

DERECHO Y GOBERNANZA EN LA SOCIEDAD MUNDIAL.
ALGUNAS APORTACIONES DE LA SOCIOLOGÍA
DEL DERECHO, CON ESPECIAL REFERENCIA
AL CAMBIO JURÍDICO EN MÉXICO*

Héctor FIX-FIERRO**

A Jorge Witker en sus cuarenta años como
investigador del derecho en el Instituto de In-
vestigaciones Jurídicas de la UNAM

A la memoria de Volkmar Gessner

The study of world society is the study of
the total environment in which the beha-
viour of individuals, groups, nations and
states occurs.

John W. BURTON***

* Este trabajo constituye la versión revisada y ampliada de la ponencia presentada en el Seminario Internacional “Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano”, realizado los días 26 y 27 de febrero de 2014 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. El autor agradece la convocatoria de José María Serna de la Garza, impulsor y coordinador del seminario, a participar en este fructífero e indispensable debate, así como los comentarios y observaciones de él mismo, de Sergio López Ayllón, Jacqueline Martínez Uriarte y Alberto Abad Suárez Ávila.

Este ensayo se apoya también en los trabajos que el autor tuvo oportunidad de emprender como investigador visitante de la Universidad de Bremen, Alemania, entre 2003 y 2006, en el marco del proyecto “Nuevas formas de seguridad jurídica en los procesos de intercambio global”, dirigido por Volkmar Gessner, como parte del Centro de Investigación Colaborativa “Transformaciones del Estado” (SFB 597) de la misma Universidad.

** Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigador nacional.

*** Burton, John W., *World Society*, Cambridge-New York, Cambridge University Press, 1972, p. 4: “El estudio de la sociedad mundial es el estudio del entorno total en el que se produce el comportamiento de individuos, grupos, naciones y estados” (traducción de HFF).

...a degree of lack of mirroring is a normal state of relations between law and society. Almost by definition this will be true of all stratified or pluralistic societies. It is certainly the normal state for many formerly colonized countries. It may also be the case that, when a mismatch exists, the proper solution is not to make the law more efficacious, but to abolish the law, or seek other ways to change society. Or maybe a mismatch is, all things considered, the best solution for a complex social problem, in which it is good that the law espouses certain rules, and it is good that the legal actors take no action to effectuate them, or that people ignore them.

Brian Z. TAMANAHA****

SUMARIO: I. *Planteamiento*. II. *Sociedad mundial, Estado y derecho*. III. *El cambio jurídico en México desde la perspectiva de la sociedad mundial*. IV. *Perspectivas de la gobernanza a través del derecho en la sociedad mundial*.

I. PLANTEAMIENTO

Los conceptos de “gobernanza” y de “globalización”, que son centrales en la reflexión sobre los cambios ocurridos en los órdenes jurídicos durante las últimas décadas, aluden a una profunda transformación de la institución —el Estado— que desde hace varios siglos ha sido el eje de las funciones de go-

**** Tamanaha, Brian Z., *A General Jurisprudence of Law and Society*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2001, p. 132: “...que el derecho no sea reflejo de la sociedad en un cierto grado es el estado normal de relaciones entre ellos. Casi por definición esto será verdad de todas las sociedades estratificadas o pluralistas. Ciertamente es el estado normal en muchos países antiguamente colonizados. También puede ser el caso de que, cuando haya una discordancia, la solución adecuada no sea la de hacer más eficaz el derecho, sino la de abolirlo, o buscar otros modos para cambiar a la sociedad. O quizá la discordancia resulte ser, bien vistas las cosas, la mejor solución para un problema social complejo, en el cual es bueno que el derecho consagre ciertas reglas, y es bueno que los actores jurídicos no hagan nada por hacerlas efectivas, o que la gente no las tome en cuenta” (traducción de HFF).

bierno y de creación de derecho en su espacio territorial. Dicha transformación implica que ambas funciones han dejado de ser, al menos en la teoría, dominio exclusivo del mismo Estado, para pasar a ser compartidas con otros actores y otras instituciones, tanto por encima como por debajo de las fronteras nacionales.¹ Tal proceso de cambio ha suscitado un debate muy intenso en las más diversas disciplinas sociales, y la bibliografía resultante puede considerarse prácticamente inabarcable, por lo que tendría poco sentido tratar de sintetizar aquí sus principales resultados.

