. En el mismo sentido, se suman los miembros de organismos no gubernamentales y personas que, de modo eventual, podrían estar bajo condiciones de ilegalidad. El gráfico es aproximadamente el siguiente.

1383 UNIVERSIDAD DEL ROSARIO - PROGRAMA DE DIVULGACIÓN CIENTÍFICA.  
“¿Qué es un conflicto ambiental?”, cit.

PARTE A	VS	PARTE B
Autoridades gubernamentales.		Población local organizada.
Empresas privadas o sus representantes.		Comunidades indígenas, afrodescendientes.
Organismos no gubernamentales.		Organismos no gubernamentales.
Personas al margen de la ley.		Personas al margen de la ley.

A partir de esta definición de las partes, el conflicto adquiere su carácter social (y político), según el mismo texto citado. El proceso de desarrollo del conflicto sigue una determinada actuación de las partes. La empresa autorizada accede y dispone de recursos naturales que se encuentran en el ecosistema de una población local organizada, una comunidad indígena o una población afrodescendiente produciendo malestar en estas, y sumando como parte del conflicto el tema del territorio o el espacio geográfico que ocupa la población local o comunidad alterada. En este contexto, también se suman los organismos no gubernamentales y grupos “al margen de la ley” que pueden participar en uno u otro lado de las partes del conflicto. Las autoridades del Estado también están presentes, las cuales, aunque teóricamente se ubican en una posición neutral, en la práctica se inclinarán a favor de una u otra parte dependiendo de su situación o su posición política<sup>1384</sup>.

Bajo esta descripción, el conflicto se torna social. La sociología jurídica, o la sociología en general, ayudan a observar el contenido del conflicto ambiental para definirlo. Esto significa que lo ambiental es desbordado, requiriendo de un análisis sociológico de los actores que participan en el conflicto para ser comprendido y, de ser posible, resuelto. El contenido ecosistémico o ecológico de lo ambiental resulta limitado frente a la posición de los actores sociales, por ejemplo, que

1384 El esquema planteado es común de numerosos casos analizados y criticados sobre el conflicto ambiental. Ver, por ejemplo, PAOLA BOLADOS. “Los agobios del extractivismo minero y agroexportador en Chile”, *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/los-agobios-del-extractivismo-minero-y-agroexportador-en-chile/>]; CARLOS LORENZO LANGBEHN y MARIANA ANDREA SCHMIDT. “Bosques y extractivismo en la Argentina”, en *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, pp. 88 a 95; Desde una perspectiva histórica, el esquema incluso se puede rastrear siguiendo a HORACIO MACHADO ARÁOZ. “Potosí y los orígenes del extractivismo”, *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, pp. 36 a 43.

lo aceptan o no, sin entender su contenido técnico sino práctico. De ahí que el conflicto ambiental se transforme, en su real dimensión, como un conflicto socioambiental.

El conflicto socioambiental es un conflicto de actores sociales, de intereses de actores sociales que llevan a desbordar el contenido técnico ambiental. En un inicio, el derecho ambiental no comprendía este carácter social en el conflicto. Lo procesaba en forma secundaria, como algo posible de ser, superado a partir de los informes técnicos de cada una de las partes en conflicto. Al conocerse los efectos de estos informes y la actuación de las partes, esa perspectiva cambió. A pesar de los informes técnicos, la población afectada podía producir protestas que terminaban con cientos de heridos y personas muertas paralizando las acciones privadas y públicas involucradas. Es así como el derecho ambiental sumó su concepción sobre los daños, junto al desarrollo de un particular modelo de gestión para una mayor comprensión y resolución de los conflictos, pero su resultado también tuvo muchas limitaciones como se verá más adelante.

La definición citada también incluye el carácter político del conflicto. Sin embargo, lo político está incluido en la índole social. Esto último se aprecia porque lo social supone relaciones de poder, confrontación radical de las partes, paralizaciones, protestas, heridos y hasta muertes que envuelven lo político. Supone también el tema de la corrupción que puede existir en los funcionarios públicos o privados, o en el partido político que dirige el gobierno del Estado cuando autoriza un proyecto de inversión en forma favorable a una persona, entidad o empresa determinada. Todo ello terminará en una intervención de los órganos políticos y en la aplicación de decisiones políticas (por ejemplo, la suspensión del proyecto de inversión aceptando los pedidos de la población reclamante o la continuidad del proyecto a pesar de la violencia), pero esto no será sino un efecto dado que no se encuentran en la causa u origen del conflicto.

Sin embargo, en esta situación socioambiental del conflicto está presente otra característica que puede desbordar lo social en su origen y en los efectos: lo cultural. A lo comentado de modo inicial sobre la posibilidad de entender de manera culturalmente diferente, la medida o cuantía de los recursos naturales y el valor de las condiciones de vida, en esta parte del análisis del conflicto ambiental esa variable se confirma y, dependiendo de las partes que participan en el conflicto, puede pasar a ser preponderante. Esta nueva situación ocurre por la identidad cultural o étnica que caracteriza a una de las partes.

Tratándose de comunidades indígenas, afrodescendientes o grupos organizados campesinos, su identidad cultural es la que orienta en forma particular o diferente la cuantía o medida de los recursos naturales y el valor del costo de vida que está presente en el conflicto socioambiental<sup>1385</sup>. Una comunidad amazónica como la de los Ashuar en la frontera de Perú con Ecuador, por ejemplo, tiene poco interés por medir o cuantificar el petróleo que yace en el subsuelo de su territorio y, en el mismo sentido, otorgará poco valor a las comodidades que puede ofrecer una empresa petrolera para que su población se desplace a un campamento confortable (de acuerdo con una concepción urbana) construidos para ellos. De manera contraria, a la comunidad le interesa con prioridad su medio, la naturaleza integrada por los ríos, lagos, bosques y pequeñas parcelas que les sirve para su agricultura de panllevar<sup>1386</sup>.

A ello se suma el tema cosmológico de lo cultural. Cada grupo humano tiene sus propias deidades, y cuando tratamos de comunidades indígenas u originarias, tenemos que ser aún más comprensivos en tanto se trata de pueblos que precedieron al Estado. Un bosque pue-

---

1385 En países como Colombia, la situación se agrava cuando, además, los líderes sociales, en especial, ambientales o relacionados con la recuperación de tierras despojadas son asesinados. PABLO ELÍAS GONZÁLEZ MONGUÍ, GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Estigmatización y criminalidad contra defensores de derechos humanos y líderes sociales en Colombia”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 37, 2022, pp. 143 a 161, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/810>].

1386 Los Ashuar del norte de Perú y del sur de Ecuador rechazaron propuestas de empresas petroleras en los años 1990, al igual que los Kandozi y otros pueblos amazónicos originarios, a pesar de la insistencia. Ello basado en experiencias de derrames que les resultaron perjudiciales. Ver al respecto a CORPI-San Lorenzo, gremio de las comunidades amazónicas en las que integran los Ashuar y Kandozi. [<http://www.aidesep.org.pe/node/13>]. Ver también un estudio previo en GUSTAVO A. RODRÍGUEZ. “Petróleo y conflictos socioambientales: el caso de Pastaza, bloque n.º 10”, Ponencia presentada en el *XXI International Congress Chicago*, LASA, 1998, p. 26; Un caso de características similares que llegó a dirimirse ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos es el que corresponde a la comunidad Kichwa de Sarayaku, cuya sentencia data del 2012, cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)].

de ser un santuario de una comunidad amazónica, como un cerro o una montaña puede ser la deidad que cuida y protege a la comunidad andina. En cualquiera de los dos casos, la comunidad defenderá con su vida el bosque o la montaña, amparada en su identidad cultural o étnica, sin importarle en la práctica la decisión política, la decisión judicial, el informe ambiental o la presencia de las fuerzas del orden del Estado<sup>1387</sup>. La cuantía del recurso natural y la valorización de las condiciones de vida de la comunidad, dependen de esta naturaleza cultural que lleva a desbordar el carácter socioambiental del conflicto.

Bajo esta apreciación, podemos notar lo limitado que se encuentra el derecho ambiental frente a sus propios conflictos. Sin embargo, puede irse a algunos detalles adicionales que complican aún más la situación del derecho ambiental, como es el caso de los recursos naturales tratados a continuación.

