



## Longing for Better Law – On Legal Development and the Plurality Issue

### Añorando un mejor derecho – Sobre el desarrollo jurídico y la cuestión de la pluralidad

FLORENCIA BENITEZ-SCHAEFER\*

#### Resumen

En medio de diversos reclamos por el reconocimiento y respeto de la diversidad, no sólo las estructuras, sino también la razón misma del derecho moderno ha mostrado limitaciones problemáticas. En este artículo, sostengo que un desafío central para la transformación socio-jurídica contemporánea se basa en cómo el derecho moderno está llamado a relacionarse con la diferencia y el desarrollo para cumplir su promesa de prevenir o resolver conflictos. Este es, propongo, el resultado de la incrustación de lo jurídico en un sociolecto moderno que impregna la interacción social con un doble atractivo. Obliga tanto a rechazar los dogmas como a fijar una posición que se defiende como "la" (más) racional.

Este artículo combina la teoría sociolingüística de Peter V. Zima con una investigación sobre la relación entre el derecho moderno y el desarrollo en el contexto histórico del colonialismo mundial y la investigación sociológica sobre el desarrollo jurídico en la historia reciente de América Latina, más específicamente utilizando el ejemplo de la reforma constitucional colombiana de 1991. Sobre esta base, sostengo que la tensa relación del derecho con la pluralidad está determinada por los sociolectos modernos en los que está incrustada junto con la noción de "desarrollo", independientemente de la ideología política que persiguen los proyectos concretos. Mientras que las concepciones "modernas tempranas" de la ley apuntan a resolver (o disolver) las diferencias, las "modernas tardías" están atrapadas en "soluciones" ambivalentes que dejan la puerta abierta a todo tipo de abusos de poder. Sobre esta base transdisciplinaria, el documento tiene como objetivo proporcionar herramientas para la reflexión sobre los procesos contemporáneos de reforma jurídica.

**Palabras clave:** *Desarrollo jurídico en América Latina; Pluralismo; Reforma Constitucional; Transferencia Jurídica; Postmodernidad; Sociolingüística.*

---

\* [florencia.benitezschaefer@gmail.com](mailto:florencia.benitezschaefer@gmail.com). ORCID: <https://orcid.org/0009-0002-2527-3913>. Estoy en deuda con los revisores anónimos por proporcionar comentarios significativos que ayudaron a mejorar esta contribución. Artículo recibido el 19 de mayo de 2023, aceptado para su publicación el 21 de julio de 2023. Traducción de Beatriz Larraín.

Cómo citar este artículo:

BENITEZ-SCHAEFER, Florencia (2023). "Longing for Better Law – On Legal Development and the Plurality Issue", *Latin American Legal Studies*, Vol. 11 N° 2, pp. 61-114.

### Abstract

Amidst plural claims for the recognition and respect of diversity, not only the structures but also the very rationale of modern law have shown problematic limitations. In this paper, I argue that a core challenge for contemporary socio-legal transformation relies on how modern law is called to relate to difference and development in order to fulfill its promise of preventing or resolving conflicts. This is, I argue, the result of law's embeddedness in a modern sociolect that pervades social interaction with a double appeal. It compels equally to reject dogmas as much as to fix one position that is argued as 'the' (most) rational one.

This paper combines the socio-linguistic theory of Peter V. Zima with an inquiry on the relation between modern law and development in the historical context of world-encompassing colonialism and sociological research on legal development in recent Latin American history, more specifically using the example of the Colombian Constitutional reform in 1991. On this basis, I argue that the strained relation of law with plurality is determined by the modern sociolects it is embedded in along with the notion of 'development', independently of the political ideology that concrete projects pursue. While 'early-modern' conceptions of law aim to (dis)solve differences, 'late-modern' ones are trapped in ambivalent 'solutions' that leave the door open to all sorts of power-abuse. On this transdisciplinary ground the paper aims to provide tools for reflection on current processes of legal reform.

**Keywords:** *Legal Development in Latin America; Pluralism; Constitutional Reform; Legal Transfer; Post-Modernity; Socio-Linguistics.*

### INTRODUCCIÓN

En medio de diversos reclamos por el reconocimiento y el respeto por la diversidad, no sólo las estructuras, sino también los fundamentos mismos del derecho contemporáneo están enfrentando desafíos dramáticos. En respuesta, a lo largo de las últimas décadas, varias reformas jurídicas han tenido como objetivo abordar este problema en América Latina. Sin duda, el desafío de la pluralidad va más allá del ámbito del derecho tanto como trasciende las fronteras geopolíticas de América Latina. Por lo tanto, este artículo explora el tema desde una perspectiva relacional, conectando diferentes campos de investigación: sociolingüística, historia colonial global y su influencia en nuestra comprensión del derecho y el desarrollo, así como la investigación socio-jurídica sobre la historia reciente de América Latina. Situar las dificultades jurídicas dentro de contextos más amplios (epistemológicos) podría ofrecer alguna orientación sobre dónde estamos y qué preguntas podrían ser importantes de plantear al abordar los desafíos actuales.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Estoy en deuda con los revisores anónimos por proporcionar comentarios significativos que ayudaron a mejorar esta contribución.

## I. DENTRO DE LOS SOCIOLECTOS MODERNOS

En esta sección, propongo utilizar la teoría sociolingüística de Peter V. Zima (\*1946) como marco orientativo para abordar las tensiones entre el derecho y la pluralidad (cultural). En relación con la cuestión de las diferencias, identifica tres sociolectos diferentes, es decir, situaciones sociolingüísticas que determinan la formulación de ciertas preguntas y respuestas.<sup>2</sup> Según su análisis, dentro de un sociolecto moderno temprano, la diferencia se encuentra con ambigüedad, lo que significa que la tensión creada por la diferencia se concibe como una diferencia que es posible superar. A su vez, un sociolecto moderno tardío se caracteriza por la ambivalencia, lo que significa que la certeza de una posible superación de la tensión ha desaparecido y la tensión se mantiene dentro de un marco discursivo que (aparentemente) lo abarca todo. Finalmente, un sociolecto posmoderno, que se hizo más prevalente en la segunda mitad del siglo XX, confronta la diferencia con indiferencia, lo que significa intercambiabilidad.

La principal diferencia entre los dos primeros se basa en que la ambigüedad discursiva moderna (temprana) puede ser, y se espera que sea, resuelta por el propio discurso moderno, particularmente a través de la aplicación de estándares (supuestamente) universales, como la razón. Por lo tanto, la incomodidad causada por la presencia sincrónica de dos o más significados (conflictivos) como parte de una unidad, es decir, la ambigüedad, es (aparentemente) superada, reafirmando el orden de las oposiciones binarias como verdadero/falso, bueno/malo, realidad/ilusión, etc. Para este punto de vista, la (re-)conexión con una realidad parece posible, hay una manera correcta de entenderla, y las insuficiencias a este respecto dependen de la falta de un razonamiento completo, bueno, hermoso y verdadero. Se reconoce la ambigüedad, pero sólo existe como una confusión indeseable que debe superarse.

Las perspectivas modernas tardías y posmodernas, como parte de los sistemas sociales cambiantes, se distanciaron cada vez más de estos supuestos. Reconociendo las contradicciones implícitas de la modernidad temprana, esta promesa moderna se revela como una esperanza incumplible: en un mundo que reclama el valor de la diversidad, ya no es posible disolver las contradicciones a través de los opuestos binarios de bueno/malo, bello/horrible, etc. En consecuencia, el estatus de los recursos legitimadores de cadenas argumentativas como la razón, la objetividad o la universalidad, todas claves para la argumentación jurídica, cambia drásticamente. Los mecanismos del poder se revelan detrás de la posición aparentemente objetiva-neutra del hablante.<sup>3</sup>

En relación con el discurso jurídico, los sociolectos de la edad moderna temprana y tardía parecen ser particularmente fuertes, incluso si la praxis jurídica pudiera estar circulando alrededor de la indiferencia posmoderna. Por lo tanto, el derecho moderno asume y acepta la pluralidad y la contradicción, incluso si (o tal vez exactamente por ello) el objetivo final es resolver el conflicto entre opuestos. Limita la validez de los argumentos que siguen ciertos principios y, por lo tanto, reduce las diferentes posibilidades bajo un modelo. En este sentido, toca una canción en clave moderna temprana. Sin embargo, el derecho también

---

<sup>2</sup> ZIMA (2001), p. 37.

<sup>3</sup> Los ejemplos de esta afirmación son múltiples. Particularmente el campo de la antropología jurídica y los enfoques de los Estudios Jurídicos Críticos (CLS) han trabajado en esta línea.

intenta organizar la coexistencia tensa de la diferencia a través de mecanismos específicos, estableciendo sólo un proceso de toma de decisiones supuestamente separado de una declaración de valores a nivel de contenido. Dentro de ese proceso, todos los argumentos son posibles. Aquí el derecho toca una melodía ambivalente.

Comprender cuál sociolecto da forma a nuestra argumentación jurídica, y cuál nutre a su vez, no tiene solo valor taxonómico teórico. Particularmente en el contexto actual de reformas jurídicas (exigidas y logradas) en América Latina, incrustadas en disputas sobre la pluralidad cultural, estos marcos ambiguos/ambivalentes permiten o impiden formas de debate. De hecho, la reforma misma puede ser vista como una expresión de los sociolectos modernos.

Negociando la tensión entre la razón universal y las múltiples voluntades o necesidades, la reforma se convierte en un elemento constitutivo del derecho.<sup>4</sup> Además, el iusfilósofo Paul Kahn ha observado que la tarea de una reforma en un entorno jurídico es subordinar no solo la diversidad de voluntades y necesidades presentes bajo la razón universal, sino también reconfigurar la relación entre la diversidad presente y los productos pasados de una subordinación similar.<sup>5</sup> Como resultado de la razón, en general, esos productos del pasado no pueden ser totalmente descartados. La reforma alimenta un ciclo interminable de razón reformada por una razón mejor.

La pregunta que queda es, sin embargo, quién está facultado para hablar en nombre de la razón. Como observa Kahn para las sociedades democráticas, “en el estado moderno [...] hay una diversidad mucho mayor de afirmaciones sobre el contenido y el locus institucional de las normas de la razón y de la voluntad del pueblo. La reforma es la ambición común de las legislaturas, las agencias ejecutivas y los tribunales, así como de los movimientos políticos populares [...]”.<sup>6 7</sup>

En este sentido, la reforma del derecho heredado no sólo tiene lugar a través de procedimientos legislativos, sino que es inherente a toda aplicación de la ley. Así, la interpretación judicial del derecho formal renueva continuamente el significado del derecho enunciado, leyendo en él las respuestas a las preguntas contemporáneas. Igualmente, una decisión presente siempre está vinculada a un pasado remoto e investida de su poder legitimador. Cuanto más un sistema haga un fuerte énfasis en la interpretación de la ley, más

---

<sup>4</sup> En términos más generales, el mecanismo de reforma está realmente vinculado al proyecto global de la Ilustración que implica el control de la irracionalidad en los ámbitos psicológico y social. Desde esta perspectiva, “tanto nuestro derecho como nosotros mismos aparecen como proyectos de autoconstrucción que requieren un proceso interminable de reforma”. KAHN (1999), p. 8.