La sociología del derecho o sociología jurídica —usaremos estos términos de manera indistinta—² se ha sumado también al debate, no sin enfrentar considerables dificultades para definir y delimitar su (¿nuevo?) objeto de estudio.³ Tales dificultades derivan, por una parte, de los problemas

¹ El concepto de “gobernanza” (*governance*) alude precisamente a la idea de que la dirección de la sociedad no depende solamente de la función de “gobierno” del Estado, en sentido estricto, sino que se trata de una responsabilidad compartida con los agentes económicos y las organizaciones de la sociedad civil. En lo que sigue se da por sentado que el derecho es a la vez un instrumento del “gobierno” y de la “gobernanza”, por lo que este último concepto ya no se desarrollará de manera particular. Sobre la definición y alcance de la gobernanza, véase Serna de la Garza, José María, *Globalización y gobernanza. Las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público (contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC)*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010, capítulo II, especialmente pp. 34 y siguientes.

² Señala Jean Carbonnier que, para algunos, la diferencia entre ambos conceptos radicaría en la amplitud del campo de estudio: la sociología del derecho se ocuparía, de manera limitada, del derecho mismo, de las reglas y las instituciones, mientras que la sociología jurídica tendría un objeto más amplio, esto es, cualquier fenómeno que tenga al derecho como causa, efecto u ocasión, incluyendo los fenómenos de violación, ineffectividad y desviación. Carbonnier se inclina, como nosotros, por el campo más amplio de estudio, pero considera que los términos de “sociología jurídica” y “sociología del derecho” pueden utilizarse indistintamente. Carbonnier, Jean, *Sociologie juridique*, Paris, PUF, 2008, p. 13.

³ Desde la sociología jurídica, véanse los siguientes ensayos pioneros: Shapiro, Martin, “The Globalization of Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, issue 1, Fall 1993, pp. 37-64; Gessner, Volkmar, “Global Legal Interaction and Legal Cultures”, *Ratio Juris*, vol. 7, 1994, pp. 132-145; Friedman, Lawrence M., “Borders: On the Emerging Sociology of Transnational Law”, *Stanford Journal of International Law*, vol. 32, 1996, pp. 65-90; Scheuerman, William E., “Global Law in Our High Speed Economy”, en Appelbaum, Richard P., William L. F. Felstiner y Volkmar Gessner (eds.), *Rules and Networks. The Legal Culture of Global Business Transactions*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2001, pp. 103-121.

En nuestro idioma, un extenso y documentado ensayo es el del estudioso brasileño José Eduardo Faria, *El derecho en la economía globalizada*, trad. de Carlos Lema Añón, Madrid, Trotta, 2001; también pueden verse los ensayos reunidos en Cancio Meliá, Manuel (ed.), *Globalización y derecho*, vol. 9 del *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Madrid, 2005. Desde la perspectiva del sistema jurídico mexicano puede verse Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “El Tratado de Libre Comercio de América del Norte

que padece la propia sociología para librarse del lastre que ha significado circunscribir de manera principal su objeto de estudio a las “sociedades” nacionales (la “sociedad” mexicana, la francesa, la brasileña, etcétera), aunque en sus orígenes la reflexión sociológica se refería más a un nuevo *tipo* de sociedad —la sociedad moderna— que a su instanciación en un territorio determinado. En la actualidad, la sociología insiste —o al menos lo hacen algunas corrientes dentro de ella— en que solamente existe *una* sociedad: la “sociedad mundial”. Este concepto ha sido desarrollado desde los años setenta por varias corrientes y escuelas sociológicas,⁴ como la corriente funcionalista-sistémica encabezada por Niklas Luhmann y sus discípulos,⁵ la escuela neoinstitucionalista de Stanford encabezada por John W. Meyer,⁶ y la escuela del sociólogo suizo Peter Heintz basada en la sociología del desa-

y la globalización del derecho. Una visión desde la sociología y la política del derecho”, en Witker, Jorge (coord.), *El Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Análisis, diagnóstico y propuestas jurídicas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1993, tomo I, pp. 19-54; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “Estado y derecho en la era de la globalización”, en *Estudios jurídicos en homenaje a don Santiago Barajas Montes de Oca*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1995, pp. 191-238. En relación con la institución del Estado, puede verse Kaplan, Marcos, *Estado y globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002.