---

1387 Casos como los señalados han sido frecuentes en todo el continente americano, tras la caída del muro de Berlín (1989) en que las inversiones capitalistas volvieron a los países en desarrollo para explotar sus recursos naturales. Dos ejemplos que grafican estos conflictos son los casos de El Baguazo y el Aymarazo ocurridos en el Perú. El Baguazo fue protagonizado en la Amazonía del Perú en 2009 (aunque sus antecedentes se remontan a años previos) con enfrentamientos que produjeron la muerte de decenas de personas entre miembros de los pueblos originarios e integrantes de las fuerzas del orden. Ver al respecto, JESÚS MANACÉS VALVERDE y CARMEN GÓMEZ CALLEJA. *Informe en minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua*, Lima, Gobierno del Perú y Organizaciones Indígenas, Lima, 2010, disponible en [<https://www.yumpu.com/es/document/view/17593870/informe-en-minoria-de-la-comision-especial-para-investigar-y->]. El Aymarazo, de otro lado, corresponde a protestas que ocurrieron en la región sur Andina de Puno en 2011 (dos años después de El Baguazo), con paralizaciones de ciudades y varios muertos. Ver al respecto, HONORIO PINTO HERRERA. “Conflicto minero en Santa Ana (Puno)”, *Investigaciones Sociales*, vol. 17, n.º 31, 2013, pp. 207 a 220, disponible en [<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/view/7909>]; Ver también, “El aymarazo - criminalización de la protesta en Perú”, *Terra Justa*, disponible en [<https://terra-justa.org/es/el-aymarazo-en-peru/>].

### III. LA DISCUSIÓN SOBRE EL MEJOR DERECHO SOBRE LOS RECURSOS NATURALES

¿A quiénes pertenecen los recursos naturales?, ¿quiénes tienen la titularidad para disponer, conceder, explorar o explotar los recursos naturales?, son preguntas históricas y complejas que, como se ha visto a partir del concepto de conflicto ambiental, no hay una respuesta clara o directa desde el derecho ambiental.

Desde una perspectiva histórica, las preguntas citadas tienen una respuesta normativa a partir de las relaciones de poder y el control del Estado de cada país. En la historia de los países latinoamericanos, la respuesta normativa tiene su origen en la conquista y colonización europea, española y portuguesa en particular. En el resto del mundo, la historia no ha sido diferente pues también experimentaron distintas formas de coloniaje o vasallaje.

En países independientes y autónomos, hoy, las constituciones políticas definen la titularidad sobre los recursos naturales. Son las constituciones políticas como normas supremas en el sistema jurídico del Estado las que regulan quién o quiénes son los titulares o facultados para disponer, transferir o reivindicar el derecho sobre los recursos naturales.

Así, dentro del grupo de países de origen europeo continental, identificados con la familia o tradición jurídica de derecho civil<sup>1388</sup>, las constituciones políticas establecen normalmente que, dentro del territorio del Estado, los recursos naturales son regulados como un derecho de propiedad y de dominio público. Conforme a las constituciones de países republicanos como Perú, como una muestra de los países latinoamericanos, y España, inscritos en la familia o tradición jurídica del derecho civil (diferente a la anglosajona), se lee lo siguiente: “Los recursos naturales, renovables y no renovables son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento” (parte inicial del art. 66, Constitución Política del Perú de 1993)<sup>1389</sup>. “Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo

1388 Sobre el concepto de familia o tradición jurídica, ver JOHN HENRY MERRYMAN. *La tradición jurídica romano-canónica*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1989, pp. 17 y ss.

1389 Ver “Constitución Política del Perú de 1993”, *Diario Oficial El Peruano*, de 30 de diciembre de 1993, disponible en [<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/constitucion/cons1993.htm>].



caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental” (2.º párr. del art. 132, Constitución española de 1978)<sup>1390</sup>.

Conforme a esta regulación, cabe precisar algunas características, dudas y definiciones previas de las normas para su mayor comprensión o interpretación. Un análisis socio-jurídico ayuda a aclarar estos aspectos, sintetizándolos en tres puntos que destacan en las normas citadas: a) La clasificación de los recursos naturales como renovables y no renovables; b) La identificación de los recursos naturales como patrimonio de la nación o bienes de dominio público; y c) El concepto de Estado en su relación con los recursos naturales. Veámoslos a continuación.

*a) La clasificación de los recursos naturales como renovables y no renovables*

Aunque en el mismo derecho ambiental es discutible esta clasificación<sup>1391</sup>, es la más aceptada.

Un recurso natural es aquel que se obtiene de la naturaleza o del medio natural. Es un elemento de la naturaleza, pero que tiene utilidad humana. Esta utilidad humana es la que orienta la clasificación de renovable o no renovable del recurso natural.

Así, un recurso natural es renovable cuando en su utilidad humana no destruye su fuente de origen: por ejemplo, el agua, se usa y consume momentáneamente, pero luego vuelve a su ciclo de existencia. Por el contrario, un recurso natural es no-renovable cuando al utilizarse se destruye su fuente de origen. Por ejemplo, el petróleo, que proviene de procesos fósiles en su elaboración, al ser usado en sus distintas formas (como combustible o materia prima de productos domésticos o industriales) se pierden o transforma en la atmósfera sin recuperarse (ocasionando más bien un daño mayor, como es la contaminación del aire y el calentamiento global).

1390 Ver “Constitución Española de 1978”, *Boletín Oficial del Estado* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>].

1391 Ver, por ejemplo, CARLOS ANDALUZ WESTREICHER. *Manual de derecho ambiental*, Lima, Proterra, 2006, p. 42.

### *b) El recurso natural como patrimonio de la nación o bien de dominio público*

¿Qué es un patrimonio de la nación o un bien de dominio público? Al incluir el término patrimonio o bien, se define un derecho de propiedad o de dominio en relación con un sujeto que pasa a ser el titular de ese derecho. Pero, al sumar los términos nación o de dominio público, se define un derecho diferente, más amplio o general, orientado a lo que conocemos como de naturaleza pública, de modo usual empleado en el ejercicio del derecho del conjunto de personas o ciudadanos de un país.

Los recursos naturales son de naturaleza pública porque no se identifica a un titular específico sobre sus derechos de disposición, transferencia, uso, disfrute o reivindicación. La norma al identificar como titular a la nación o al dominio público, no identifica a alguien específico: la nación o el dominio público son todos, pertenece a todos. Sin embargo, esta apreciación también puede conducir a su contrario: como los recursos naturales son de todos, también son de nadie, dado que ninguno es titular específico.

Esta contradicción es de modo particular útil en países latinoamericanos o africanos, donde el proceso de conformación de una nación está aún en proceso. La naturaleza de lo público respecto a los recursos naturales es superficial o débil, conduciendo a muchos problemas (como el de la corrupción al asignar el uso o explotación de los recursos naturales) y haciendo aún más complejo el debate.

En países europeos, donde el concepto de nación se consolidó, el contenido de los recursos naturales como bienes públicos tiene una mayor aceptación por país o, incluso, por grupo de países como hoy constituye la Unión Europea. Pero, de igual manera, el tema no deja de ser discutible dada la escasez de recursos naturales en su territorio.

### *c) El Estado y su relación con los recursos naturales*

El Estado, como representante político de todas las personas de un país o del interés público, aparece como el soberano, titular o representante del ejercicio del derecho de propiedad de los recursos naturales renovables y no renovables. Pero, ¿qué es el Estado?

El Estado es un concepto abstracto, construido históricamente en países europeos para controlar y ejercer el poder político y brindar garantía de servicios y seguridad a las personas. Bajo este concepto, se configuran tres poderes clásicos conocidos como poder legislativo, poder ejecutivo y poder judicial, siendo el poder ejecutivo el que, luego de la elección de personas que asumen su cargo, ejercen las deci-

siones de gobierno, y por tanto, también de soberanía de los recursos naturales renovables y no renovables.

El concepto de Estado es complejo cuando se carece de una nación que lo identifique, como ocurre en países latinoamericanos (como fue adelantado) pero también en países africanos, sin dejar de ocurrir lo mismo en otros países del mundo. Al haber copiado el concepto de Estado de Europa, su composición y comprensión aún es débil: se encuentra en construcción o en un largo proceso de aceptación por el conjunto de personas de un país. Esta debilidad se aprecia en la falta de fortaleza de sus instituciones gubernamentales que pueden llegar a ser controladas o manipuladas por grupos de poder económico (como ocurre en la mayor parte de países latinoamericanos). Si el Estado es débil en estos países, su poder ejecutivo es más débil aún, y su ejercicio de poder sobre los recursos naturales lo es más aún.