<sup>5</sup> KAHN (1999), p. 17.

<sup>6</sup> Cabe destacar que el papel de la reforma de subordinar las voluntades plurales a la razón universal es central para las diferentes formas de gobierno y organizaciones políticas, porque la tensión con una razón general permanece. Del mismo modo, es irrelevante si nos referimos a diferentes modelos económico-políticos, como el capitalismo o el socialismo, siempre que se basen en el supuesto de una verdadera razón más allá de los particularismos.

<sup>7</sup> KAHN (1999), p. 8.

"la reforma y la interpretación son uno y el mismo proceso".<sup>8</sup> Por lo tanto, paradójicamente, "el control judicial crea la Constitución permanente".<sup>9</sup>

Pero la reforma no sólo valida un pasado mítico. También surgen nuevas nociones de progreso con cada propuesta de reforma que hacen que "el estado de derecho apoye múltiples narraciones de progreso, así como de declive".<sup>10</sup> Esta ambivalencia creada por una pluralidad de narraciones de progreso activadas de nuevo con cada nueva reforma es clave también para la posición del derecho frente al progreso. Las pretensiones de legitimidad de una reforma y el progreso que prevé dependen (tanto como el derecho positivo) de un ancla en el pasado, una razón jurídica original (o atemporal) de ser. Esta razón puede tomar la forma de la *Grundgesetz* en el sentido Kelseniano de la palabra, o el *contrat social* original, la revelación de Dios o una revolución, entre muchos otros elementos que funcionan como *primum movens*. Todas las reglas actuales son rastreables a una declaración original que le da significado y legitimidad. Por lo tanto, argumenta Kahn, "la toma de decisiones jurídicas difiere de otros tipos de formación de políticas de esta manera: siempre comienza de un conjunto de fuentes que ya tienen autoridad dentro del pasado de la comunidad".<sup>11</sup>

Esta concepción del derecho no ha roto sus lazos con lo moral y lo divino. En realidad, asume un tema religioso, por el cual Dios se expresa a través del don de las normas sagradas. Moisés descendió con la ley como un don divino para salvar a su especie del caos y, por lo tanto, "la ley es simultáneamente un producto y una representación continua de los orígenes divinos de la comunidad".<sup>12</sup> No es sorprendente que, de manera similar al positivismo de Auguste Comte (1798-1857) que se convirtió en una "Religión de la Humanidad", el derecho a menudo se experimenta como una "religión cívica", que requiere respeto santo.

Este tema de la revelación, tal como lo conocemos desde las concepciones anteriores a la Ilustración de la ley y el orden, es reemplazado, en un mundo posterior a la Ilustración, por la revolución.<sup>13</sup> De hecho, hablamos de revolución porque marca una ruptura con un pasado que se concibe como radicalmente diferente. Esta ruptura se materializa en un corpus de leyes fundacionales, una constitución, que funciona como un "acto revelador del soberano".<sup>14</sup>

Es el recuerdo de esa verdad revelada el que da unidad, coherencia y un peso legitimador a todas las decisiones que recuerdan su autoridad. Esta unidad con un pasado autoritario es la que permite que la coerción jurídica sea (vista como) justa y justificada. Cuando no se puede percibir ese vínculo, se cuestiona la decisión jurídica: ¿es razonable?, es decir, ¿sigue la razón encarnada en un conjunto superior de reglas, preexistentes y autoritativas? Argumentar fuera de este conjunto de argumentos solo es posible cuando el

---

<sup>8</sup> KAHN (1999), p. 55.

<sup>9</sup> KAHN (1999), p. 77.

<sup>10</sup> KAHN (1999), p. 107.

<sup>11</sup> KAHN (1999), p. 43.

<sup>12</sup> KAHN (1999), p. 47.

<sup>13</sup> KAHN (1999), p. 48.

<sup>14</sup> KAHN (1999), p. 48.

hablante se encuentra fuera de esa comunidad,<sup>15</sup> pertenece al "no-nosotros", encarna al "Otro".

El derecho es, por lo tanto, un elemento en el proceso de identificación en el sentido de Stuart Hall (\*1932): un proceso interminable de articulación de la relación entre el sujeto en formación y las prácticas discursivas que siempre implican ciertas políticas de exclusión.<sup>16</sup> Dado que el derecho moderno en su auto-conceptualización requiere un referente autoritativo y unificador en el pasado, "crea una identidad única en lo que de otro modo sería una comunidad o comunidades cambiantes en el tiempo".<sup>17</sup> De esta manera, las diferencias ocupan un espacio subordinado frente a un derecho unificador. "Nosotros, el pueblo", "nuestro pasado": este es el lenguaje del derecho, a través del cual se recrea constantemente una unidad entre la comunidad original y el presente. Este es el llamado continuamente renovado a una nueva vida de un actor, a saber, "nosotros", "el pueblo", "la nación", de la cual cada ciudadano es parte.<sup>18</sup>

En cuanto a la cuestión de la pluralidad, esto significa una transposición importante. La diferencia radical entre aquellos tiempos pasados supuestamente pre-jurídicos y el ahora (los límites históricos de la comunidad) se transpone a la diferencia radical en el presente entre nuestra comunidad jurídica y aquellos fuera de esa comunidad, los otros no-jurídicos dentro o fuera de las fronteras actuales de la comunidad.<sup>19</sup> En el ámbito internacional, a su vez, el derecho se convierte en un elemento crucial en la constitución del "sujeto Occidental" moderno, mientras que su "Otro" se define a través de negaciones.<sup>20</sup> Este tema, que ha sido intensamente discutido en los debates sobre el pluralismo jurídico y las luchas por la autonomía en América Latina,<sup>21</sup> es la expresión de un desafío más amplio.

Analizando el ejemplo del relato de la historia de Hegel, Teemu Ruskola observa al menos tres elementos de división dicotomizante entre las concepciones de lo occidental y lo oriental que encuentran expresión en argumentos sobre el derecho y se ajustan también al contexto Latinoamericano: inmovilidad/progresión, comunidad/subjetividad y moral/derecho. Es común tanto a los chinos como al contexto Latinoamericano que la parte de la historia vernácula referida convencionalmente como "moderna" en oposición a "tradicional", se refiera generalmente "al período de contacto significativo con el Occidente moderno".<sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> KAHN (1999), p. 44.

<sup>16</sup> HALL (1996), p. 2 y sgtes.

<sup>17</sup> KAHN (1999), p. 47.

<sup>18</sup> KAHN (1999), p. 45.

<sup>19</sup> La importancia del derecho para mantener un sentido de la propia comunidad se ejemplifica en la declaración de T. B. Smith sobre la identidad escocesa: "Desde su unión con Inglaterra en 1707, Escocia ha sobrevivido en cierto sentido como nación por y a través de sus leyes y sistemas jurídicos". WATSON (1974), p. 21.

<sup>20</sup> RUSKOLA (2005), p. 270.

<sup>21</sup> Ver por ejemplo SIERRA et al. (2013).

<sup>22</sup> COHEN (2003), p. 48.

La diferencia con respecto a la relación con el tiempo (estática/progresiva) está interrelacionada con las otras dos de subjetividad y el derecho "real", porque sólo un sujeto "moderno" progresista puede hacer uso de la razón para abandonar la mera moral y crear un derecho verdaderamente autónomo. Por lo tanto, como ejemplo de la exclusión del "Otro" del ámbito del derecho "real", Ruskola, siguiendo la crítica de Edward W. Said (1935-2003), afirma la existencia del "orientalismo legal", argumentando que la "supuesta ausencia de derecho en China [se ha] convertido en parte de la identidad cultural de los observadores y, a su vez, contribuye al contenido de las observaciones mismas",<sup>23</sup> creando una "fabulosa jurisprudencia occidental del derecho chino".<sup>24</sup> Los defensores del reconocimiento de los sistemas legales indígenas dentro de la retórica jurídica Latinoamericana, argumentan de manera similar cuando señalan el uso restrictivo del término "jurídico" para el derecho estatal.<sup>25</sup>

Naturalmente, si el derecho moderno y el estado de derecho son el resultado de la razón universal, entonces el "otro" de estas categorías debe ser el "otro" de la razón: el deseo irracional. Por lo tanto, "la estructura subyacente del debate permanece notablemente constante: mi razón contra tu deseo. [...] Un mundo que nunca avanza más allá del deseo hacia la razón, es exactamente lo que tenemos en mente cuando contrastamos la ley con lo meramente político o cuando contrastamos el estado de derecho con el gobierno de los hombres".<sup>26</sup> Desde esta postura, el avance hacia el derecho "real" es lo único que puede protegernos de volvernos irracionales. Los temores en torno a todo lo que el sujeto (de derecho) podría llegar a ser (es decir, irracional, loco e ininteligible debido a su anarquía) y todo aquello de lo que el derecho (con suerte) lo protege, se proyectan en una imagen de un Otro que se representa como radicalmente diferente.<sup>27</sup>

Así, el derecho moderno contribuye a la formación de la subjetividad de manera determinante, vinculándola igualmente con una referencia última, arraigada en un pasado estable, remoto, incluso sagrado, así como con una dinámica constante de reformas que la diferencian del pasado. Si bien la ley necesita una razón última a la cual referirse, también requiere una reforma continua para ser razonable y, por lo tanto, para afirmar su propia validez. A medida que construye la identidad del "hombre moderno" y las "naciones modernas", construye igualmente los "otros" de estas categorías. Estos son 'otros' que están necesariamente alejados de la razón que le da vida a este derecho; lejos de su dinámica y lejos de su estabilidad. Cuando esta producción ambigua de identidades se conecta a una idea de razón universal, el llamado a llevar al Otro a un movimiento hacia convertirse en "el mismo" gana un poder atractivo.

---

<sup>23</sup> RUSKOLA (2005), p. 272.

<sup>24</sup> RUSKOLA (2005), p. 273.

<sup>25</sup> CORREAS (2003), p. 110 y sgtes., entre muchos otros.