⁴ Véase Greve, Jens y Bettina Heintz, “Die ‘Entdeckung’ der Weltgesellschaft. Entstehung und Grenzen der Weltgesellschaftstheorie”, *Zeitschrift für Soziologie (Sonderheft: ‘Weltgesellschaft’): Theoretische Zugänge und empirische Problemlagen*, ed. por Bettina Heintz, Richard Münch y Hartmann Tyrell), 2005, pp. 89-119. Estos autores consideran que las tres escuelas “descubrieron” el concepto de manera independiente en la década de los setenta. Más adelante señalaremos, siguiendo a los mismos autores, lo que tienen en común y en lo que divergen los conceptos de “globalización” y de “sociedad mundial”. Véase II. 1. (*infra*).

⁵ El primer ensayo de Luhmann sobre el tema es de 1971: Luhmann, Niklas, “Die Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 57, 1971, pp. 1-35, reproducido en Luhmann, Niklas, *Soziologische Aufklärung 2. Aufsätze zur Theorie der Gesellschaft*, 3ª ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1986, pp. 51-71; “The World Society as a Social System”, *International Journal of General Systems*, vol. 8, 1982, pp. 131-138, y “Globalization or World Society? How to Conceive of Modern Society”, *International Review of Sociology*, vol. 7, No. 1, March 1997, pp. 67-79. Véase también Stichweh, Rudolf, *Die Weltgesellschaft: Soziologische Analysen*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2000 y, de este mismo autor, “On the Genesis of World Society: Innovations and Mechanisms”, *Distinktion: Scandinavian Journal of Social Theory*, vol. 1, Issue 1, 2000, pp. 27-38.

⁶ De una bibliografía muy extensa, que trata de demostrar de qué modo el mundo está gobernado por una infraestructura institucional global que influye en el ámbito interno de los estados, puede verse el planteamiento general en Meyer, John W., John Boli, George M. Thomas y Francisco O. Ramírez, “World-Society and the Nation-State”, *American Journal of Sociology*, Chicago, vol. 103, No. 1, July 1997, pp. 144-181.

rollo.⁷ Otros importantes sociólogos, como Ulrich Beck, lo han retomado,⁸ e incluso ya es utilizado también por algunos juristas.⁹

Aunque las tres escuelas citadas parten de premisas metodológicas y teóricas distintas, para Jens Greve y Bettina Heintz tienen al menos en común las siguientes características:¹⁰

- La idea de que en el desarrollo histórico se ha constituido un contexto de vinculación global; este contexto de vinculación conforma una forma propia de organización social, es decir, se presenta como un nuevo objeto de investigación para la sociología.
- La sociedad mundial se caracteriza por elementos estructurales irreductibles.
- El supuesto de la “macrodeterminación”, es decir, que todo lo que sucede en el mundo es un efecto del mundo mismo.
- La transferencia del concepto sociológico de “sociedad” a los contextos globales.

Por su parte, la sociología jurídica encuentra también obstáculos particulares para superar los enfoques territorialistas y estatistas sobre el derecho, ello como consecuencia del carácter simbiótico, históricamente determinado, entre el Estado y el orden jurídico nacional. Pero si resulta posible distinguir conceptualmente entre el derecho y el Estado —o entre sistema jurídico y sistema político—,¹¹ entonces igualmente lo es concebir un “de-

⁷ Véase, por ejemplo, Heintz, Peter, *Die Weltgesellschaft im Spiegel von Ereignissen*, Diessenhofen, Rüegger, 1982 y “A Sociological Code for the Description of World Society and its Change”, *International Social Science Journal*, vol. 34, 1982, pp. 12-21.

⁸ Véase, por ejemplo, el volumen editado por Beck: *Perspektiven der Weltgesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1999. Específicamente, Beck ha trasladado su concepto de “sociedad del riesgo” al plano global, para hablar de “sociedad mundial del riesgo” (“*world risk society*”). La traducción al español de este concepto es desafortunada, porque pierde el sentido de “sociedad mundial”, además de que aparece aplicar el calificativo de “global” (en lugar de “mundial”) al riesgo y no a la sociedad. Véase Beck, Ulrich, *La sociedad del riesgo global*, trad. de Jesús Alborés Rey, Madrid, Siglo XXI de España Editores, 2002.

⁹ Udo di Fabio, antiguo juez del Tribunal Constitucional Federal alemán, habla del “Estado constitucional en la sociedad mundial”. Véase Di Fabio, Udo, *Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001.

¹⁰ Greve y Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, p. 89.