Teniendo en cuenta la explicación teórica previa, no es difícil volver a la pregunta inicial: ¿a quién pertenece los recursos naturales, sean renovables y no renovables?

Tomando como base la legislación de países latinoamericanos y su matriz española o portuguesa citadas con anterioridad, normativamente hablando los recursos naturales pertenecen o son de propiedad de la nación o del interés público del país, el mismo que ejerce sus derechos de propiedad a través del Estado o, más precisamente, a través de las personas elegidas en el poder ejecutivo del Estado. Son estas personas las que al constituirse en autoridades del Estado ejercen las decisiones de gobierno y soberanía, a nombre de la nación, sobre los recursos renovables y no renovables.

Pero, en un análisis sociológico del derecho, cabe preguntar: ¿quiénes son finalmente aquellas personas elegidas en el Estado para ejercer las decisiones de gobierno y soberanía sobre los recursos naturales renovables y no renovables? ¿Aquellas personas representan a la nación o a las distintas naciones de cada país?

Al considerar la experiencia latinoamericana y, probablemente, la de la mayoría de los países del mundo como hemos indicado, es muy difícil sustentar una representación Estatal en base a una na-

ción por país<sup>1392</sup>. Al tenerse Estados débiles<sup>1393</sup> y naciones en construcción o en desarrollo, es más bien claro sustentar la existencia de un pluralismo jurídico<sup>1394</sup>.

En primer lugar, la nación no es una, sino tres, 10, 70, 100 o más en un solo país. La presencia de diversos grupos étnicos en cada país lleva a este debate. En el caso de Brasil, al menos se identifican 305 grupos étnicos diferentes en su Amazonía, y en forma adicional, 100 grupos étnicos en aislamiento voluntario o sin contacto inicial<sup>1395</sup>, lo que lleva a una pluralidad de naciones no reconocidas. Algo semejante ocurre en países como Perú, donde más de 50 grupos étnicos son identificados en la Amazonía y dos grandes grupos étnicos son identificados en los Andes, además de los grupos étnicos en aislamiento voluntario o sin contacto inicial que suman 20, y los diversos grupos migrantes afrodescendientes y asiáticos que llegaron tras el período de conquista y coloniaje español<sup>1396</sup>.

1392 Ver, por ejemplo cuando trata la ecología política: GERMÁN A. PALACIO C. “Breve guía de introducción a la ecología política (Ecopol): Orígenes, inspiradores, aportes y temas de actualidad”, *Gestión y Ambiente*, vol. 9, n.º 3, 2006, pp. 7 a 20, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/49672>].

1393 En países con presencia de actores armados ilegales que suplen al Estado, se agrava el panorama. Al respecto, BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Multidimensional security, ‘ungoverned areas’ and non-state actors”, *The Calgary Papers in Military and Strategic Studies*, n.º 9, Occasional Paper Number 9: Latin American Security: Canadian and International Perspectives, 2013, pp. 147 a 166, disponible en [<https://journalhosting.ucalgary.ca/index.php/cpmss/article/view/36354>]; Sobre la debilidad del Estado en Venezuela y otros países latinoamericanos, ROGELIO PÉREZ PERDOMO. “Estado de naturaleza, anomia y derecho. Una reflexión desde América Latina”, *Dikaosyne*, año XX, n.º 32, 2017, pp. 71 a 95, disponible en [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/44132>].

1394 Sobre el concepto de pluralismo jurídico, se puede consultar a ANTONIO CARLOS WOLKMER. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018; JOHN GRIFFITHS. “What is legal pluralism?”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n.º 24, 1986, pp. 1 a 55; SALLY ENGLE MERRY. “Legal pluralism”, *Law & Society Review*, vol 22, n.º 5, 1988, 869 a 896; SALLY FALK MOORE. *Law as a process. An anthropological approach*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978; MASAJI CHIBA. “Three dichotomies of law in pluralism”, *Tokai Law Review*, n.º 1, 1987, pp. 171 a 180.

1395 Ver ASOCIACIÓN INTERNACIONAL SURVIVAL. “Los indígenas de Brasil”, disponible en [<https://www.survival.es/indigenas/brasil>].

1396 MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ. “Base de datos de pueblos indígenas

Esta pluralidad de naciones en un país, lleva a debilitar la idea de un Estado-nación, haciéndolo ineficaz y falso para dichos contextos. Las personas elegidas como parte del Estado-nación para gobernar y ejercer soberanía sobre los recursos naturales resultan ajenas a dicha pluralidad de naciones y, por tanto, sus acciones de gobierno y soberanía son ilegítimas. El problema se agudiza cuando grupos de poder económico o de otro tipo controlan los procesos electorales y la elección de candidatos, asegurando partidarios en los cargos públicos, generando con posterioridad la asignación indebida de los títulos sobre los recursos naturales y terminando en formas de corrupción que deslegitiman más el Estado<sup>1397</sup>.

Este es un problema muy serio normalmente no reflexionado en el derecho ambiental. El origen de la titularidad de los recursos naturales es un tema central en el contenido del derecho ambiental, pero no ha sido asumido teniendo en cuenta la realidad de cada país o la de sus poblaciones o grupos étnicos diversos que lo integran<sup>1398</sup>. Se omite el

---

u originarios”, disponible en [<https://bdpi.cultura.gob.pe/>]. La experiencia peruana y la diversidad de grupos sociales con sus propios derechos y conceptos de justicia, se puede consultar en: ANTONIO PEÑA JUMPA. *Justicia comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1998, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181726>]; ANTONIO PEÑA JUMPA. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*, Bogotá, ILSA, 2004, disponible en [<https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/10/Eclvs06-00.pdf>]; Una experiencia particular que muestra la complejidad de esta diversidad, en la que interactúa el derecho con el ecosistema y la cultura identificando “castigos de la naturaleza como consecuencia de actos humanos”, puede consultarse en: ANTONIO PEÑA JUMPA. “Castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos: reflexiones a partir de la experiencia de los aymaras del sur Andino”, en PIERRE FOY VALENCIA (ed.). *Derecho y ambiente: nuevas aproximaciones y estimativas*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001, pp. 121 a 135, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/192224>].

1397 Sobre la corrupción estatal, fundada en un sistema clientelista que cobra prebendas a cambio de “favores” en la administración, GERMÁN SILVA GARCÍA. “Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 edición especial, 2019, pp. 12 a 49, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32306>].

1398 En el reconocimiento de la propiedad sobre la tierra de comunidades indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha jugado un papel

pluralismo jurídico, que históricamente ha estado presente en estos países y que en su naturaleza puede encontrarse la mejor comprensión de los conflictos ambientales que con anterioridad han sido comentados.

Una solución inicial a este problema, consiste en reconocer la pluralidad de naciones y constituir un Estado plural que las represente. Esta aparente solución no ha sido fácil de aceptar y aún es tema de debate en el derecho constitucional de los países con población diversa. Se justifica una supuesta dificultad del gobierno central para gestionar esta diversidad y se destaca un temor de división nacional que afectaría el acceso a un desarrollo igual de todas las personas. Se persiste en imponer una homogeneidad “buena” (aplicable al mejor uso de los recursos naturales) sin reconocer que en cada grupo étnico o nación diferente también hay ideas “buenas” (más cercanas a un uso sostenible de los recursos naturales) que conocen históricamente.

Una solución socio-jurídica sobre la titularidad de los recursos naturales para países como los latinoamericanos, sería reconocer que dichos recursos pertenecen a los propios colectivos, esto es, a quienes los poseen. Ello significa que los recursos naturales son de toda persona, manteniendo su carácter de patrimonio de la nación o dominio público, pero a través de sus colectivos que poseen hoy y en una relación histórica dichos recursos naturales<sup>1399</sup>. Teniendo en cuenta esta premisa, los diversos grupos étnicos de un país latinoamericano que poseen recursos naturales son titulares de estos. Aunque es una premisa por desarrollar, es un punto de partida frente a la ilegitimidad antes comentada.

Un sustento adicional brota de una perspectiva socio-antropológica-jurídica. El concepto de pluralismo jurídico ha sido profundizado desde la antropología jurídica para reconocer con amplitud la naturaleza cultural de cada grupo social o étnico. Este reconocimiento asegura una mayor comprensión de los conflictos socioambientales

---

innovador y avanzado, cfr. TANIA GIOVANNA VIVAS BARRERA, GABRIEL ALEJANDRO QUINTERO SÁNCHEZ y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Propiedad colectiva de la tierra y movimiento indígena en América Latina”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 esp., 2019, pp. 1.323 a 1.354, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32340>].