<sup>26</sup> KAHN (1999), p. 18.

<sup>27</sup> A este respecto, véase también BALKIN (1993), p. 11, que se refiere a la necesidad de creer en la coherencia de nuestro propio mundo social.

## II. ENVOLVER Y DESARROLLAR AL OTRO A TRAVÉS DEL DERECHO MODERNO

Este "movimiento hacia convertirse en algo diferente de lo que ya es" resume una idea central de la noción de desarrollo.<sup>28</sup> Cabe destacar que la formación misma del concepto de "desarrollo" en términos de mejora social o más bien civilizatoria está unida a los procesos de cambio jurídico, así como con discursos históricos, filosóficos y antropológicos sobre ellos.

Es una cuestión jurídica sobre el desarrollo del Otro que dominará uno de los primeros y más importantes debates al comienzo de la edad moderna, a saber, la discusión sobre el tratamiento de los nativos en las Américas por parte de la Monarquía española si no cumplían con el *Requerimiento de Palacios Rubio*.<sup>29</sup> A esta invasión, entendida en el marco de un pensamiento impregnado por el concepto de "guerra justa", se opusieron varios teólogos y juristas, iniciando una discusión en torno a la cuestión de qué medios eran legítimos para que los reyes españoles convirtieran y subyugaran a los nativos al cristianismo.<sup>30</sup> Las posiciones sobre esta discusión fueron personificadas por el debate entre Bartolomé de Las Casas (1484?-1566) y Juan Ginés de Sepúlveda (1489-1573) en Valladolid en 1550.

Mientras que Sepúlveda argumentaba, invocando la tradición aristotélica, que existe una jerarquía inherente entre los hombres, Las Casas siguió un principio igualitario marcado por las ideas platónicas y cristianas de mejora de todos los seres humanos. Para Sepúlveda, diferir de la imagen ideal del hombre, que equiparaba con el hombre moral español, significaba automáticamente una inferioridad insuperable, y justificaba así el sometimiento y la destrucción del "otro". Por el contrario, Las Casas argumentaba con ley natural que el

---

<sup>28</sup> Ley N° 19.496, de 1997. El alcance de este artículo no permite una discusión exhaustiva sobre las muchas interpretaciones del "desarrollo". Más bien, el enfoque adoptado aquí aborda y desafía el uso real de este concepto en el contexto de la reforma jurídica y señala el surgimiento de esta noción como un marco de pensamiento marcado por la ambigüedad moderna y la ambivalencia en términos de Zima. Esta es una cualidad compartida por muchas versiones de "desarrollo", incluidas, por ejemplo, las más nuevas como el "desarrollo humano". Las trampas y las dinámicas de poder desequilibradas que se derivan de la *ambivalencia* de la corriente líder dentro del enfoque del "desarrollo humano", recreando la problemática de los "desarrollos" anteriores, han sido ampliamente destacados por la investigación poscolonial y post-desarrollo. Una crítica temprana fue planteada por Gustavo Esteva ya en 1991, dentro de su discusión exhaustiva sobre el concepto de "desarrollo" y los procesos involucrados en su surgimiento. ESTEVA (2006).

<sup>29</sup> Desde 1513 se leía (generalmente sin traducción) el *Requerimiento a los pueblos* originarios del continente americano, texto que explicaba el contenido de la bula papal de 1493 sobre la concesión de los territorios americanos a los reyes españoles y su prerrogativa y deber tanto de gobernar como de convertir a los habitantes de esas tierras. Si los nativos no "aceptaban" esa decisión, eran subyugados violentamente.

Para una explicación clásica sobre las cuestiones jurídicas y morales planteadas en el contexto de la conquista de América, véase HANKE (2002). Es importante destacar que el autor enfatiza en su obra que los conquistadores españoles buscaron un trato justo y apropiado de los pueblos originarios.

<sup>30</sup> GONZÁLEZ (1983), p. 26 ss.



valor de cualquier ser humano era innato por el potencial que<sup>31</sup> tenía para acceder al Bien, como cualquier otra criatura.<sup>32</sup>

Aquí es visible la lógica de la ley natural en acción, según la cual el "otro" tiene los mismos derechos innatos y que es posible concebirlo como similar (por lo tanto, igual), y por último como no diferente, no "realmente" diferente. En otras palabras, incluso si en este momento, la alteridad puede ser obvia, puede desarrollarse para lograr el mismo ideal encarnado por el orador que juzga. La igualdad o al menos la posibilidad de desarrollo hacia un ideal específico que tiene validez universal, es condición previa para la aceptación de la pluralidad bajo un paraguas de protección universal. Además, este ejemplo muestra que la formalización del derecho, que obtendrá una fuerza especial en el siglo XIX, no está en contradicción con los argumentos de la ley natural. Los documentos autorizados escritos, es decir, *el Requerimiento* y las bulas papales, acaban de transponer y endurecer el punto de referencia legitimador, introduciendo un aspecto jurídico-positivista.

En su última consecuencia, el principio de igualdad propuesto por la ley natural fue uno de los principales instrumentos para difundir las perspectivas occidentales, mientras que la idea de la inferioridad del Otro permaneció como una parte central en la política real.<sup>33</sup> Argumentando con la idea de la necesidad de la aplicación de la *lex humana*, Francisco de Vitoria (ca. 1492-1546), asumió la idea de una "guerra justa". Y aunque Hugo Grocio (1583-1645) se dio cuenta más tarde de que una guerra podía ser una "guerra justa" para ambos lados de un conflicto al mismo tiempo, no se opuso a la idea de una "guerra justa" en sí misma, sino que traspuso el problema a la cuestión formal de la autoridad adecuada para hacer la guerra, y dirigió su preocupación a la disposición de la forma de la guerra (Grocio 2001).<sup>34</sup> Así, se dio la legitimidad de las guerras coloniales y el desarrollo del derecho internacional tuvo el efecto de un "catálogo necesario de normas para la expansión del sistema mundial capitalista".<sup>35</sup>

La legitimidad de las guerras coloniales dependía igualmente de un vínculo explícito establecido entre el derecho moderno y las etapas de desarrollo a través de la determinación asumida del derecho de una sociedad por las principales formas de subsistencia utilizadas. A su vez, estos se pusieron en una escala de desarrollo lineal. Esta perspectiva ha sido ampliamente aceptada desde el siglo XVIII y fue adoptada, entre otros, por Montesquieu (1689-1755), una referencia fundamental para el pensamiento socio-jurídico incluso hoy en día.<sup>36</sup> De acuerdo con estas perspectivas unidireccionales de la evolución, la trayectoria va del desorden, la irracionalidad y el salvajismo al orden, la racionalidad y la civilización.

Siguiendo la misma perspectiva, también Adam Smith (ca. 1723-1790) en sus "Conferencias sobre Jurisprudencia" afirmó que la ley aumentaba en cantidad y complejidad

---

<sup>31</sup> En el contexto histórico, el sujeto masculino es ciertamente el poseedor del "valor humano", incluso si el argumento como tal se extiende hoy claramente a la humanidad multigénero.

<sup>32</sup> DIETRICH (2008), p. 204.

<sup>33</sup> DIETRICH (2008), p. 206.

<sup>34</sup> GROCIO (2001).

<sup>35</sup> DIETRICH (2008), p. 207.

<sup>36</sup> FITZPATRICK (1998), p. 92.

según la progresión de las sociedades, relacionando esta progresión con la consolidación de la propiedad.<sup>37</sup> Desde una perspectiva sociológica, Max Weber (1864-1920) operó con la idea de una progresión del derecho de acuerdo con una racionalidad creciente.<sup>38</sup> Incluso si su enfoque hacia el progreso permaneció ambivalente en sintonía con la atmósfera moderna tardía,<sup>39</sup> en el argumento de Weber, el formalismo abstracto de la seguridad jurídica se constituye en la negación del "derecho informal". Encontró ejemplos contemporáneos de ello en cualquier forma de "justicia popular" y cualquier tipo de influencia intensa de la opinión pública, ambos incompatibles con el curso racional de la justicia.<sup>40</sup>

Del mismo modo, como es el caso con el rol constitutivo del derecho en la formación del sujeto, el enfoque evolucionista en el derecho no fue la consecuencia de un mero evolucionismo social, sino un elemento constitutivo del mismo. El estudio de la sociedad primitiva no fue considerado, en general, como un aspecto de la historia natural. Además, se trató como parte de los estudios jurídicos.<sup>41</sup> Especialmente, las preguntas realizadas para indagar acerca del desarrollo de la sociedad que incluyeron el matrimonio, la familia, la propiedad privada y el estado, conceptos que fueron pensados desde un punto de vista jurídico. Por lo tanto, un pensamiento jurídico específico dio forma a la idea de evolución socio-antropológica.

Algunos de los investigadores más influyentes de esta perspectiva progresista fueron abogados. Entre ellos, el renombrado Sir Henry Maine (1822-1888), quien abogó por un movimiento vectorial de la dependencia de la familia o clan a la obligación individual, asumiendo en consecuencia un movimiento del "estatus al contrato" y de la familia primitiva al estado territorial moderno. Su trabajo fue aceptado en general y sigue siendo muy influyente a pesar de las críticas masivas.<sup>42</sup> El desarrollo en la línea de lo que Maine consideraba el progreso del derecho romano fue el terreno para establecer cuáles eran las sociedades "progresistas", un término que Maine utilizó para referirse a las civilizaciones de Europa occidental, en contraste con las sociedades estáticas.<sup>43</sup> Desde esta perspectiva, el derecho romano sirvió como enlace entre un pasado remoto y un presente progresista, prometiendo un futuro tan brillante como el pasado imaginado del Imperio Romano.<sup>44</sup>

Aunque los factores de progreso variaban según las diversas teorías, el concepto de evolución vectorial del derecho y la sociedad fue un paradigma común. El progreso en el derecho fue visto como la realización de un orden que era innato a la vida social misma.

---

<sup>37</sup> FITZPATRICK (1998), p. 93.

<sup>38</sup> FITZPATRICK (1998), p. 112 s.

<sup>39</sup> HENRICH et al. (1988), p. 170.

<sup>40</sup> FITZPATRICK (1998), p. 112.

<sup>41</sup> KUPER (1988), p. 3.

<sup>42</sup> WATSON (1974), p. 12.

<sup>43</sup> MAINE (1931), p.18, 64.

<sup>44</sup> De hecho, esta es una repetición del esfuerzo y la lógica del Renacimiento, o Edad Moderna Temprana (comenzando alrededor de la época de la invasión de América a finales del siglo 15), en la que la gloria de la Antigua Roma renació para dar a la nueva Italia un pasado glorioso y catapultarla lejos de su presente ruinoso. Sobre este tema, véase: KICKPATRICK (2002), HUIZINGA (1953).