¹¹ Luhmann, Niklas, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1993, pp. 407 y siguientes (traducción española: *El derecho de la sociedad*, México, UIA-ITESO-UNAM, 2002, cap. 9: “Política y derecho”, pp. 473 y siguientes).

recho (global) sin Estado”.¹² Dicho en otras palabras: la mutua implicación entre Estado y derecho sería sólo un producto histórico, pues si bien los órdenes jurídicos modernos surgen de la mano de los estados nacionales,¹³ ello no implica que el derecho positivo no pueda tener como referente institucional otras formaciones que no sean las estructuras estatales, como ha ocurrido en otras épocas y otros lugares. El fuerte resurgimiento de los debates en torno al “pluralismo jurídico” no son sino una señal de la intensa lucha por “desestatizar” el concepto mismo de derecho, a fin de que se pueda reconocer que no solamente es “derecho”, en sentido propio, el que tiene su origen en la acción o la tolerancia del Estado.¹⁴ No obstante lo anterior, la investigación social empírica encuentra elementos para cuestionar, por aho-

¹² Así el título de un conocido libro coordinado por un discípulo de Luhmann, Gunther Teubner, *Global Law without a State*, Aldershot, Dartmouth, 1997. Que el debate sobre la interrelación entre el derecho y el Estado no está limitado a las cuestiones que plantea directamente la globalización lo demuestra la obra de Laurent Cohen-Tanugi, *Le droit sans l'État*, 2ª ed., París, PUF, 2007, la cual contrasta el modelo contractual y autorregulador del derecho en la democracia de los Estados Unidos con el modelo estatista y centralista prevaleciente en Francia. Se trata de una diferencia que sólo es de grado, pero que resulta significativa también para el debate sobre derecho y globalización.

Otro aspecto del desacoplamiento entre Estado y derecho tiene que ver con la vida jurídica que subsiste, por ejemplo, a través de los abogados o los notarios públicos, cuando el Estado ha dejado de funcionar efectivamente (“Estado fallido”) en alguna porción territorial. Esto ha ocurrido con frecuencia en los países latinoamericanos, cuando sus gobiernos dejan de controlar alguna parte de su territorio, al quedar en manos de la guerrilla o de la delincuencia organizada (debo esta importante observación a Rogelio Pérez Perdomo).

¹³ Berman, Harold J., *Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge, Mass.-London, Harvard University Press, 1983 (hay traducción española, la que desafortunadamente escamotea en su título la relación entre “derecho” y “revolución”: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, México, FCE, 1996). Para Berman, como resultado de la llamada “revolución papal” de fines del siglo XI, el primer Estado en sentido moderno lo fue la Iglesia Católica, y el primer orden jurídico moderno, el derecho canónico.

La simbiosis entre Estado y orden jurídico llega al punto en que podemos considerar que algunos estados han nacido primero como estructuras jurídicas que luego han adquirido realidad política y sociológica. Ejemplos de ello serían los Estados Unidos de América, así como la mayoría de los estados de América Latina, surgidos de la desintegración del Imperio español a principios del siglo XIX.

¹⁴ La bibliografía sobre el “pluralismo jurídico” ya es muy extensa. Véanse los ensayos, muy citados, de Sally Engle Merry, John Griffiths y Brian Tamanaha, traducidos y reunidos en el volumen *Pluralismo jurídico*, estudio preliminar de Libardo Ariza Higuera y Daniel Bonilla Maldonado, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad de los Andes-Pontificia Universidad Javeriana, 2007. Entre las publicaciones mexicanas pueden verse los trabajos recogidos en Correas, Óscar (coord.), *Pluralismo jurídico. Otros horizontes*, México, UNAM-CONACYT-Ediciones Coyoacán, 2007.

ra, la posibilidad de un derecho puramente autónomo, desligado totalmente de las estructuras estatales.¹⁵

Por tanto, si la sociedad mundial se organiza bajo el principio de la *diferenciación funcional* —como propone Niklas Luhmann—, dicho principio implica que los sistemas resultantes (los sistemas político, jurídico, económico, científico, etcétera) no estarán circunscritos a las comunidades territorialmente delimitadas que denominamos estados. Dicho en otros términos: la sociedad mundial no se construye de “abajo hacia arriba” o desde “adentro hacia afuera”, es decir, desde la esfera territorial estatal hacia la arena global, como se percibe comúnmente por la mayoría de los enfoques sobre la globalización. Por el contrario, los estados nacionales son, ellos mismos, producto de la diferenciación funcional, es decir, se presentan como una forma de diferenciación secundaria de la sociedad mundial —de tipo segmentado y regional—, mientras que los órdenes jurídicos nacionales se diferencian como expresión territorial del único sistema jurídico que existe actualmente a nivel planetario.