1399 En esta perspectiva, se suele sustentar la existencia de un nuevo orden jurídico bajo un neoconstitucionalismo andino, por ejemplo, ver al respecto: RAMIRO ÁVILA SANTAMARÍA. *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Huaponi Ediciones, 2016.

como antes fueron referidos, y hace posible en especial el desarrollo de un Estado representativo de su diversidad. Con ello, la titularidad de los recursos naturales puede entenderse más cerca de la población o de los pueblos originarios en particular, quienes a su vez aparecen como protectores históricos de su riqueza.

Este punto de partida sobre la titularidad de los recursos naturales, influye en los temas del daño y la gestión ambientales, que a continuación se analizarán.

#### IV. IDENTIFICACIÓN DEL DAÑO AMBIENTAL EN SUS CAUSAS Y EFECTOS

El derecho ambiental se ha desarrollado regulando el daño ambiental. De ahí que uno de los temas centrales en el derecho ambiental es definir lo que debe entenderse por daño ambiental. Aunque en un inicio el derecho ambiental destacó otras denominaciones, como “impacto ambiental”<sup>1400</sup>, “degradación ambiental” o “contaminación ambiental”<sup>1401</sup>, el conjunto de estas denominaciones puede incluirse hoy en el concepto general de “daño ambiental”.

¿Qué es el daño ambiental?, ¿cómo se caracteriza en sus causas y efectos?, ¿cómo analiza la sociología del derecho el daño ambiental? En las siguientes líneas se tratará de resolver estas preguntas.

La doctrina del derecho ambiental distingue entre daño ambiental personal y daño ecológico<sup>1402</sup>. El daño ambiental personal, corresponde al concepto clásico de daño donde una persona o su patrimonio recibe los efectos o perjuicios de dicho tipo de daño y puede iniciar un reclamo para reponer la situación previa a dichos efectos o compensar los perjuicios personales. El daño ecológico se refiere a un daño pura-

1400 Ver al respecto: MARIO F. VALLS. *Derecho ambiental*, 3.<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016, pp. 13 y ss.; En forma sintética, también MARIO F. VALLS. “Pasado, presente y futuro del derecho ambiental”, *Voces en el Fénix*, vol. 1, n.º 2, 2010, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/entre-el-dicho-y-el-hecho-pasado-presente-y-futuro-del-derecho-ambiental/>].

1401 ANDALUZ WESTREICHER. *Manual de derecho ambiental*, cit., pp. 60 y 61.

1402 FRANCISCO JAVIER RIVERA OLARTE. “Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico”, *DIXI*, vol. 19, n.º 25, 2017, pp. 83 a 103, disponible en [<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1823>].

mente ambiental, donde la causa es del ambiente y los efectos ocurren en el ambiente también sin que intervenga la persona o sin que esta sufra sus efectos. Dada esta primera diferencia, para continuar con el análisis corresponde focalizar aquellos daños en los que participa la persona y, por ello, el tema que corresponde examinar se focaliza en la primera definición: el daño ambiental personal.

Siguiendo la teoría del daño, el concepto de daño ambiental personal ha sido reflexionado por sus efectos. Así, de acuerdo con el profesor CARLOS DE MIGUEL PERALES<sup>1403</sup>, citado por RIVERA OLARTE<sup>1404</sup>, se tiene la siguiente aproximación:

Es aquel sufrido por una persona determinada, en su propia persona, como consecuencia de la contaminación de algún elemento ambiental (por ejemplo, intoxicación por haber bebido agua de una fuente contaminada por una industria), o en sus bienes, cuando estos forman parte del medio ambiente (un bosque, por ejemplo) o cuando resultan dañados como consecuencia de agresión al ambiente<sup>1405</sup>.

Complementando esta definición, se suman como características específicas las causas y los efectos del daño ambiental. Al respecto, MICHAEL PRIEUR<sup>1406</sup>, citado por el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA–<sup>1407</sup>, realiza una explicación detallada sobre el tema, sosteniendo lo siguiente:

Las consecuencias perjudiciales de un atentado al medio ambiente son irreversibles (no se reconstruye un biotipo o una especie en vías de extinción); ellas están con frecuencia vinculadas a los progresos tecnológicos; la contaminación tiene efectos acumulativos y sinérgicos que hacen

1403 CARLOS DE MIGUEL PERALES. *De la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1994.

1404 RIVERA OLARTE. “Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico”, cit., pp. 89 y ss.

1405 DE MIGUEL PERALES. *De la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, cit., p. 8.

1406 MICHEL PRIEUR. *Droit de l'environnement*, 2.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 1991.

1407 Ver Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA–, “El acceso a la justicia ambiental en América Latina”, México, 2000.



que ellas se sumen y se acumulen entre sí; la acumulación de daños a lo largo de la cadena alimenticia puede tener consecuencias catastróficas (enfermedad de Minamata en Japón); los efectos del daño ecológico se pueden manifestar más allá de la vecindad (efectos aguas abajo de una contaminación de las aguas lluvias ácidas debido al transporte a través de la atmósfera y a larga distancia de anhídrido sulfúrico); son daños colectivos por sus causas (pluralidad de autores, desarrollo industrial, concentración urbana) y sus efectos (costos sociales); son daños difusos en su manifestación (aire, radiactividad, contaminación de aguas) y en el establecimiento de la relación de causalidad; repercuten en la medida en que ellos implican primero un atentado a un elemento natural y por rebotes a los derechos de los individuos [las ideas en la frase citada han sido separadas para una mejor comprensión]<sup>1408</sup>.

De acuerdo con los conceptos citados, el daño ambiental repercute en la persona y en la humanidad. De un lado, es posible identificar el daño a nivel de la persona y su patrimonio, y de otro, es posible identificar el daño en términos acumulativos y sinérgicos en perjuicio de las personas en general o la humanidad.

En ambos casos, las causas del daño pueden aparecer como colectivas (pluralidad de autores motivados por el desarrollo industrial o la concentración urbana) y difusos en su manifestación (se presenta en el aire, en la radioactividad, en la contaminación de aguas, etc.). Estas últimas características hacen difícil identificar a las personas causantes del daño.

Los efectos del daño también pueden ser plurales, más allá de individuales (los costos sociales), que también sufren los efectos difusos en su manifestación (aire, radioactividad, contaminación de aguas), y pueden ir más allá de la vecindad o las personas del entorno (efectos aguas abajo por la contaminación de aguas lluvias ácidas por su transporte en la atmósfera y los efectos a larga distancia del anhídrido sulfúrico).

En suma, se trata de un daño ambiental antrópico, que tiene sus causas normalmente en la persona o varias personas, y tiene su efecto en la persona o colectivo de personas también. Lo característico desde

el derecho ambiental, es que dicho daño puede ser difuso: el medio a través del que se produce o se traslada en sus efectos aparece en los recursos naturales de uso común y a veces invisible, como en el aire y el agua o en la radioactividad. Esto hace difícil el elemento prueba, que es fundamental para identificar a los causantes del daño.

Esto último nos permite ingresar al análisis socio-antropológico-jurídico del problema. Un primer punto de análisis, es justamente reflexionar sobre los límites del derecho ambiental para evaluar y controlar los actos humanos que producen el daño ambiental a través de medios difusos. Pero, desde allí, también interesa reflexionar sobre la situación de las personas que más sufren estos efectos y las personas más involucradas con sus causas.

Respecto a lo primero, el daño ambiental que se produce en forma difusa (daños a través del aire, agua, radioactividad), importa analizar la capacidad del derecho ambiental para precaver, prevenir, controlar y reparar dichos efectos. Aunque este punto está relacionado con la gestión ambiental, interesa resaltar aquí que, en caso en que sea difícil desde el derecho ambiental identificar a los responsables directos de los daños, es necesario construir una forma de responsabilidad extracontractual que identifique a todo potencial responsable<sup>1409</sup>.

Esto significa que, frente a esta forma de producción del daño, el razonamiento que se siga en la aplicación del derecho debe ser diferente. No se trata de adoptar la teoría clásica de responsabilidad individual aplicando el aforismo “quien es responsable, paga”, sino de pensar en alternativas reales identificando al grupo que es potencialmente responsable o distribuir la responsabilidad en todos como coautores. Por ejemplo, en el consumo de vehículos de transporte personal de tipo privado o público, se produce una inevitable contaminación del aire, difícil de identificar a sus causantes directos (más quienes conducen a diario), siendo necesario grabar de multas directas o indirectas o desincentivos en el uso de vehículos al conjunto de personas que utilizan los medios de transportes privados o públicos. Aquí, el derecho ambiental tiene como reto crear y recrear formas alternativas de enfrentar a la sociedad de consumo, pues aún lo hace tenuemente o no lo hace.