Según esta premisa, el derecho se desarrolla como una elaboración de un orden primordial y predeterminado.<sup>45</sup>

De esta manera, el derecho moderno tiene un fuerte referente en el pasado con el que se identifica y, al mismo tiempo, un "otro" histórico del que se distingue. Esta unidad silenciosa de contradicciones en la concepción de lo jurídico es lo que críticos posmodernos como Peter Fitzpatrick han identificado como la base mitológica de la ley moderna.<sup>46</sup> En cuanto al papel del derecho a nivel internacional, el aspecto más importante de este análisis es que el "otro" presente, que tiene una perspectiva socio-normativa diferente, se vincula automáticamente con ese "otro histórico", del cual una sociedad moderna en constante desarrollo necesita diferenciarse para continuar manteniendo su carácter moderno.

El modelo evolucionista del derecho sirvió para categorizar el pasado de las sociedades "occidentales", ejerciendo un poder taxonómico retroactivo, así como para clasificar a las sociedades contemporáneas "no occidentales" de acuerdo con el mismo modelo clasificatorio. El "otro" permaneció así separado de la norma universal absoluta, sólo conectado a ella a través de un vínculo de negación.<sup>47</sup> Una vez que el "Otro" había sido calificado de esta manera, estaba claro que esta alteridad anacrónica necesitaba ser superada. La única evolución pensable interpretada en el pasado, era transformada por lo tanto en un plan para el futuro, para el "desarrollo" del Otro, lejos de su Alteridad.

### **III. EL DERECHO MODERNO COMO MERCANCÍA – LA IMPORTACIÓN-EXPORTACIÓN DEL DESARROLLO**

La lógica del desarrollo y del envolverla en y a través del derecho, continúa en gran medida en el marco de los procesos de transferencia jurídica a lo largo del siglo XX y hasta hoy. De la misma manera que la dinámica de la reforma es un mecanismo autorreferencial clave para el progreso (es) de la ley moderna, la transferencia jurídica – un tipo de reforma presentada explícitamente como basada en la "ayuda extranjera" – trabaja para el desarrollo eterno del Otro (no jurídico). Es importante destacar que esto no quiere decir que la transferencia jurídica sea la forma "incorrecta" de remodelar los paisajes socio-jurídicos. Sin embargo, sostengo que nosotros, como actores en el campo jurídico, debemos reconocer (y eventualmente contrarrestar) las fuerzas en juego cuando hacemos uso de esta herramienta clave de reforma jurídica.

Como es habitual en el derecho moderno, el proyecto de importación-exportación está marcado por un enfoque naturalista de lo jurídico y, al mismo tiempo, por una actitud positivista. Una comprensión positivista es necesaria para perseguir la transferencia jurídica. Si la existencia del derecho natural universal más allá de toda ley positivizada fuera suficiente para asegurar "buen derecho", la idea de un trasplante de normas no tendría sentido; el derecho natural simplemente prohibiría cualquier ley humana. Igualmente, una perspectiva positivista hace posible el trasplante de normas de hecho porque entiende que un objeto

---

<sup>45</sup> FITZPATRICK (1998), p. 92 ss.

<sup>46</sup> FITZPATRICK (1998).

<sup>47</sup> FITZPATRICK (1998), p. 68 ss.

específico se puede encontrar en un lugar pero no existe en otro lugar; está "aquí" pero no "allá". Es imposible transferir algo omnipresente y preexistente como el derecho natural.

Sin embargo, si se necesita una comprensión positivista para concebir y llevar a cabo trasplante de normas jurídicas, es un enfoque naturalista el que le da sentido. Cualquier trasplante que se haga, se hace en nombre de un valor superior como la igualdad, la libertad, etc. Como se ha señalado anteriormente, la historia colonial ejemplifica bien el vínculo entre la idea de un desarrollo vectorial del derecho y la justificación de la transferencia normativa. Pero, si "la historia del derecho internacional fue [...] una de civilización progresiva de los estados",<sup>48 49</sup> esto no es sólo una característica del colonialismo y del imperialismo.

El nacionalismo estuvo, igualmente, desde un punto de vista moderno, en línea con el análisis de Zima, una representación y un resultado de una necesidad universal de libertad y progreso.<sup>50</sup> Viendo la creación de la nación como una parte esencial de "la" evolución, la perspectiva continuó siendo la misma que durante el colonialismo. A su vez, este modelo "nacional" también fue un elemento principal para ser "trasplantado" como parte del proyecto moderno imperialista (reformado).<sup>51</sup> Toda diversidad interna estaba subordinada a un concepto abstracto y general del derecho de carácter nacional, opuesto, y al mismo tiempo reproduciendo el enfoque del derecho aplicado por el colonialismo y el imperialismo.

Este proceso fue asumido en los primeros años del movimiento de Derecho y Desarrollo, cuando "la asistencia jurídica a menudo se percibía como un mecanismo administrativo para la 'construcción de la nación' y como un foro para transacciones comerciales estables y predecibles dentro de una economía capitalista liberal implícita".<sup>52</sup> Así, una idea clara y decidida sobre la naturaleza del derecho dio vida a la asistencia jurídica después de la Segunda Guerra Mundial, después de que el "paradigma imperialista" en las relaciones internacionales fuera reemplazado por el "paradigma del desarrollo".<sup>53</sup> Con el tiempo, cuanto más se desvanecía la fascinación por el desarrollo entendido en términos de progreso económico, más ganaba la asistencia jurídica en importancia retórica.<sup>54</sup>

---

<sup>48</sup> KAHN (1999), p. 109.

<sup>49</sup> Desde una perspectiva global sobre los procesos coloniales, es interesante observar que el libro de MAINE, 'Ancient Law' (1931), en el que desarrolló las ideas de evolución jurídica, participó implícitamente en el debate sobre la forma más adecuada de gobernar la India como colonia británica, STOKES ref. en FITZPATRICK (1998), p. 110. Desde el punto de vista de Maine, la India se colocó en una escala lineal preestablecida de progresión y solo pudo evolucionar de la manera singular en que el progreso era pensable: por la vía en que romanos y británicos habían transitado en el pasado. FITZPATRICK (1998), p. 110. Si la India iba a tener una oportunidad para su evolución, entonces tenía que seguir el ejemplo normativo de los estados modelo, que ya habían abierto el camino de la ley universalmente racional. La consecuencia práctica de esta visión lineal fue devastadora, ya que construyó la justificación primordial y la herramienta práctica para el imperialismo.

<sup>50</sup> CHATTERJEE (1986), p. 2.

<sup>51</sup> FITZPATRICK (1998), p. 119.

<sup>52</sup> GARDNER (1980), p. 6.

<sup>53</sup> ESTEVA (2006), p.183 ss.

<sup>54</sup> GARDNER (1980), p. 7.

Como señala Gardner, este activismo internacional, que fue muy poderoso en los Estados Unidos de América, pero también en la Europa post-colonialista, estuvo marcado por "nociones 'misioneras' técnicas y humanitarias primordiales".<sup>55</sup> Las instituciones gubernamentales cooperaron con las universidades más reconocidas para ayudar al "Tercer Mundo"<sup>56</sup> a "alcanzar la etapa de desarrollo" lograda en el Primer Mundo.<sup>57</sup> En este contexto queda claro el papel del derecho como herramienta, y por ende, la perspectiva del realismo jurídico en el que está inmerso. Como "técnicos de la democracia",<sup>58</sup> se supone que los abogados son capaces de resolver las disfunciones de la sociedad, de cualquier sociedad. En otras palabras, el derecho es una herramienta de la ingeniería social, un vehículo para la modernidad. Si el derecho es una herramienta, una vez que el imperialismo exportó la herramienta en sí, lo que se necesita es enseñar a los destinatarios a usar ese don, haciendo de la educación y capacitación jurídica un tema central para el desarrollo jurídico.

Por supuesto, la retórica colonial se desvaneció después de las idas y venidas políticas, pero la perspectiva sobre el desarrollo jurídico se mantuvo.<sup>59</sup> Lo más importante es que el desarrollo del Otro continuó siendo necesario, y siguió siendo lo que se vio como un modelo exitoso de derecho moderno guiado por la razón. Es importante destacar que la perspectiva de los trasplantes normativos como un avance hacia la razón no es exclusiva de los "donantes" del derecho. Recurrir a un sistema jurídico legitimador "superior", más desarrollado y, por lo tanto, más razonable (o al revés), pone el peso de la razón claramente en un lado.<sup>60</sup> En consecuencia, las transferencias jurídicas no impuestas podrían considerarse una expresión de la solución de la tensión entre una pluralidad de posibles desarrollos dentro del debate de la reforma jurídica.

Esta actitud de confiar en la razón de los demás resuena con los argumentos tradicionales del derecho natural y con la mitología de varias tradiciones jurídicas que afirman haber recibido la ley de una divinidad.<sup>61</sup> La razón es, por lo tanto, una alta autoridad en la búsqueda de la modernización.<sup>62</sup> Pero lo que se entiende por razón es ambiguo y tautológico, produciendo afirmaciones como "en nuestro tiempo [...] cada vez más, una

---

<sup>55</sup> GARDNER (1980), p. 7.

<sup>56</sup> El término "tercer mundo" fue creado por Alfred Sauvy (1898-1990) en su artículo '*Trois mondes, une planète*' en referencia a los países no-alineados durante la Guerra Fría. SAUVY (1952).

<sup>57</sup> BRONHEIM cit. en GARDNER (1980), p. 7.

<sup>58</sup> MALONE cit. en GARDNER (1980), p. 7.

<sup>59</sup> GARDNER (1980), p.44.

<sup>60</sup> La tendencia a presuponer una mayor calidad de los productos importados de Europa o Estados Unidos va más allá de la preconcepción generalizada de América Latina. Tomemos como ejemplo el proceso de reformas de la dinastía Qing, que había comenzado mucho antes de que las leyes extranjeras se incorporaran oficialmente a finales del siglo XX. Pero cuando comenzó la discusión sobre la "transferencia normativa occidental", se pusieron a la luz de una ley europea más desarrollada, HUANG (2001).

<sup>61</sup> WATSON (1974), p. 88.