Las afirmaciones anteriores se ubican en un nivel de abstracción teórica elevado y no son compartidas por muchos sociólogos y sociólogos del derecho. Sin embargo, una perspectiva teórica como la de la sociedad mundial exigiría revisar a fondo los debates actuales de la disciplina en torno al derecho y la gobernanza globales, los cuales, empero, se refieren frecuentemente a cuestiones mucho más concretas. Específicamente, buena parte de la discusión socio-jurídica actual se mueve dentro de las coordenadas fijadas hace ya casi un siglo por la obra clásica de Max Weber (1864-1920). En efecto, en la etapa actual de la globalización cobran actualidad las tesis de Weber sobre la “racionalización del derecho” y su vinculación con el Estado y la economía modernos. El impresionante crecimiento de China y su omnipresencia en los mercados globales durante las últimas tres décadas, por ejemplo, vuelven a poner sobre el tapete de la discusión la idea de que el orden jurídico moderno —simbolizado por el llamado “Estado de derecho”

¹⁵ Gessner, Volkmar, “Theories of Change – The Governance of Business Transactions in Globalising Economies”, en Gessner, Volkmar (ed.), *Contractual Certainty in International Trade. Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges*, Oxford-Portland, Hart Publishing 2009, pp. 203-205. De este ensayo hay traducción española: “Teorías del cambio. La gobernanza de las transacciones de negocios en las economías globalizadas”, en Gessner, Volkmar, *El otro derecho comparado. Ensayos sobre cultura y seguridad jurídicas en la era de la globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, pp. 262 y siguientes, 308-310.

(*rule of law*)— es indispensable para el desarrollo económico.¹⁶ Sin embargo, la pregunta de fondo es si el derecho global seguirá el mismo camino que presuntamente han seguido los órdenes jurídicos de los estados modernos (al menos los desarrollados), o bien, si la arena jurídica global permanecerá fragmentada, lo que implica que en ella el derecho tendrá una presencia importante, pero que no cumplirá necesariamente todas las funciones que se esperan de los órdenes jurídicos nacionales.¹⁷

El propósito de este ensayo es examinar la forma en que la sociología jurídica ha abordado algunas de las transformaciones del Estado y el derecho en el contexto de la sociedad mundial; o dicho con más precisión: se trata de examinar, desde la perspectiva sociológica de la “sociedad mundial”, algunos elementos teóricos y empíricos aportados por la sociología jurídica contemporánea que podrían contribuir a esclarecer y entender mejor los cambios recientes del orden jurídico mexicano, así como sus perspectivas en un futuro próximo. Sin embargo, no se pretende elaborar una visión completa y coherente de la globalización en relación con su impacto en un orden jurídico nacional determinado, sino de profundizar en las descripciones que ya existen sobre el cambio jurídico en México.

Para llevar a cabo el anterior propósito, el ensayo se estructura en tres apartados. El primero de ellos (II., *infra*) desarrollará con mayor amplitud algunas de las visiones que se han elaborado alrededor del concepto de “sociedad mundial” por la sociología contemporánea. De manera particular, se analiza la idea de la diferenciación funcional de la sociedad mundial pro-

¹⁶ Appelbaum, Richard P., “The Future of Law in a Global Economy”, *Social and Legal Studies*, vol. 7, 1998, pp. 171-192; Peerenboom, Randall, *China’s Long March Toward Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002 y, del mismo autor, “What Have We Learned about Law and Development? Describing, Predicting, and Assessing Legal Reform in China”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 27, 2006, pp. 823-871.

¹⁷ Una aguda y muy sintética crítica del enfoque weberiano puede consultarse en Gessner, *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. XIX y siguientes. Para Gessner, los presupuestos en los que se basó Weber corresponden a la ideología predominante, sobre todo en Alemania, a fines del siglo XIX, la que veía en el derecho la forma más elevada de racionalidad y de legitimidad en las sociedades modernas. Si acaso, señala Gessner, tales premisas podrían haber sido válidas en algún momento para los países occidentales desarrollados, pero lo son mucho menos para los países en desarrollo y sin duda resultan muy cuestionables cuando se aplican a las condiciones actuales de la globalización. Una visión más matizada es la de Bärbel Dorbeck-Jung, quien sostiene que, si bien hay que revisar el concepto tradicional de “seguridad jurídica”, las ideas de Weber sobre las relaciones entre derecho y economía siguen ofreciendo puntos de referencia válidos para efectuar tal revisión. Véase Dorbeck-Jung, Bärbel, “Global Trade: Changes in the Conceptualisation of Legal Certainty”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty in International Trade ...*, cit., *supra* nota 15, pp. 289-312.