1409 Existen estudios desde la década de 1980, por los que se establece que suceden daños que deben ser asumidos por todos y, para ello, debe haber un seguro obligatorio universal. Si el daño no es intolerable, “el seguro obligatorio universal sería una alternativa”, FERNANDO DE TRAZEGNIES GRANDA. *La responsabilidad extracontractual*, 7.<sup>a</sup> ed., vols. I y II, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001, pp. 172 y ss.

Pero el daño ambiental difuso también puede tener a víctimas y causantes directos. Esto conduce al segundo punto de análisis de conformidad con la sociología del derecho y, en particular, desde la antropología jurídica. Frente al daño ambiental, por medios difusos, existen personas naturales y jurídicas que realizan actividades que producen ese daño, y así mismo, existen personas o grupos de personas que viviendo en el entorno sufren sus efectos directos sin que exista alguna forma de control ni reparación. Esta situación ocurre en forma particular en los casos de daños ambientales ocasionados por las actividades extractivas.

En los países y las regiones donde abundan los recursos naturales minerales, hidrocarburos o maderas, con frecuencia ocurre dicha situación. Los gobiernos están interesados en la explotación de dichos recursos para obtener mayores ingresos (que se inician en los tributos) y, por tanto, promocionan la presencia de capitales de inversión para que las empresas extractivas realicen dicha explotación. Al producirse la actividad extractiva alejada del control del gobierno, este se desentiende, dejando en la práctica a los sujetos a cargo de la actividad extractiva con poderes de estatales. Así, la empresa que llega a realizar la explotación de los recursos naturales tiene que suplir al Estado con el suministro de servicios públicos esenciales y provisión de bienes (agua, luz, educación, alimentación), y también puede producir conflictos a través de daños ambientales generados por sus actividades extractivas diarias (sin que exista una autoridad del sistema de justicia para controlarla)<sup>1410</sup>.

En este contexto es que el derecho ambiental tiene muchas limitaciones, que podemos entender como nuevos retos. El primero de ellos es participar en forma comprometida, desde la actividad privada y la pública, en la prevención de aquel daño. Lo segundo es asegurar la responsabilidad de la persona natural o jurídica (empresa) a cargo de la actividad extractiva para que sume, como garantía de su actividad, un fondo de reparación sobre el posible daño ambiental que puede gene-

1410 En adición a las experiencias previamente citadas, MARCELO SAGUIER. "Los conflictos socio-ambientales y la agenda internacional", *Voces del Fénix*, vol. 6, n.º 50, 2015, pp. 70 a 75, disponible en [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70316>]; ANA MARÍA VARA. "Protesta ambiental latinoamericana", *Voces en el Fénix*, vol. 1, n.º 2, 2010, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/recursos-naturales-en-disputa-protesta-ambiental-latinoamericana/>].

rar. Lo tercero es reconocer y valorar a las personas que sufren el daño, así como el medio o ambiente que también lo sufre con las actividades extractivas. Esto último genera un final comentario sobre el tema.

El derecho ambiental, en los escenarios privado y público de su ejercicio, no está preparado para valorar a las personas que sufren los efectos del daño ambiental producto de actividades extractivas. El análisis que realizan los especialistas que participan en la evaluación del impacto ambiental a través del que se buscaría prevenir el daño futuro, no logra mostrar o comprender a la persona del entorno de la actividad extractiva. El especialista ambientalista considera que esta persona es “igual” al ciudadano promedio de una urbe capitalina, con acceso a los derechos de reclamar ante una autoridad administrativa o judicial y con los recursos económicos para suplir la necesidad de un asesor o abogado si fuera necesario. No considera que dicha persona puede pertenecer a un grupo étnico diferente, con órganos de resolución distintos y sin acceso a la justicia formal que de manera común está muy alejada de ellos<sup>1411</sup>.

El extremo de la falta de información para el derecho ambiental, es que no valora que esta potencial población víctima sufre y actúa en colectivos, y además, tienen como una característica fundamental su identidad plena con la naturaleza, como fue indicado con anterioridad. Al ser comunidades o grupos étnicos que han crecido junto a su medio natural, sienten y sufren al su lado, no dudando en defender las causas o llegar al enfrentamiento con quienes provocaron el daño ambiental, aún si esto les costara su propia vida.

Esta información crítica es poco conocida o aceptada en el derecho ambiental, y por ello, la falta de orientación de los estudios de impacto ambiental u otros semejantes realizados por sus especialistas y la falta de regulación o exigencia por parte de las autoridades del Estado. En forma lamentable, las normas específicas sobre regulación ambiental aún no contemplan esta realidad y pluriculturalidad en la apreciación de los daños y la capacidad de respuesta de parte de las víctimas. De ahí que la empresa que contrata a los especialistas ambientalistas y

1411 Ver al respecto, conflictos socioambientales registrados en las oficinas de las defensorías del pueblo de los países latinoamericanos. DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ. “Reporte de conflictos sociales”, n.º 210”, agosto de 2021, disponible en [<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/09/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%Bo-210-agosto-2021.pdf>].

solo cumple con las exigencias mínimas reguladas por las autoridades estatales, es causante, aunque a veces no lo sea con intención, del origen del conflicto que genera el daño ambiental.

## V. LA EFICACIA O INEFICACIA DE LA GESTIÓN AMBIENTAL

Los ejemplos finales del punto anterior, nos conducen a un análisis de la eficiencia y eficacia de la gestión ambiental. Este es otro concepto central en el derecho ambiental que ha llevado propiamente a su consolidación como disciplina (autónoma) al responder a la siguiente pregunta: ¿cómo gestionar a través de las autoridades y de las personas líderes en la sociedad el ambiente de un país o de una región determinada?

Interesa primero, presentar el contenido de este concepto de gestión ambiental, desde el propio derecho ambiental, para luego proceder a realizar el análisis crítico desde la sociología y la antropología del derecho.

De acuerdo con RAÚL BRAÑES<sup>1412</sup>, citado por LÓPEZ SELA y FERRO NEGRETE<sup>1413</sup>, es posible sistematizar el concepto de gestión ambiental bajo una idea general y tres niveles de acción: la gestión ambiental “es el conjunto de actividades humanas que tiene por objeto el ordenamiento del ambiente”. Implica tres niveles: política ambiental, legislación ambiental y administración ambiental. En los cuales “la gestión ambiental comprende no solo los actos materiales que supone el manejo del medio ambiente [...] sino también todo aquello que tiene que ver con dicho manejo”<sup>1414</sup>.

Bajo este resumen de BRAÑES<sup>1415</sup>, nos interesa resaltar que la gestión ambiental en su contenido consiste en: 1. Contar con actividades concretas bajo una idea general que las guíe; 2. Clasificar estas actividades en tres niveles: política ambiental, legislación ambiental y administración ambiental; y 3. Valorar tanto los actos materiales

1412 RAÚL BRAÑES BALLESTEROS. *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.

1413 PEDRO LUIS LÓPEZ SELA y ALEJANDRO FERRO NEGRETE. *Derecho ambiental*, México, Iure, 2006.

1414 BRAÑES BALLESTEROS. *Manual de derecho ambiental mexicano*, cit., p. 117.

1415 Ibid.

(externos) como los actos inmateriales (que no se externalizan) en el manejo ambiental.

En primer lugar, la idea general que guía las actividades concretas de la gestión ambiental es la de “ordenar el ambiente”, pero mejor aún es buscar establecer el orden jurídico que cuida el ambiente. Bajo esta última idea, estamos hablando no solo de órdenes o mandatos dirigidos a proteger el ambiente, sino que estamos sustentando la presencia de normas jurídicas (incluidas los mandatos), principios y procesos o procedimientos orientados a la protección del ambiente.

De otro lado, los tres niveles de acción de la gestión ambiental son típicos de una gestión pública aplicada al ambiente: elaborar primero una política o un plan con objetivos concretos y un cronograma de actividades que dentro del ordenamiento jurídico se oriente a proteger o mejorar el ambiente; en segundo lugar, transformar esta política o plan concreto en una legislación o un conjunto normativo que ordene a las autoridades y a la sociedad cumplir con sus objetivos y cronograma, dentro de la protección del ambiente; y en tercer lugar, proveer de procedimientos administrativos o procesos que hagan posible que la política y las normas anteriores de protección del ambiente se cumplan.