<sup>62</sup> SEIDMAN y SEIDMAN (1994), p. 58.

decisión válida debe parecer racional, es decir, una que 'pueda ser explicada y defendida por argumentos aceptables para una audiencia razonable'".<sup>63</sup>

#### IV. PLURALIDAD JURÍDICA MÁS ALLÁ DE LA GUERRA FRÍA

El derecho desempeñó un papel importante en el discurso sobre el desarrollo después de la Segunda Guerra Mundial, con especial fuerza desde principios del decenio de 1960 (la "primera década del desarrollo") hasta mediados del decenio de 1970. Influenciado por la corriente teórica del realismo jurídico, el derecho llegó a ser visto como una herramienta para la ingeniería social en los "países en desarrollo" por los defensores del llamado "Movimiento Derecho y Desarrollo". Es importante destacar que el nombre "Movimiento Derecho y Desarrollo" puede ser engañoso en la medida en que los procesos abordados no son equivalentes a un movimiento social independiente. Más bien, este es un proyecto lanzado con la fuerza impulsora financiera de instituciones como la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID) y la Fundación Ford, que se centró principalmente en la educación y capacitación jurídica en "países en desarrollo" como parte de sus estrategias institucionales.<sup>64</sup>

Gestado en el contexto de la Guerra Fría y alimentado por la teoría de la modernización, en 1982 el "movimiento" fue declarado "casi muerto",<sup>65</sup> duramente criticado como ineficiente y contraproducente.<sup>66</sup> No obstante, el proyecto fue parcialmente reformado y en parte pausado para continuar más tarde de manera similar.<sup>67</sup> En la década de 1980, la "cuarta ola de elaboración de constituciones" estaba rodando en América Latina, combinando la redemocratización con reformas económicas.

En 1994, cuando el TLCAN entró en vigor sincrónicamente con el levantamiento Zapatista en un contexto de crisis económica, se hizo evidente que el modelo del Consenso de Washington requería un cambio.<sup>68</sup> El "movimiento" encontró buenas condiciones para un relanzamiento conceptual y político basado en el pareado armonioso entre buenos resultados económicos dentro de un mercado libre globalizado y buen derecho, tomando forma como el Nuevo Movimiento Derecho y Desarrollo, alcanzando cantidades récord.<sup>69 70</sup>

---

<sup>63</sup> SEIDMAN y SEIDMAN (1994), p. 58.

<sup>64</sup> Para una elaboración más detallada sobre este tema, véase, entre otros, ARAGÓN ANDRADE (2016), RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011) y BENÍTEZ-SCHAEFER (2012).

<sup>65</sup> SNYDER (1982), p. 373.

<sup>66</sup> Respecto a la trayectoria del movimiento: GARTH (2002). Para una evaluación crítica: TRUBEK/GALANTER (1974), p. 1084.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ (2001), p.23.

<sup>68</sup> Ver, por ejemplo, BURKI (1995), BURKI/PERRY (1998).

<sup>69</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 164.

<sup>70</sup> Los principales actores internacionales en este contexto fueron el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo y USAID. Podemos añadir además el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas (PNUFID) y los gobiernos de España, Alemania, Francia, Gran Bretaña e

Debido al aumento y la dispersión de las agencias de desarrollo que se ocupaban de las reformas normativas, las nuevas actividades de desarrollo fueron a una escala mucho mayor que antes y fueron dirigidas por "una amplia gama de actores multilaterales, gubernamentales y privados que promueven múltiples reformas, a menudo de manera descoordinada".<sup>71</sup> Además, la nueva generación enfatizó como parte de su autoimagen "un enfoque holístico desarrollado por las comunidades jurídicas locales",<sup>72</sup> <sup>73</sup> recuperando las críticas expresadas por los defensores de "otro desarrollo".<sup>74</sup>

Sin embargo, la primera y segunda ola de proyectos de derecho y desarrollo,

comparten el pilar de la teoría de la modernización, es decir, la convicción de que el subdesarrollo puede superarse si los países del Sur adoptan las instituciones típicas del capitalismo y la democracia occidentales. También comparten las características básicas del modelo propuesto, es decir, el legalismo liberal [...], y el desarrollo económico a través de la iniciativa privada en un mercado libre. Y ven el derecho como un instrumento importante para la construcción de entornos institucionales propicios para el desarrollo.<sup>75</sup>

A pesar del "gran consenso", la decepción y la duda aparecieron en la investigación orientada a la teoría y la praxis, poco después del lanzamiento de la "segunda ola".<sup>76</sup> Sin embargo, "la falta de éxito no ha sacudido el campo ni ha disminuido el entusiasmo por nuevos esfuerzos".<sup>77</sup> Para ser más precisos, las dudas sobre la importancia del derecho para el desarrollo no se refieren en general al papel del derecho como herramienta social normativa, sino más bien al papel de un tipo particular de derecho, es decir, un enfoque constitucionalista del "estado de derecho y de los derechos humanos" en contraste con el autoritarismo.<sup>78</sup>

El conglomerado de estos variados aspectos del derecho en esta expresión confusa nos vincula de nuevo con el análisis de Zima de la modernidad tardía ambivalente. Refleja el hecho de que los analistas combinan aspectos muy diferentes en un modelo y los vinculan con un concepto supuestamente claro: "derecho", ya sea argumentando a favor o en contra de su rol dentro de un concepto igualmente universal de desarrollo. Tomemos, por ejemplo,

---

Italia, RODRÍGUEZ (2001), p. 26, incluyendo la colaboración con ONGs e instituciones académicas. Los principales actores del lado del importador eran a menudo economistas y abogados latinoamericanos que fueron educados y entrenados en los Estados Unidos, y que ocuparon posiciones de élite dentro del estado y apoyaron las reformas desde dentro de los sistemas nacionales.

<sup>71</sup> RODRÍGUEZ (2001), p. 27.

<sup>72</sup> DAKOLIAS (1996), p. 69.

<sup>73</sup> María Dakolias fue la funcionaria del Banco Mundial a cargo de los programas latinoamericanos desde 1992 hasta que se unió a la vicepresidencia legal del banco en 1996.

<sup>74</sup> Sobre este enfoque en sus orígenes, ver: NERFIN y CARDOSO (1977).

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ (2001), p. 27.

<sup>76</sup> GARTH (2002); GINSBURG (2000), p. 830.

<sup>77</sup> GARTH (2002), p. 388.

<sup>78</sup> DAVIS (1998).

el análisis de Davis sobre "Constitucionalismo y desarrollo económico de Asia Oriental",<sup>79</sup> que combina constitucionalismo, derechos humanos, reforma democrática y estado de derecho.<sup>80</sup>

En resumen, si bien la nueva ola de derecho y desarrollo ha tratado de superar las críticas formuladas contra sus predecesores de los decenios de 1960 y 1970, ambos grupos de reformas son muy similares. El nuevo modelo podrá hacer mayor hincapié en la reforma institucional y pretender incorporar la participación de los actores locales, ser más disperso y tener un enfoque más conciso del desarrollo como crecimiento económico. Sin embargo, como critica Rodríguez, el núcleo es el mismo: "los nuevos programas se centran estrechamente en promover la inversión extranjera y la acumulación de capital como condiciones para el desarrollo económico. [...] Ellos] han adoptado claramente una perspectiva de arriba hacia abajo".<sup>81</sup> A estos dos elementos, podemos agregar que la equiparación del desarrollo con el desarrollo económico se hizo aún más fuerte, y el énfasis en la necesidad de desarrollarse hacia un determinado objetivo siguió siendo central.

Profundizando en los fundamentos filosóficos y teóricos de estas propuestas, no sorprende que las similitudes con la primera ola son más que las diferencias. Ambos enfoques, uno que enfatiza la educación jurídica y el otro la reforma institucional, se relacionan, de hecho, con dos modos de comprensión de la relación entre la razón legal y el desarrollo económico según Weber. Tom Ginsburg argumenta que mientras la primera ola enfatizó más bien el aspecto de la racionalidad jurídica como un aspecto cultural que podría permitir la transición de las formas de vida tradicionales a las modernas, la segunda, revitalizada por el nuevo enfoque institucionalista del historiador económico Douglas North, enfatizó el derecho como una restricción institucional efectiva.<sup>82</sup> El derecho, en este sentido, es parte de "arreglos institucionales técnicos (que proporcionan un entorno para emprendedores individuales)".<sup>83</sup> Debido a esta neutralidad técnica, "la política de desarrollo de hoy supone que un país debe adoptar las instituciones adecuadas para facilitar el crecimiento y que las instituciones pueden transferirse a través de las fronteras".<sup>84</sup>

El papel de la pluralidad en este contexto es, en consecuencia, muy limitado. Se hace hincapié en la necesidad de incorporar la perspectiva del "receptor" a la planificación e implementación de dichos programas. Igualmente, persiste una afirmación científica de prestar más atención a "las diferentes funciones del derecho en los países en desarrollo retrasado" y el "uso generalizado de alternativas informales a las normas positivas".<sup>85</sup> La idea

---

<sup>79</sup> DAVIS (1998).

<sup>80</sup> Curiosamente, su glosa que cita a Alexis de Tocqueville (1805-1859) (que establece el marco para su texto), así como la referencia principal para el argumento que impugna, a saber, un artículo de *Bilahari Kausikan*, el entonces representante permanente de Singapur ante las Naciones Unidas, se refiere solo a la "democracia".

<sup>81</sup> RODRÍGUEZ (2001), p. 37 ss.

<sup>82</sup> GINSBURG (2000), p. 831 y ss.

<sup>83</sup> GINSBURG (2000), p. 833.

<sup>84</sup> GINSBURG (2000), p. 833.

<sup>85</sup> GINSBURG (2000), p. 833 ss.



de lo que un derecho desarrollado debe proporcionar a la sociedad y lo que debe significar el desarrollo, permanece, sin embargo, bastante estable.

Es importante destacar que la relación entre el derecho y el desarrollo económico es primordialmente una en la que el derecho está subordinado y al servicio de un crecimiento económico específico. Al final, se supone que esta alianza entre derecho y desarrollo económico apoya el orden social y la "plena funcionalidad" de la sociedad. Qué significa el orden social, cómo o cuándo una sociedad es funcional, o para qué debe funcionar, son preguntas que se encuentran, desde esta perspectiva sobre el derecho y el desarrollo con una respuesta clara. Esta respuesta, supuestamente válida para todos, está finalmente subordinada a los requisitos del libre mercado globalizado.