puesta por Niklas Luhmann y sus discípulos, combinada con el paradigma comunicativo en la sociología, es decir, la definición de la sociedad misma como un conjunto de comunicaciones. Se trata de un paradigma sociológico que, como señala Rudolf Stichweh, coincide y se refuerza con la omnipresencia de las tecnologías y las redes de la información y la comunicación en el desarrollo de la sociedad mundial moderna.¹⁸ Este enfoque se complementa con la visión neo-institucional de la sociedad mundial elaborada por John W. Meyer y sus colaboradores desde la Universidad de Stanford.

Como quedará de manifiesto en el mismo apartado, se trata de una visión que tiene consecuencias importantes para algunos debates recurrentes en la sociología jurídica, como el relativo a los llamados “transplantes jurídicos”. Mientras algunos comparatistas sostienen que, históricamente, el trasplante es el modo normal y ordinario en que se produce la evolución de los ordenamientos jurídicos, la mayoría de los sociólogos del derecho impugna este modelo, pues el “trasplante” es incapaz de trasladar el contexto institucional y cultural que le da sentido y eficacia en su lugar de origen. No obstante, es un hecho que en nuestro mundo global las ideas y las instituciones jurídicas se difunden y circulan a gran velocidad y que los estados nacionales adoptan muchas de ellas con independencia de que correspondan a su nivel de desarrollo social e institucional, lo cual se explica más por la dinámica de la sociedad mundial y menos por la evolución interna en los estados nacionales, aunque ésta tampoco sea irrelevante. Algo similar sucede con los actuales debates en torno al llamado “diálogo jurisprudencial”, es decir, los procesos de mutua observación que se dan entre los tribunales —nacionales, internacionales y supranacionales— a través de sus sentencias y resoluciones, lo que sólo podría entenderse y explicarse si suponemos la existencia de un orden normativo mundial que permite y favorece esos procesos comunicativos.

El segundo apartado (III., *infra*) retoma algunas de las ideas examinadas en el apartado anterior, a fin de situarlos en la perspectiva del proceso de cambio social y jurídico en México de las últimas décadas. Existen ya varios trabajos importantes que ofrecen una descripción y una primera explicación generales de dicho proceso de cambio,¹⁹ y, además, algunos de ellos toman en cuenta la influencia del entorno jurídico global, pero no ofrecen todavía una visión integral del cambio jurídico en México en relación con la gobernanza global. Este apartado parte de la premisa de que

¹⁸ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 253.

¹⁹ Véase la bibliografía citada a pie de página en el inciso 1. del apartado III., *infra*.

el régimen político vigente en México en las últimas décadas del siglo XX ha sustituido efectivamente la “legitimidad revolucionaria” de que usufructuaron durante décadas los grupos políticos triunfadores en la Revolución Mexicana de 1910, por la “legitimidad del orden jurídico”. Ello permite entender la insistencia en el “Estado de derecho” como demanda social y como principio de la política pública, así como la prominencia institucional que, de manera paulatina, han adquirido el Poder Judicial y los tribunales, los cuales han pasado, visiblemente, del margen al centro del espacio público. Sin embargo, esto no significa que el orden jurídico se vaya a convertir necesariamente en un referente generalizado de los comportamientos sociales. Los elementos de desorden y descomposición que se advierten en el campo jurídico en México parecen estar en sintonía con una arena jurídica global también fragmentaria y caótica. Por ello, resulta indispensable hacer un análisis cuidadoso de las condiciones estructurales, ligadas a la sociedad mundial, que hacen más probable la realización de una legalidad estricta, particularmente a través de un núcleo mínimo conformado por los derechos humanos más básicos. No obstante lo anterior, del mismo análisis se deduce que la legalidad ordinaria, cotidiana, difícilmente tendrá avances en tanto su evidente disfuncionalidad no genere costos socialmente insostenibles o se vuelva foco del escrutinio externo.