Los tres niveles comentados hacen o conforman el ordenamiento jurídico ambiental mencionado al inicio. Esto es, la puesta en operación de un sistema a favor de la protección del ambiente. Así, con el concurso de la política ambiental se resaltan los principios del ordenamiento jurídico ambiental, a través de la legislación ambiental se configuran las normas jurídicas que materializarán los principios de este orden jurídico ambiental, y a través de la administración ambiental se desarrollan los procesos o procedimientos para cumplir o hacer cumplir los principios y normas del orden jurídico ambiental.

Por último, el tercer elemento destacado de la gestión ambiental consiste en la valoración de los actos materiales e inmateriales en el funcionamiento del orden jurídico ambiental. Por actos materiales, podemos entender la materialización de una norma jurídica o el cumplimiento de un procedimiento, en tanto que, por actos inmateriales, podemos entender los principios que guían estas normas y procedimientos que se encuentran normalmente en la política. Ambos son importantes y complementarios, en particular, los principios son componentes espirituales que nunca deben dejar de guiar la interpretación de las normas y el desarrollo de los procedimientos y procesos.

Solo con esta manera de pensar, se garantiza la existencia del orden jurídico ambiental como sistema, que se recicla y enriquece<sup>1416</sup>.

Este contenido de la gestión ambiental, desde el propio derecho ambiental, parece perfecto y lo es desde una perspectiva de una teoría general del derecho clásico: ya bajo la guía del jusnaturalismo o del positivismo jurídico. Pero no es completa desde una perspectiva de la teoría de un derecho alternativo, donde se incluyan los aportes de la sociología y antropología del derecho<sup>1417</sup>.

La crítica básica de la sociología jurídica al concepto de gestión ambiental antes presentado, es preguntarse sobre cómo funciona en la realidad esta gestión ambiental o para qué realidad ha sido configurado su ordenamiento jurídico ambiental.

En la mayoría de los países del mundo, donde destacan los latinoamericanos, la gestión ambiental no funciona: es ineficiente o ineficaz. El extremo del problema o la crítica es que la sociedad (entendida en su población como mayoría), no cree en la gestión ambiental.

La ineficiencia de la gestión ambiental en países latinoamericanos ocurre porque su contenido solo se ha puesto en funcionamiento a partir de los procedimientos ambientales centralizados (a nivel de capitales de países o capitales de las respectivas unidades territoriales), sin aplicar las normas y los principios de su ordenamiento jurídico a nivel de toda organización local o de zonas descentralizadas. Las políticas, las normas y la administración se regulan, de manera general, sin calcular sus diferencias en los propios ecosistemas diferentes del país o la región. La situación extrema ocurre cuando las autoridades a cargo de los procedimientos, se concentran en una capital de provincia o región, o en la capital del país, limitando el acceso de la mayoría

1416 En esta parte es importante valorar el aporte del jusnaturalismo sobre el positivismo en el derecho ambiental. No bastan las normas positivas que construyen el orden jurídico ambiental externo (que se ve o se puede leer), sino también son indispensables los principios jurnaturales que guían y agregan preceptos a ese orden jurídico ambiental haciéndolo también interno (que se siente y proyecta). Para una mayor diferencia entre jusnaturalismo y positivismo, se puede consultar: NORBERTO BOBBIO. "Jusnaturalismo y positivismo jurídico", en *El problema del positivismo jurídico*, 4.ª ed., México, D. F., Fontamara, 1995, pp. 67 a 90.

1417 Sobre la teoría del derecho desde una perspectiva clásica y alternativa, ver: ANTONIO PEÑA JUMPA. *Communitarian law and justice based on people's identity: The Aymara experience*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 2006.

de administrados o la población alejada que sufre los efectos de un daño ambiental. Por ejemplo, la población asentada en la rivera de un río, al tomar conocimiento de la contaminación de “su río” a través de la muerte de los peces, tiene que desplazarse hasta la capital de la provincia o del país, que puede estar a uno o dos días de viaje, para primero informarse y luego cuestionar posibles abusos.

La ineficacia de la gestión ambiental ocurre porque, a pesar del esfuerzo de las personas que llegan a la capital de la provincia o del país a informarse y exponer los posibles abusos, esto es, poner en funcionamiento el procedimiento ambiental formal, no existe la reciprocidad en esfuerzo, capacidad o intención de los funcionarios públicos de aplicar las normas y los principios para resolver el pedido. Los funcionarios públicos no están preparados para comprender a una población de estratos sociales diferentes que llegan sin abogado y exaltados o, simplemente, frente al conflicto suscitado no pueden aplicar todo el ordenamiento jurídico ambiental en su forma material e inmaterial, porque están impedidos o limitados de realizar una interpretación o integración jurídica para resolverlo.

El extremo de estas ineficiencia e ineficacia de la gestión ambiental ocurre con la población de cultura diferente, cuya situación puede ser evaluada con un enfoque antropológico en adición al análisis sociojurídico anterior. Los funcionarios del Estado de manera normal no conocen el idioma del pueblo originario cercano a la provincia o distrito donde trabajan. Menos aún desconocen o, simplemente no aceptan, las prácticas culturales o tradicionales de este pueblo originario. Bajo estos supuestos, resulta difícil que ocurra una mínima comunicación entre el funcionario público o la administración ambiental y el pueblo originario que recurre a ellos como administrados. Menos ocurrirá la materialización del servicio que corresponde a la gestión ambiental. Si esto ocurre en una provincia cercana al pueblo originario, el problema se acrecienta cuando los miembros de este pueblo tienen que desplazarse hasta la capital de la región o del país, donde normalmente acuden en apelación cuando sus pedidos son denegados por la instancia administrativa previa.

No es difícil deducir el malestar, el odio y la rabia de los miembros de un grupo social diferente, y más aún, de un pueblo originario o indígena que acude ante la administración de la gestión ambiental y no es atendido, o es atendido con limitaciones o de modo negativo. En estos casos,



existe una barrera de acceso que es indispensable y urgente superar para prevenir los conflictos que anteriormente fueron presentados<sup>1418</sup>.

Estos dos aspectos de la realidad, llevan a resaltar los retos que se suman para el derecho ambiental en la puesta en funcionamiento de su gestión ambiental. Sin una gestión eficiente y eficaz en realidades sociales y culturales plurales como ocurre en la mayoría de países del mundo, sus instituciones devienen en no creíbles o nulas.

## VI. REFLEXIONES FINALES

Lo referido con anterioridad, mencionado y analizado en términos sociojurídicos sobre el contenido teórico del conflicto ambiental y un grupo de principales instituciones del derecho ambiental, debe llevar a una conclusión general: el derecho ambiental tiene grandes y urgentes retos al constituirse en una gran perspectiva en el actual contexto de la sociedad y de la humanidad. En tal sentido, tiene que ubicarse en el contexto global y local de modo simultáneo. De ahí que, a manera de balance y conclusión, se sume un último análisis sociojurídico y antropológico que parte de la globalización del derecho aplicada al derecho ambiental<sup>1419</sup>.

BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS<sup>1420</sup>, interpretando el proceso de globalización ocurrido en el mundo en la década de los años 1990,

1418 El tema está relacionado con el acceso a la justicia, pero en su nivel básico. Si es que no se puede acceder a la administración pública por un ciudadano, menos se puede pensar en su acceso a la justicia. Ver al respecto, las alternativas que se presentan a partir del tema de justicia comunal como alternativa a la justicia oficial del Estado, en PEÑA JUMPA. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*, cit., pp. 311 a 338.

1419 La ejecución de investigaciones sociojurídicas confronta como algo indispensable el reto de examinar los cambios y desafíos de la globalización: WANDA CAPELLER. "De que lugar falamos? Retomando um velho papo sobre o direito e a sociologia", *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, n.º 1, 2015, pp. 10 a 25, disponible en [<https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/52>].

1420 BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *Towards a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995; BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002, pp. 37 a 67.

ha logrado distinguir cuatro tipos de globalización que son importantes para complementar el sentido de las críticas socio-antropológico-legales antes presentadas en relación con el derecho ambiental. Estos cuatro tipos de globalización son los siguientes: 1. El localismo globalizado; 2. El globalismo localizado; 3. El cosmopolitismo; 4. La herencia común de la humanidad<sup>1421</sup>.