## V. NUEVO, MÁS NUEVO, EL MÁS NUEVO

Este tipo de propuestas de desarrollo han sido criticadas como parte de la reactivación de un proyecto imperialista. Ejemplarmente, las reformas mexicanas del cambio de siglo han sido abordadas como un "proceso de reforma [que] no pretende, como han afirmado sus promotores, hacer una serie de medidas para corregir 'las fallas' del sistema judicial, sino que en realidad [...] se trata de poner en marcha un proyecto y una concepción diferente del papel de los tribunales del Estado en la sociedad y, por lo tanto, de su organización, administración y lógica interna".<sup>86</sup> Aragón Andrade concibe estas reformas como parte del "modelo hegemónico de globalización" mencionado anteriormente. Basado en Slavoj Žižek, afirma que "la idea de la 'buena justicia', que supera los defectos del actual aparato de justicia del Estado, ha sido llenada por el contenido específico de una idea promovida [...] por varias agencias internacionales como si estas fueran las únicas opciones posibles para lograr este objetivo".<sup>87</sup>

Un enfoque diferente para el cambio jurídico y el estado de derecho ha sido investigado y conceptualizado por Rodríguez-Garavito como "constitucionalismo global" refiriéndose específicamente a las reformas constitucionales de finales del siglo XX.<sup>88</sup> Para ser más precisos, el autor concibe esta perspectiva como un proyecto ideológico y político transnacional con raíces en el movimiento de derechos humanos que, curiosamente, está al mismo tiempo relacionado con un proyecto de "neoliberalismo global".

---

<sup>86</sup> ARAGÓN ANDRADE (2016), p. 7.

<sup>87</sup> ARAGÓN ANDRADE (2016), p. 7.

<sup>88</sup> Los estudios de Rodríguez-Garavito a los que se hace referencia abordan específicamente procesos socio-jurídicos que se remontan a los primeros años del siglo actual. Si bien desde entonces se han producido importantes cambios jurídicos, políticos y conceptuales, este análisis es válido para nuestro objetivo de abordar algunas tensiones claves entre el derecho como campo (conceptual y fáctico), sus procesos de reforma y la pluralidad (cultural). Entre muchos análisis socio-jurídicos, su trabajo se destaca por su amplio alcance, estudio detallado y las útiles categorías conceptuales que desarrolla sobre esta base. Pensamientos relacionados se pueden encontrar ejemplarmente en SOUSA SANTOS (2002 y 2005).

Las expresiones concretas de este "constitucionalismo global" se pueden ver en extensas declaraciones constitucionales de derechos, un énfasis en la revisión judicial (particularmente a través de los medios expresos de un reclamo de tutela ) y la diseminación del activismo judicial.<sup>89</sup> Ha habido diferentes enfoques de estas reformas, incluido en mayor o menor medida el elemento de revisión judicial y el modelo de economía de mercado y democracia. Particularmente notable es que este proyecto va más allá de América Latina, se extiende por ejemplo a España (1978), Portugal (1976) y Sudáfrica (1993), la transición más abarcadora de los antiguos países socialistas como Hungría (1989-90), Polonia (1986) y Rusia (1991), así como reformas menos radicales como el caso de Canadá (1982) y Nueva Zelanda (1990).<sup>90</sup>

Debido a su enfoque institucional, y más claramente a su énfasis en los derechos y su aplicación a través de la revisión judicial, el principal objeto y medio de la reforma (jurídica y social) de esta corriente fue el tribunal constitucional activista, o la corte suprema. Según Rodríguez-Garavito, estos tribunales tienen dos tareas principales: fortalecer las libertades de los ciudadanos frente al Estado ("derechos negativos") y proteger o mejorar los derechos sociales ("derechos positivos").<sup>91</sup> Ambos aspectos desafían una versión delgada del estado de derecho que el autor identifica con el proyecto neoliberal global: el primero es desafiante en la medida en que va más allá de una mera comprensión del derecho como una herramienta para la seguridad financiera y jurídica y la estabilidad política, mientras que el segundo se apodera del estado y sus deberes de proteger y proporcionar ciertos bienes.

Estos movimientos, sin embargo, no están separados de los intereses extranjeros y las inversiones del extranjero. Por el contrario, se basan en redes internacionales de derechos humanos y trabajan con el apoyo financiero clave de fundaciones privadas y gobiernos ubicados en los centros financieros y políticos del mundo. Del mismo modo, las redes transnacionales formales e informales de abogados y jueces de tribunales constitucionales han desempeñado un papel importante en este contexto. En particular, estas últimas conexiones se encuentran en la base de "la cita cruzada entre los tribunales constitucionales, el crecimiento del derecho constitucional comparado y la migración de ideas sobre la interpretación constitucional y los mecanismos de aplicación a través de las fronteras."<sup>92 93</sup>

---

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 164 ref. TATE.

<sup>90</sup> HIRSCHL (2004). p. 7 s.

<sup>91</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 165.

<sup>92</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 166.

<sup>93</sup> Un ejemplo concreto del papel de estas redes se puede ver en el curso de desarrollo profesional para magistrados organizado por el Colegio Judicial de Paraná (Foz do Iguaçu, Brasil) en 2010, titulado "Diálogo jurisdiccional entre los tribunales de integración europeos y latinoamericanos", donde participó el autor. Financiado en gran medida por la fundación alemana Konrad Adenauer Stiftung (KAS) y la Universidad Austriaca de Innsbruck, el evento reunió a jueces de diferentes partes de Brasil con algunos académicos austriacos y alemanes, representantes de la KAS y el juez alemán Günther Hirsch (\*1943, ex presidente del Tribunal Federal de Justicia y juez del Tribunal de Justicia Europeo) para discutir la interacción y la cita cruzada entre la jurisdicción europea y el Mercosur. KONRAD ADENAUER STIFTUNG (2010). El énfasis se puso, naturalmente, en el desarrollo de una mejor justicia en la región latinoamericana siguiendo el modelo europeo.

En cuanto a la fundamentación conceptual de este proyecto constitucional, Rodríguez-Garavito subraya los movimientos dentro y fuera de América Latina del "uso alternativo del derecho" y las tradiciones constitucionales y los activismos judiciales en Europa y Estados Unidos.<sup>94</sup> Sin embargo, la investigación muestra que este proyecto sufre los mismos defectos estructurales que el modelo neoliberal que pretenden impugnar (y con el que está íntimamente conectado). Incluso si una parte de sus partidarios tenía la intención de hacer efectivos los derechos básicos y transformar la sociedad a través de tribunales activos, al mismo tiempo, han provocado nuevas divisiones jerárquicas dentro de la sociedad que reflejan las nuevas jerarquías establecidas por su marco conceptual. Si, por un lado, se presentan como contrarios al enfoque neoliberal, por otro lado apoyan el mismo esquema de pensamiento.

Rodríguez-Garavito desarrolla su argumentación en la misma línea que Sousa Santos y Aragón Andrade, identificando dos líneas básicas de los proyectos de reforma legislativa. En primer lugar, hay una corriente "neoliberal", conectada a una visión delgada del estado de derecho y los argumentos de neutralidad técnica de la reforma judicial, y liderada por instituciones como el Banco Mundial. Esta corriente se relaciona con lo que Sousa Santos, y con él Aragón Andrade, denominan el proyecto hegemónico de globalización.

Al mismo tiempo, estos autores ejemplifican la existencia de otra corriente que busca reforma jurídica. Todos apoyan una cierta variedad de pluralismo jurídico y respaldan, en términos del estado de derecho como forma de desarrollo, una perspectiva participativa y distributiva en contraste con un enfoque (única o principalmente) orientado hacia el crecimiento económico. Rodríguez-Garavito, por ejemplo, se identifica con un enfoque alternativo del derecho, relacionándolo con una concepción del desarrollo basada en la teoría de la dependencia. Todos estos investigadores, así como otros juristas que trabajan en el campo del pluralismo jurídico y en el marco de la corriente del Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano invocan los Derechos Humanos desde una perspectiva de diversidad cultural. En términos prácticos, podemos decir que la reforma colombiana de 1991 y otros cambios en la región latinoamericana responden y derivan también de estos llamados de alternatividad.

Sin embargo, ambas corrientes están, como acentúan los defensores de este enfoque "alternativo", interconectadas a través de instituciones, biografías y conceptos que participan en este movimiento hacia un "mejor derecho" y una "mejor aplicación de la ley" a través de la reforma legal y judicial.<sup>95</sup> En la práctica, estas conexiones significaron el lanzamiento de proyectos que incluyen una mezcla de enfoques y dieron como resultado "soluciones combinadas".

---

<sup>94</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 166 ss.

<sup>95</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 159 ss.; GARTH (2002), p. 387; SOUSA SANTOS y RODRÍGUEZ-GARAVITO (2005), p.19 y ss.

## VI. REFORMA CONSTITUCIONAL: ¿ATRAPADA EN LA AMBIVALENCIA?

Un buen ejemplo es la reforma del sistema de justicia penal colombiano en el marco de la ya mencionada reforma constitucional de 1991,<sup>96</sup> que Rodríguez-Garavito investigó en su detallado relato.<sup>97</sup> El contexto de esta reforma estuvo marcado por la presencia de ambos enfoques reformistas. Por un lado, la Asamblea Constituyente de 1991 incluyó una cepa neoliberal visible en la propuesta del gobierno a la asamblea incorporando los elementos centrales del Consenso de Washington. Por otro lado, incorporó también una tensión neoconstitucional a través de la "representación sin precedentes de los partidos de izquierda [...] y la influencia de los abogados constitucionalistas dentro de la élite gubernamental".<sup>98</sup>

Es importante destacar que Rodríguez-Garavito subraya que ambos grupos que participaron en la redacción constitucional fueron entrenados o educados en los Estados Unidos. Mientras que los primeros estaban ocupados con las disposiciones que permitirían la implementación de la economía neoliberal, la liberalización del comercio y la privatización de las empresas estatales, los segundos elaboraron la declaración de derechos de la constitución y los arreglos institucionales clave. Es importante destacar que esta declaración de derechos y los arreglos institucionales se desarrollaron a través de un intenso ejercicio de derecho comparado, indagando en las secciones correspondientes de las constituciones de Alemania, Italia, Estados Unidos y España,<sup>99</sup> y permitiendo la incorporación de ideas encontradas en estos documentos. La moderación de la discusión que surgió en esta tensión fue liderada por algunas figuras políticas clave que participaron en este proyecto que actuaron como "intermediarios" entre los dos grupos.

Además del papel de estos agentes particulares, Rodríguez-Garavito enfatiza también dos mecanismos básicos para la gestión de posibles enfrentamientos: en primer lugar, el acuerdo entre ambos grupos sobre la necesidad de hacer efectiva una versión delgada del estado de derecho, y, en segundo lugar, el hecho de que los dos grupos tenían una formación educativa y personal común que brindaba la posibilidad de comprensión, identificación, respeto y diálogo hasta cierto punto. Al mismo tiempo, ambos grupos se encontraban en una situación similar con respecto a su propio campo profesional, tratando de establecerse con perspectivas más allá de las corrientes principales del keynesianismo y la tradición legal francesa que lidera en Colombia. Este impulso de posicionarse en sus propias áreas resultó en una lucha común contra otros grupos, lo que, a su vez, permitió una cierta comprensión y conexión entre las dos posiciones.