El ensayo cierra con un apartado de reflexiones finales (IV., *infra*), en las cuales, a propósito de la idea de gobernanza global a través del derecho, se examina brevemente una hipótesis formulada por Luhmann desde los años setenta, en el sentido de que, en la sociedad mundial, las “expectativas normativas” tienden a ser desplazadas o dominadas por las “expectativas cognitivas”. En términos más sencillos: el derecho pierde peso e importancia frente a otros sistemas funcionales, como la economía o la ciencia, que despliegan mayores capacidades de aprendizaje y adaptación en el entorno globalizado. Para abordar esta hipótesis, resulta de utilidad la distinción entre “regulación” y “soporte”, elaborada por Volkmar Gessner, como dos funciones distintas del derecho. De este análisis se concluye que ambas funciones se separan y siguen rutas distintas, lo que confirma el diagnóstico de la creciente fragmentación y pluralización del derecho en la sociedad mundial.

Desde el punto de vista de la esfera jurídica interna de los estados nacionales, la disyunción recién apuntada entre “regulación” y “soporte”, genera fuertes limitaciones para las posibilidades de lograr un “Estado de derecho” consistente, al menos en términos del ideal de una sociedad regida plenamente por un orden jurídico racional y legítimo. No es casualidad, como

señala Harold Berman, que en el momento en que la “tradición jurídica occidental” alcanza su mayor influencia y difusión en el mundo, sea también un momento de crisis de esta misma tradición.²⁰ Pero en la crisis radica una oportunidad de llevar el ideal jurídico de Occidente a una síntesis mayor con las demás culturas jurídicas de la única sociedad mundial que actualmente existe, logrando la convergencia en un nuevo tipo de legalidad, que será distinta, sin duda, de ese milenarismo ideal europeo, pero que tendrá que apoyarse necesariamente en él.

II. SOCIEDAD MUNDIAL, ESTADO Y DERECHO

Como hemos señalado en el apartado introductorio, existen al menos dos modelos o visiones sobre los procesos sociales y jurídicos actuales que envuelven y transforman a los estados nacionales: la “globalización” y la “sociedad mundial”.²¹ En este apartado desarrollaremos, primero, una brevísima comparación de semejanzas y diferencias entre ambas visiones (1., *infra*); luego se hará una explicación más amplia de las diversas teorías sociológicas que han elaborado el concepto de “sociedad mundial” (2., *infra*), para enseguida abordar algunas consecuencias teóricas y empíricas que, para el estudio del Estado y el derecho, derivan de estas teorías, particularmente de las elaboradas por Niklas Luhmann y sus discípulos, así como por John W. Meyer y sus colaboradores (3., *infra*). Finalmente, en un cuarto inciso (4., *infra*) se aborda el papel cada vez más importante que tiene el concepto de comunicación para las concepciones contemporáneas del fenómeno jurídico. Se argumentará ahí que el paradigma comunicativo induce un replanteamiento del modo cómo se conciben las funciones del derecho en la sociedad contemporánea, particularmente el papel que en ello tienen el poder y la coacción. Se trata, en suma, de un paradigma que se encuentra en creciente sintonía con las estructuras de una sociedad mundial cada vez más dependiente de las tecnologías de la información y la comunicación y de las redes sociales.

²⁰ Berman, *Law and Revolution...*, cit., *supra* nota 13, pp. 33 y siguientes (traducción española: *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, cit., pp. 44 y siguientes).

²¹ Quizá un tercer paradigma a tomar en cuenta sea el de la “sociedad-red” (*network society*) que ha elaborado principalmente Manuel Castells, pero no lo abordamos aquí de manera independiente, pues, en principio, parece que puede reconstruirse o integrarse con cualquiera de los otros dos paradigmas. Véase Castells, Manuel, *The Rise of the Network Society*, 2ª ed., Chichester, Wiley-Blackwell, 2010.

1. *Globalización y sociedad mundial*

Para Jens Greve y Bettina Heintz existen diferencias visibles entre las diversas teorías que se ocupan de la globalización y las teorías de la sociedad mundial.²² De entrada, la globalización ha sido abordada por un conjunto heterogéneo de enfoques y teorías parciales, de muy diversa clase, que no han podido conformar una teoría integral hasta ahora. Son al menos tres los supuestos significativos en los que las teorías de la globalización difieren de las teorías de la sociedad mundial:

- En las teorías de la globalización el contexto global no es concebido como una unidad.
- Las teorías de la globalización argumentan generalmente de “adentro hacia fuera”, es decir, que su punto de partida son los ámbitos locales que son afectados por el proceso de disolución de las fronteras, lo que Anthony Giddens denomina “desanclaje”, esto es, “... ‘despegar’ las relaciones de sus contextos locales de interacción y reestructurarlas en indefinidos intervalos espacio-temporales”.²³
- La globalización es frecuentemente equiparada con una forma de homogeneización de las estructuras sociales, aunque resulta evidente que se trata de un fenómeno que permite y alienta también las diferencias culturales y los movimientos de resistencia a la homogeneización.²⁴

En cambio, aunque no hay una teoría sociológica única de la sociedad mundial, y los enfoques existentes presentan todavía deficiencias teóricas y empíricas que cubrir;²⁵ tales enfoques poseen elementos comunes fundados

²² Greve/Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 109-110.