El primer tipo, el localismo globalizado, se refiere a la experiencia de un hecho, producto o servicio local, que alcanza popularidad y se extiende en el mundo. El segundo tipo, el globalismo localizado, es cuando el producto o servicio globalizado se recibe o impone en determinadas localidades donde no era conocido. El tercer tipo de globalización, el cosmopolitismo, se refiere a la solidaridad que comienza a existir entre grupos sociales o instituciones semejantes que operan en el mundo, normalmente, para subsistir o sufrir en menor proporción los efectos negativos de los tipos de globalización previos. El cuarto tipo, de herencia común de la humanidad, corresponde al rechazo concertado a nivel global de aquellos actos o servicios que producen un daño a la humanidad, poniendo en riesgo su existencia en forma directa o indirecta<sup>1422</sup>.

El derecho ambiental coincide con estos cuatro tipos de globalización. De un lado, el derecho ambiental es, en el corto tiempo de su desarrollo, una muestra de un localismo globalizado. De su popularidad en los países del Norte, particularmente en aquellos industrializados donde el derecho ambiental surgió para frenar los daños ambientales personales, pasó a cierta popularidad en los países emergentes, en proceso de industrialización. Sin embargo, la pregunta que brota aquí es: ¿conviene que todos los países se industrialicen y que el derecho ambiental siga detrás de ellos?

De otro lado, el derecho ambiental también se ha desarrollado como un producto o servicio del globalismo localizado. Una vez que alcanzó popularidad en los países industrializados, la comunidad internacional (del derecho internacional público y privado), decidió su implementación en aquellos países “pobres” que no lo conocían o lo conocían con limitaciones. ¿Cuánto beneficio produjo que estos países “pobres” de manera voluntaria no recibieran y desarrollaran su propio derecho ambiental?

1421 DE SOUSA SANTOS. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, cit., pp. 57 y ss.

1422 Ídem.

Así mismo, el tipo de globalización conocido como cosmopolitismo, también ha ocurrido o sigue ocurriendo en la historia del derecho ambiental. Las organizaciones no gubernamentales –ONG– a nivel mundial, han prestado su apoyo en términos de cooperación privada o pública a los países o grupos sociales que sufren los daños ambientales. Esta solidaridad del derecho ambiental a través de las ONG ha hecho posible que el derecho ambiental también se expanda. ¿Cuán diferente ha sido este proceso de solidaridad en el cuidado del ambiente respecto al globalismo localizado en países “pobres”?

Por último, el tipo de *herencia común de la humanidad* como un cuarto tipo de globalización, es el que más se acerca al contenido del derecho ambiental. La protección del medio, el ambiente, el entorno o la naturaleza, no tiene sentido sin comprender su significado subjetivo de sostenibilidad global: que sea un espacio vital para generaciones futuras, integradas a la diversidad de culturas en cada país y en el mundo. El calentamiento global, el cambio climático y otros procesos similares que dañan el ambiente mundial, fuerzan por este tipo de globalización y su comprensión, a pesar de no haber sido desarrollado plenamente desde el derecho ambiental. De ahí que la herencia común de la humanidad sea realmente el derecho ambiental.

En suma, podemos concebir estos cuatro tipos de globalización como una forma de cuatro grados o niveles de globalización aplicable al derecho ambiental. Pero, es el último tipo, nivel o grado, el de la globalización como *herencia común de la humanidad* en términos de DE SOUSA SANTOS, el que orienta al mundo en su necesidad de sobrevivir en su naturaleza, entorno, ambiente o medio, donde destaca el derecho ambiental.

¿Qué tan preparado está el derecho ambiental para asumir este gran reto de ser el portador de la *herencia común de la humanidad*, superando las preguntas incómodas de los otros tipos de globalización? Creemos que tiene muchas condiciones para asumir el reto, afrontando sus debilidades de contenido teórico y práctico como disciplina y en sus principales instituciones analizadas, considerando la realidad de cada país y cada región y comprendiendo a estos en sus actores, sus acciones y, sobre todo, en su diversidad.

## REFERENCIAS

- ANDALUZ WESTREICHER, CARLOS. *Manual de derecho ambiental*, Lima, Proterra, 2006.
- ASOCIACIÓN INTERNACIONAL SURVIVAL. “Los indígenas de Brasil”, disponible en [<https://www.survival.es/indigenas/brasil>].
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. “El derecho de la naturaleza: fundamentos”, en CARLOS ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y CAMILO PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2011, pp. 35 a 74.
- ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. *El neoconstitucionalismo andino*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar y Huaponi Ediciones, 2016.
- BERGOGLIO, MARÍA INÉS. *La matriz del orden social: la cultura en la sociedad*, Córdoba, Advocatus, 2007.
- BOBBIO, NORBERTO. “Jusnaturalismo y positivismo jurídico”, en *El problema del positivismo jurídico*, 4.<sup>a</sup> ed., México, D. F., Fontamara, 1995, pp. 67 a 90.
- BOLADOS, PAOLA. “Los agobios del extractivismo minero y agroexportador en Chile”, *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/los-agobios-del-extractivismo-minero-y-agroexportador-en-chile/>].
- BRAÑES BALLESTEROS, RAÚL. *Manual de derecho ambiental mexicano*, 2.<sup>a</sup> ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- CAPELLER, WANDA. “De que lugar falamos? Retomando um velho papo sobre o direito e a sociologia”, *Revista de Estudos Empíricos em Direito*, vol. 2, n.º 1, 2015, pp. 10 a 25, disponible en [<https://revistareed.emnuvens.com.br/reed/article/view/52>].
- CHIBA, MASAJI. “Three dichotomies of law in pluralism”, *Tokai Law Review*, n.º 1, 1987, pp. 171 a 180.

“Constitución Española de 1978”, *Boletín Oficial del Estado* n.º 311, de 29 de diciembre de 1978, disponible en [<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>].

“Constitución Política del Perú de 1993”, *Diario Oficial El Peruano*, de 30 de diciembre de 1993, disponible en [<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1996/constitucion/cons1993.htm>].

CORREA, HERNÁN DARÍO e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador”, Sentencia de 27 de junio de 2012 (fondo y reparaciones), disponible en [[https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_245\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf)].

DE MIGUEL PERALES, CARLOS. *De la responsabilidad civil por daños al medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1994.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *Towards a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Nueva York, Routledge, 1995.

DE SOUSA SANTOS, BOAVENTURA. *La globalización del derecho: los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia e ILSA, 2002.

DE TRAZEGNIES GRANDA, FERNANDO. *La responsabilidad extracontractual*, 7.<sup>a</sup> ed., vols. I y II, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001.

“Declaran al Cerro Khapia en Puno como Patrimonio Cultural de la Nación”, *Andina. Agencia Peruana de Noticias*, 19 de mayo de 2011, disponible en [<https://andina.pe/agencia/noticia-declaran-al-cerro-khapi-puno-como-patrimonio-cultural-de-nacion-359432.aspx>].

DEFENSORÍA DEL PUEBLO DE PERÚ. “Reporte de conflictos sociales”, n.º 210”, agosto de 2021, disponible en [<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2021/09/Reporte-Mensual-de-Conflictos-Sociales-N%C2%Bo-210-agosto-2021.pdf>].

“El aymarazo - criminalización de la protesta en Perú”, *Terra Justa*, disponible en [<https://terra-justa.org/es/el-aymarazo-en-peru/>].

GONZÁLEZ MONGUÍ, PABLO ELÍAS; GERMÁN SILVA GARCÍA, ANGÉLICA VIZCAÍNO SOLANO y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Estigmatización y criminalidad contra defensores de derechos humanos y líderes sociales en Colombia”, *Revista Científica General José María Córdova*, vol. 20, n.º 37, 2022, pp. 143 a 161, disponible en [<https://revistacientificaesmic.com/index.php/esmic/article/view/810>].

GRIFFITHS, JOHN. “What is legal pluralism?”, *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, vol. 18, n.º 24, 1986, pp. 1 a 55.

INTURIAS, MIRNA LIZ y MIGUEL ARAGÓN. “David y Goliat. Los Weenhayek y el Consorcio Petrolero Transierra, Bolivia”, en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 147 a 160.

LANGBEHN, CARLOS LORENZO y MARIANA ANDREA SCHMIDT. “Bosques y extractivismo en la Argentina”, en *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, pp. 88 a 95.

LONDOÑO TORO, BEATRIZ; GLORIA AMPARO RODRÍGUEZ y GIOVANNI HERRERA CARRASCAL. *Perspectivas del derecho ambiental en Colombia*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006.