En resumen, "aunque las diferencias entre los dos campos eran evidentes, el acuerdo sobre los derechos civiles y políticos fundamentales incluidos en la versión delgada del estado

---

<sup>96</sup> Desde 1991, la Constitución colombiana ha sido reformada en muchas ocasiones, y particularmente a fondo en 2015. Sin embargo, esta reforma clave en la historia jurídica latinoamericana reciente es relevante para reflexionar sobre las luchas contemporáneas. Para el argumento de este artículo, sirve como un ejemplo en el que se puede observar la interacción entre las fuerzas plurales, sus tensiones y compromisos utilizando la investigación sociológica existente.

<sup>97</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 167 ss.

<sup>98</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 168.

<sup>99</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 170.

de derecho se combinó con afinidades sociales y profesionales para evitar una confrontación abierta sobre el texto constitucional".<sup>100</sup> Naturalmente, el resultado de esta asamblea heterogénea fue una Constitución heterogénea: "la Asamblea terminó adoptando tanto normas que permiten la reforma neoliberal (por ejemplo, una mayor protección de la propiedad y enjuiciamiento de los delitos) como normas que permiten la impugnación de la primera (por ejemplo, derechos sociales exigibles y fuertes protecciones procesales para los acusados penales)".<sup>101</sup> Aquí encontramos de nuevo la ambivalencia como una característica de los esfuerzos modernos tardíos en términos de Zima.

Esta Asamblea Constituyente pretendía responder al desmoronamiento del orden social, económico y político tradicional en medio de un contexto de crisis económica globalizada, luchas continuas con grupos guerrilleros y sectores marginados de la sociedad, y una tensión internacional en torno a la producción y el contrabando de drogas. La respuesta, sin embargo, no trascendió los modelos que estaban en la base de estos conflictos. "Combinó" las diferentes fuerzas e intereses en una solución ambivalente que trató de mantener a todos contentos retrasando el estallido de la tensión. Por lo tanto, no es sorprendente que Rodríguez-Garavito informe que "una vez que cambiaron las circunstancias políticas excepcionales que rodearon la promulgación de la Constitución de 1991, el consenso [entre los dos grupos de reformistas] también se vio sacudido".<sup>102</sup>

Si tomamos el ejemplo de la transformación del sistema de justicia penal, el choque entre los dos enfoques encontró expresión en la oposición entre los reformadores orientados a la seguridad, que tenían como objetivo mejorar la investigación de delitos mediante la inclusión de un fiscal independiente perteneciente al poder ejecutivo, y los reformadores orientados a los derechos, que tenían una limitación de la independencia judicial y promovían la protección de los derechos de los ciudadanos. El resultado fue la introducción de un fiscal híbrido con funciones judiciales. Como señala el autor,

más que un compromiso satisfactorio para ambos campos, el híbrido encarnó un 'empate catastrófico', en el sentido de que el resultado fue un Fiscal General todopoderoso cuyas funciones judiciales [...] llegaría a preocupar tanto a los reformadores neoliberales (que más tarde los verían como un obstáculo para el enfoque de los fiscales de distrito en investigaciones eficientes) como a los abogados neo-constitucionales (que llegarían a verlos como una fuente de poder arbitrario).<sup>103</sup>

Si, al principio, esta ambivalencia parecía ser la solución más cercana al consenso, pronto ambos proyectos chocaron, comenzando con el debate sobre el curso de los programas de reforma. Por un lado, la institución financiadora del proyecto de reforma, USAID, abogó por mejorar la investigación eficiente del delito, y, por otro lado, el administrador local FES (*Fundación para la Educación y el Desarrollo Social*) criticó este enfoque, enfatizando la necesidad de asignar recursos a otras ramas del poder judicial y al acceso

---

<sup>100</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 171.

<sup>101</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011).

<sup>102</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 171.

<sup>103</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 172.

ciudadano a la justicia.<sup>104</sup> Finalmente, la cooperación entre ambas instituciones fue abandonada en desacuerdo.

Los enfrentamientos con respecto a la reforma judicial se intensificaron en los círculos académicos y profesionales nacionales, así como en la implementación de otros programas de reforma financiados por USAID, lo que finalmente llevó al aborto de varios de ellos, por ejemplo, la reforma de la Fiscalía General. En una fase posterior del proceso de reforma, los intereses neoliberales y neo-constitucionales se reunieron nuevamente para reformar el sistema de justicia penal establecido en 1991. Esta reforma implicó la realización del "trasplante institucional que había sido promovido por USAID durante más de diez años", incluyendo una Fiscalía General de la Nación con funciones judiciales mínimas, centrada en la investigación criminal y trabajando a través de procedimientos orales.<sup>105</sup>

Además, este proyecto, acompañado de otros esfuerzos para fortalecer el acceso a los programas de justicia y el sistema de asistencia legal para "los pobres y marginados", combinó un "neoliberalismo castigado" con un "neo-constitucionalismo castigado", lo que implicó "una acomodación mutua del énfasis neoliberal en la propiedad y el orden público y el enfoque neoconstitucionalista en la redistribución y las garantías de las libertades individuales".<sup>106</sup> Este es el consenso en la base del apoyo contemporáneo al estado de derecho, como era de esperar, un consenso dominado por una tensa ambivalencia.

En palabras del experto colombiano, "el resultado de esta lucha inter-elitista en curso es un híbrido reformista provisional que atenúa tanto los proyectos neoliberales como los neo-constitucionales y los integra en una amalgama inestable de neoliberalismo y derechos".<sup>107</sup> Es importante remarcar que esta convergencia ha "reproducido efectivamente el privilegio de la élite",<sup>108</sup> mostrando nuevamente una forma por la cual la supuesta integración de diversos enfoques en una regla combinada funciona dentro del sociolecto ambivalente del derecho moderno, recrea el desplazamiento de la diversidad.

Podría sorprender que tales perspectivas, a veces claramente opuestas, sobre el derecho y el desarrollo como las que Rodríguez-Garavito describe como neoliberales y neo-constitucionales, puedan compartir proyectos, conceptos, carreras profesionales y movimientos políticos.<sup>109</sup> Sin embargo, recordando el enfoque propuesto por Zima con respecto a la ambivalencia en el núcleo de los conceptos en un enfoque moderno tardío, esta combinación inestable es un resultado bastante lógico. Los meros conceptos utilizados, entre ellos el "estado de derecho", se mantienen en una cierta ambivalencia porque de lo contrario todo el proyecto se derrumbaría. También los enfoques alternativos deben invocar el estado

---

<sup>104</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 174.

<sup>105</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 175.

<sup>106</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 176.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 177.

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ-GARAVITO (2011), p. 178.

<sup>109</sup> Sin duda, esta no es una dinámica reservada al ámbito jurídico. Solo para tomar un ejemplo, vea la evaluación de SOLÍZ RADA (2011) de los reclamos indígenas en Bolivia, que aborda cómo los grupos indígenas firmaron acuerdos con empresas transnacionales de la industria minera con el objetivo de respaldar sus reclamos.

de derecho si pretenden recibir el apoyo de sus propios gremios, así como el respaldo de las instituciones financieras internacionales.

El ejemplo colombiano ya histórico representa muchas reformas en América Latina (y otras regiones) en las últimas décadas. Ambos grupos tienen como objetivo cambiar el estado, desarrollándolo de acuerdo con sus propios ideales y perspectivas, y por lo tanto no es sorprendente que ambos estén interesados en las mismas técnicas de reforma, utilicen un lenguaje similar, etc. En otras palabras, los dos enfoques de la reforma jurídica pueden conectarse entre sí porque sus herramientas argumentativas son ambivalentes. Términos como "derechos" o "ley" tienen la capacidad de hacer que todos estén de acuerdo, incluso cuando disienten sobre cuáles son las características específicas invocadas.<sup>110</sup>

Estos nuevos enfoques constelan de nuevo la tensión cómplice entre iusnaturalismo y iuspositivismo. Mientras que el enfoque neoliberal elabora la promesa del positivismo jurídico prometiendo que una cierta estructura, y lo más importante ciertas instituciones, producen un mejor derecho, el enfoque neo-constitucional, haciéndose eco de las viejas perspectivas naturalistas sobre el derecho, promete que las leyes que siguen ciertos principios – principios humanitarios y principios del respeto de diferentes culturas, entre otros – crearán un mejor derecho y, por lo tanto, el desarrollo correcto (o mejor). Si bien hay diferencias con el debate histórico entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, la estructura y la dinámica de los dos lados en acción son casi las mismas. Su relación y su éxito combinado son igualmente ambivalentes.

En resumen, el enfoque del desarrollo jurídico contemporáneo al que Rodríguez se refiere como neoliberal, o como una recreación de la teoría de la modernización, trata de la pluralidad en una forma en que se conserva una jerarquía y finalmente descarta la crítica pluralista. El enfoque neo-constitucional, a su vez, parte de una crítica pluralista: se necesita un enfoque holístico, es posible un desarrollo alternativo. Pero, por último, termina enfatizando una forma de alternatividad, está igualmente orientada hacia la idea de un desarrollo particular y un mejor derecho. Los criterios para un mejor derecho y más justicia se establecen sobre la base de normas claras específicas. Incluso en los casos en que estos estándares pueden ser opuestos a los de un enfoque neoliberal, funcionan de la misma manera, requieren una autoridad similar y establecen jerarquías estables en la misma forma. Para tomar una imagen, un enfoque es el espejo negativo del otro. Por lo tanto, podemos saltar entre una imagen especular y la otra, pero no estamos creando un mundo diferente más allá de eso.

En este sentido, ninguna de las nuevas opciones trasciende un modelo moderno. Aunque los nuevos enfoques orientan sus esfuerzos hacia la incorporación de una pluralidad de perspectivas, se comprometen con la pluralidad de maneras que la reducen. Esta reducción puede tomar muchas formas: a veces una jerarquía se determina desde el principio, a veces es el resultado de un compromiso insatisfactorio. En consecuencia, el desarrollo

---

<sup>110</sup> En este sentido, véase también la discusión de Fitzpatrick presentando el derecho moderno como un mito, entendiendo por tal un complejo que por su ambigüedad adquiere y recrea su validez FITZPATRICK (1998).

jurídico está subordinado a un modelo moderno del único buen derecho, o se desvanece en una red de compromisos que deja la puerta abierta a todo tipo de abusos de poder.