LÓPEZ SELA, PEDRO LUIS y ALEJANDRO FERRO NEGRETE. *Derecho ambiental*, México, Iure, 2006.

MACHADO ARÁOZ, HORACIO. “Potosí y los orígenes del extractivismo”, *Voces en el Fénix*, vol. 8, n.º 60, 2017, pp. 36 a 43.

- MANACÉS VALVERDE, JESÚS y CARMEN GÓMEZ CALLEJA. *Informe en minoría de la Comisión Especial para investigar y analizar los sucesos de Bagua*, Lima, Gobierno del Perú y Organizaciones Indígenas, Lima, 2010, disponible en [<https://www.yumpu.com/es/document/view/17593870/informe-en-minoria-de-la-comision-especial-para-investigar-y->].
- MERRY, SALLY ENGLE. "Legal pluralism", *Law & Society Review*, vol 22, n.º 5, 1988, 869 a 896.
- MERRYMAN, JOHN HENRY. *La tradición jurídica romano-canónica*, México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 1989.
- MINISTERIO DE CULTURA DEL PERÚ. "Base de datos de pueblos indígenas u originarios", disponible en [<https://bdpi.cultura.gob.pe/>].
- MOORE, SALLY FALK. *Law as a process. An anthropological approach*, Londres, Routledge & Kegan Paul, 1978.
- PADILLA ORMEÑO, CÉSAR y DIEGO LUNA QUEVEDO. "Conflictos mineros en Chile: poder económico versus poder social. El caso de Minera Los Pelambres", en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 135 a 146.
- PALACIO C., GERMÁN A. "Breve guía de introducción a la ecología política (Ecopol): Orígenes, inspiradores, aportes y temas de actualidad", *Gestión y Ambiente*, vol. 9, n.º 3, 2006, pp. 7 a 20, disponible en [<https://revistas.unal.edu.co/index.php/gestion/article/view/49672>].
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. *Justicia comunal en los Andes del Perú: el caso de Calahuyo*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 1998, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/181726>].

- PEÑA JUMPA, ANTONIO. “Castigos de la naturaleza como actos jurídicos y ecológicos: reflexiones a partir de la experiencia de los aymaras del sur Andino”, en PIERRE FOY VALENCIA (ed.). *Derecho y ambiente: nuevas aproximaciones y estimativas*, Lima, Pontificia Universidad Católica de Perú, 2001, pp. 121 a 135, disponible en [<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/192224>].
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. “Análisis socio-antropológico del derecho para el Perú”, *Foro Jurídico*, n.º 1, 2002, pp. 157 a 166, disponible en [<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18276>].
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. *Poder judicial comunal aymara en el sur andino: Calahuyo, Titihue, Tiquirini-Totería y Liga Agraria de Huancané*, Bogotá, ILSA, 2004, disponible en [<https://ilsa.org.co/wp-content/uploads/2022/10/Eclvso6-oo.pdf>].
- PEÑA JUMPA, ANTONIO. *Communitarian law and justice based on people's identity: The Aymara experience*, Leuven, Katholieke Universiteit Leuven, 2006.
- PÉREZ PERDOMO, ROGELIO. “Estado de naturaleza, anomia y derecho. Una reflexión desde América Latina”, *Dikaio syne*, año xx, n.º 32, 2017, pp. 71 a 95, disponible en [<http://www.saber.ula.ve/handle/123456789/44132>].
- PÉREZ SALAZAR, BERNARDO. “Multidimensional security, ‘ungoverned areas’ and non-state actors”, *The Calgary Papers in Military and Strategic Studies*, n.º 9, Occasional Paper Number 9: Latin American Security: Canadian and International Perspectives, 2013, pp. 147 a 166, disponible en [<https://journalhosting.ucalgary.ca/index.php/cpmss/article/view/36354>].
- PINTO HERRERA, HONORIO. “Conflicto minero en Santa Ana (Puno)”, *Investigaciones Sociales*, vol. 17, n.º 31, 2013, pp. 207 a 220, disponible en [<https://revistasinvestigacion.unmsm.edu.pe/index.php/sociales/article/view/7909>].



PRIEUR, MICHEL. *Droit de l'environnement*, 2.<sup>a</sup> ed., París, Dalloz, 1991.

Programa de Naciones Unidas para el Medio Ambiente –PNUMA–. “El acceso a la justicia ambiental en América Latina”, México, 2000.

“Puno: 10 mil pobladores marchan contra concesiones mineras”, *SPDA Actualidad Ambiental*, 24 de mayo de 2011, disponible en [<https://www.actualidadambiental.pe/puno-10-mil-pobladores-marchan-contr-concesiones-mineras/>].

RIVERA OLARTE, FRANCISCO JAVIER. “Breve estudio descriptivo del fenómeno ambiental en sus dos dimensiones: daño ambiental y daño ecológico”, *DIXI*, vol. 19, n.º 25, 2017, pp. 83 a 103, disponible en [<https://revistas.ucc.edu.co/index.php/di/article/view/1823>].

RODRÍGUEZ, GUSTAVO A. “Petróleo y conflictos socioambientales: el caso de Pastaza, bloque n.º 10”, Ponencia presentada en el *XXI International Congress Chicago*, LASA, 1998.

RODRÍGUEZ, IOKIÑE y HERNÁN DARÍO CORREA. “Lecciones, enfoques y retos en la transformación de conflictos socioambientales en América Latina. La experiencia del Programa CyC”, en HERNÁN DARÍO CORREA e IOKIÑE RODRÍGUEZ (eds.) *Encrucijadas ambientales en América Latina. Entre el manejo y la transformación de conflictos por recursos naturales*, San José, Programa CyC y Universidad para la Paz, 2006, pp. 23 a 102.

SAGUIER, MARCELO. “Los conflictos socio-ambientales y la agenda internacional”, *Voces del Fénix*, vol. 6, n.º 50, 2015, pp. 70 a 75, disponible en [<https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/70316>].

SILVA GARCÍA, GERMÁN. “La teoría del conflicto, un marco teórico necesario”, *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. 11, n.º 22, 2008, pp. 29 a 43, disponible en [<https://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/dere/article/view/2506>].

- SILVA GARCÍA, GERMÁN. “Corrupción y derechos humanos. El Estado hacendal y la cleptocracia”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 edición especial, 2019, pp. 12 a 49, disponible en [<https://www.produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32306>].
- UNIVERSIDAD DEL ROSARIO - PROGRAMA DE DIVULGACIÓN CIENTÍFICA. “¿Qué es un conflicto ambiental?”, Territorios indígenas afectados por los conflictos ambientales, Fascículo Interactivo 12, 2008, disponible en [<https://repository.urosario.edu.co/items/f3e33e81-3e62-4ebb-bb63-3e7ab910a006>].
- VALLS, MARIO F. “Pasado, presente y futuro del derecho ambiental”, *Voces en el Fénix*, vol. 1, n.º 2, 2010, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/entre-el-dicho-y-el-hecho-pasado-presente-y-futuro-del-derecho-ambiental/>].
- VALLS, MARIO F. *Derecho ambiental*, 3.ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2016.
- VARA, ANA MARÍA. “Protesta ambiental latinoamericana”, *Voces en el Fénix*, vol. 1, n.º 2, 2010, disponible en [<https://vocesenelfenix.economicas.uba.ar/recursos-naturales-en-disputa-protesta-ambiental-latinoamericana/>].
- VIVAS BARRERA, TANIA GIOVANNA; GABRIEL ALEJANDRO QUINTERO SÁNCHEZ y BERNARDO PÉREZ SALAZAR. “Propiedad colectiva de la tierra y movimiento indígena en América Latina”, *Opción*, vol. 35, n.º 25 esp., 2019, pp. 1.323 a 1.354, disponible en [<https://produccioncientificaluz.org/index.php/opcion/article/view/32340>].
- WEBER, MAX. *Economía y sociedad*, 3.ª ed., México, D. F., Fondo de Cultura Económica, 2016.
- WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura jurídica*, Madrid, Dykinson, 2018.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. “La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia”, en CARLOS ESPINOSA GALLEGOS-ANDA y CAMILO PÉREZ FERNÁNDEZ (eds.). *Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*, Quito, Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Culto, 2011, pp. 3 a 34.

ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL. *La Pachamama y el humano*, Buenos Aires, Colihue, 2012.



Editado por el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ILAE–,  
en septiembre de 2023

Se compuso en caracteres Minion Pro de 11 y 9 ptos.

Bogotá, Colombia