## VII. ANOTACIONES FINALES

En las últimas páginas, hemos explorado algunos aspectos clave de las luchas del derecho frente a la pluralidad desde una perspectiva interdisciplinaria. Concebir el derecho dentro de una situación sociolingüística, a través de la cual algunas preguntas y respuestas son posibles (y otras no), nos permite situar los desafíos legales y su análisis sociológico e histórico dentro de un marco más amplio. Además, este enfoque podría mejorar nuestra comprensión de los procesos actuales de reforma jurídica y sus consecuencias.

Teniendo en cuenta el marco de Zima, la relación entre un "derecho moderno" y la pluralidad es tensa desde el principio. La creación del "derecho moderno" ha servido para dar forma a la autocomprensión del "hombre moderno" y las "sociedades modernas", haciendo de ello un campo clave en los proyectos coloniales y más tarde en los proyectos de desarrollo. Problemáticamente, las reformas que apuntan a un desarrollo *moderno* del derecho dependen de un modelo orientativo *único* que disuelve la tensión entre diversas perspectivas. Sin embargo, una vez que hemos aceptado la pluralidad como una característica necesaria de las sociedades vivas, o al menos como una realidad empírica que debe respetarse, resolver la *ambigüedad* (a través del derecho moderno temprano) se vuelve insuficiente.

La *ambivalencia* inherente a las perspectivas modernas tardías sobre el desarrollo jurídico tampoco ofrece salvación, a pesar de todo el énfasis puesto en "involucrar a ambas partes". Como mostró el ejemplo de la reforma colombiana de 1991 y su análisis socio-jurídico de Rodríguez-Garavito, los enfoques tardomodernos fomentan más bien ilusiones discursivas que conducen a la solidificación de las *razones* que justifican los mismos proyectos que, al final, atentan en contra de la pluralidad. No podemos permanecer ingenuos sobre las promesas que nosotros, como abogados, quisiéramos creer.

Pero tal vez haya algo que ganar con esta pérdida de ingenuidad; hay una invitación detrás de esta revisión aparentemente desesperada. En primer lugar, creo que esta propuesta ha demostrado cuánto vale la pena entender el derecho y la investigación jurídica como parte de la vida sociocultural y la investigación. En segundo lugar, si nos vemos a nosotros mismos y a nuestro campo como anidados dentro de la interacción sociocultural, entonces también nuestro enfoque de la pluralidad (sociocultural) podría dar un giro y nuestra comprensión de nuestros roles como profesionales del derecho e investigadores podría cambiar.

Si no podemos lidiar con la pluralidad (sólo) en términos autoritativos de razón y mejor razón evolucionando linealmente, entonces podría ser significativo evaluar las luchas actuales en términos de una transformación de conflictos más amplia y profunda. En esta línea de pensamiento, vale la pena preguntarnos: ¿qué se necesita para que nosotros, los abogados, bajemos de la escalera del desarrollo y nos comprometamos sinceramente con nuestros muchos "Otros"? ¿Cómo podría ser encontrar nuestra propia "otredad" dentro del trabajo jurídico? ¿Cómo podemos crear conjuntamente y a través de nuestro trabajo jurídico, alimentado también por nuestras diferencias, procesos compartidos de florecimiento humano?



## BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ARAGÓN ANDRADE, Orlando. (2016). *De la “vieja” a la “nueva” justicia indígena. Transformaciones y continuidades en las justicias indígenas en Michoacán*. Universidad Autónoma Metropolitana-Unidad Iztapalapa/Ediciones del Lirio. México.
- BALKIN, Jack M. (1993). “Understanding Legal Understanding. The Legal Subject and the Problem of Coherence”. *The Yale Law Journal*. Vol. 103. No. 1 (Oct. 1993). pp. 105-176.
- BENITEZ-SCHAEFER, Florencia (2012). “Plurality in Legal Development. An Appraisal of Modern and Post-Modern Models of Legal Development”. Doctoral Thesis. Vienna University, 2012. Available at URL: <http://othes.univie.ac.at/22464/> (last accessed 21st July 2023).
- BURKI, Shahid Javed (1995). “Economic Development and Judicial Reform”. In Rowat, Malcolm; Waleed H. Malik and Maria Dakolias (eds.). *Judicial Reform in Latin America and the Caribbean*. Proceedings of a World Bank Conference. The World Bank. Washington.
- BURKI, Shahid Javed and Guillermo E. PERRY (1998). *Beyond the Washington Consensus. Institutions Matter*. The World Bank. Washington.
- CHATTERJEE, Partha (1986). *Nationalist Thought and the Colonial World. A Derivative Discourse*. Zed Books. London.
- COHEN, Paul A. (2003). *China Unbound. Evolving Perspectives on the Chinese Past*. Routledge. New York.
- CORREAS, Óscar (2003). *Pluralismo jurídico. alternatividad y derecho indígena*. Fontamara. México DF.
- DAKOLIAS, Maria (1996). *The Judicial Sector in Latin America and the Caribbean*. World Bank. Washington DC.
- DAVIS, Michael C. (1998). “The Price of Rights. Constitutionalism and East Asian Economic Development”. *Human Rights Quarterly*. no. 20. pp. 303 ff.
- DIETRICH, Wolfgang (2008). *Variationen über die vielen Frieden*. vol. 1. Deutungen. Verlag für Sozialwissenschaften. Wiesbaden.
- ESTEVA, Gustavo (2006a). “Development”. In Dietrich, Wolfgang; Josefina Echavarría Alvarez and Norbert Koppensteiner (eds.). *Schlüsseltexzte der Friedensforschung*. LIT. Berlin/Wien. pp. 183 ff. [1991].
- FITZPATRICK, Peter (1998). *La mitología del derecho moderno*. Siglo XXI. México D.F. [1992].
- GARDNER, James A. (1980). *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. University of Wisconsin Press. Wisconsin.
- GARTH, Bryant G. (2002). “Building Strong and Independent Judiciaries through the New Law and Development. Behind the Paradox of Consensus Programs and Perpetually Disappointing Results”. *De Paul Law Review*, no. 52, pp. 383 ff.
- GINSBURG, Tom (2000). “Does Law Matter for Economic Development? Evidence from East Asia”. *Law & Society Review*. Vol. 34, no. 3, pp. 829 ff.
- GONZÁLEZ, María del Refugio (1983). *Historia del derecho mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F.

- GROTIUS, Hugo (2001). *On the Law of War and Peace* (De jure belli ac pacis), trans. A.C. Campbell. Batoche Books. Kitchener [1625].
- HALL, Stuart (1996). "Who needs identity?". In Hall, Stuart and Paul du Gay (eds.). *Questions of Cultural Identity*, pp. 1 ff.. Sage Publications. London.
- HANKE, Lewis (2002). *The Spanish Struggle for Justice in the Conquest of America*. Southern Methodist University Press. Texas [1949].
- HIRSCHL, Ran (2004). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press. Chicago.
- HUANG, Philip C. C. (2001). *Code, Custom, and Legal Practice in China – The Qing and the Republic Compared*. Stanford University Press. California.
- HUIZINGA, Johan. (1953). *Das Problem der Renaissance*. Wissenschaftliche Buchgemeinschaft. Tübingen.
- KAHN, Paul W. (1999). *The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship*. University of Chicago Press. Chicago/London
- KIRKPATRICK, Robin (2002). *The European Renaissance. 1400-1600*. Routledge. London.
- KONRAD Adenauer Stiftung (2010). "Diálogo Jurisdiccional entre las Cortes de Integración Europeas y Latinoamericanas". In Webpage of Konrad Adenauer Stiftung, available at URL. <http://www.kas.de/rspla-mex/es/events/43863/> (last accessed 25th March 2012).
- KUPER, Adam (1988). *The Invention of the Primitive Society. Transformation of an Illusion*. Routledge. London.
- MAINE, Henry (1931). *Ancient Law*. Oxford University Press. London.
- NERFIN, Marc and CARDOSO, Fernando Henrique (1977). *Another Development: Approaches and Strategies*. Uppsala: Dag Hamarskjöld Foundation.
- RICHARD W. Bauman. (1996). *Critical Legal Studies: A Guide to the Literature*. Westview Press. Boulder.
- RODRÍGUEZ, César (2001). "The Return of Law and Development". *Beyond Law*. vol. 7. no. 23. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). pp. 13 ff.
- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (2011). "Toward a Sociology of the Global Rule of Law Field. Neoliberalism, Neoconstitutionalism, and the Contest over Judicial Reform in Latin America". in Dezalay, Yves and Bryant G. Garth. *Lawyers and the Rule of Law in an Era of Globalization*. Routledge. New York/Oxon.
- RUSKOLA, TEEMU (2005). "Legal Orientalism" *Zeitschrift für Chinesisches Recht*. no. 4. pp. 269 ff.
- SAUVY, Alfred (1952). "Trois mondes. une planète". L'Observateur. 14th August 1952. no.118. p. 14. available at: Webpage of le magazine del'homme moderne. <http://www.homme-moderne.org/societe/demo/sauvy/3mondes.html> (last accessed 17th May 2023).
- SEIDMAN, Ann W. and SEIDMAN, Robert B. (1994). *State and Law in the Development Process. Problem-Solving and Institutional Change in the Third World*. St. Martin's Press. New York.
- SIERRA, María Teresa, HERNÁNDEZ, A. R. and SIEDER, R. (2013). *Justicias indígenas y Estado: Violencias contemporáneas*. FLACSO-México.
- SNYDER, Francis G. (1982). "Book Review. The Failure of 'Law and Development'". *Legal Imperialism. American Lawyers and Foreign Aid in Latin America*. By James A. Gardner'. Wisconsin Law Review. pp. 373 ff.

- 
- SOLÍZ Rada, Andrés (2011). “El pachamamismo al servicio de las petroleras”. In Webpage of bolpress, Comentarios y Enfoque, 26th December 2011, available at URL: <http://www.bolpress.com/art.php?Cod=2011122610> (last accessed 18th May 2023).
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (2002): *Toward a New Legal Common Sense: Law, Globalization and Emancipation*, 2nd ed., Cambridge University Press, Cambridge [1995].
- SOUSA SANTOS, Boaventura de and RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (2005). *Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge University Press. Cambridge.
- TRUBEK, David and GALANTER, Marc (1974). “Scholars in Self-Estrangement. Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States”. *Wisconsin Law Review*. pp. 1062 ff.
- WATSON, Alan (1974). *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*. University Press of Virginia. Charlottesville.
- ZIMA, Peter V. (2001). *Moderne/Postmoderne. Francke*. Tübingen/Basel [1997].