²³ Giddens, Anthony, *Consecuencias de la modernidad*, versión de Ana Lizón Ramón, Madrid, Alianza Editorial, 2008, p. 32.

²⁴ Greve/Heintz, *op. ult. cit.*, p. 110.

²⁵ Son numerosos los autores que exploran las dimensiones plurales, contrahegemónicas y emancipatorias que pueden ir asociadas a la globalización. Un autor prominente en este sentido es Boaventura de Sousa Santos. Véase, de su amplia obra, *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, Madrid, Trotta-ILSA, 2009, pp. 293 y siguientes.

²⁵ *Idem*, pp. 111 y siguientes. Estos autores subrayan particularmente la falta de una perspectiva microsociológica que permita observar los diversos grados de cristalización de las estructuras globales y la variabilidad de los procesos sociales globales, que es algo que se intenta preliminarmente en el apartado III. 2., *infra*, en relación con los periodos de modernización del derecho mexicano y los mecanismos de mediación entre norma y realidad social.

en escuelas y tradiciones sociológicas fuertes y bien establecidas, lo que les confiere un mayor potencial explicativo, superior al de la mayoría de las visiones actuales sobre la globalización. En palabras de Rudolf Stichweh, el concepto de globalización hoy dominante sostiene

una pretensión explicativa más débil, porque se enfoca primariamente al momento genético de la ampliación y deslocalización de fenómenos hasta ahora localmente delimitados, pero no lo hace desde la perspectiva del surgimiento contemporáneo, en un plano superior, de un sistema que utiliza los mecanismos de la globalización como mecanismos de su propia construcción estructural. En este sentido resulta preciso preguntar siempre a las teorías de la globalización: ¿globalización en el contexto de qué sistema?²⁶

En particular, las teorías sobre la globalización no son capaces de explicar cuál es la diferencia entre el proceso actual de globalización y otros procesos similares ocurridos en el pasado reciente o incluso remoto, lo que ha llevado a algunos autores a hablar de múltiples globalizaciones, varias de las cuales ni siquiera se relacionan con el mundo occidental.²⁷

En cambio, el concepto de sociedad mundial implica que se trata un fenómeno histórico completamente nuevo y único al que incluso es posible ponerle “fecha de nacimiento”. Rudolf Stichweh señala que a comienzos de la edad moderna existían estructuralmente varias sociedades, cada una de las cuales era poseedora y realizadora, fenomenológicamente hablando, de un “esbozo del mundo” (*Weltenwurf*), dentro del cual se concebían a sí mismas como “sociedad mundial”. Lo que caracteriza a la sociedad mundial moderna, en cambio, es la creciente coincidencia entre realidad estructural y esbozo fenomenológico del mundo:²⁸

La sociedad mundial comienza en el momento en que uno de los sistemas sociales no acepta más que coexistan con él otros sistemas sociales, y, además, este sistema social dispone de los instrumentos y los recursos para convertir esta no aceptación en realidad estructural...²⁹

²⁶ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 14 (traducción de HFF).

²⁷ Por ejemplo, André Gunder Frank y Barry K. Gills sostienen la idea de que ha existido un solo “sistema-mundo”, iniciado hace unos cinco mil años entre Mesopotamia y Egipto. Véanse los ensayos reunidos en el volumen, editado por ambos, *The World System: 500 Years or Five Thousand*, London-New York, Routledge, 1993. El actual “sistema-mundo” capitalista, postulado por Wallerstein, no sería más que la fase más reciente en este proceso.

²⁸ Stichweh, *op. ult. cit.*, p. 249.

²⁹ *Ibidem* (traducción de HFF).

Ello sólo ha ocurrido una vez en la historia:

En el proceso de expansión de la sociedad atlántico-europea que se inició en los siglos XV y XVI, el cual incorporó a través de la colonización y otras formas de apropiación la totalidad del mundo restante en su propio sistema social. Después de ello no hay economía ni educación, ninguna religión ni ningún conocimiento, que puedan sostenerse duraderamente fuera de este sistema mundial.³⁰

En resumen, nuestra experiencia del mundo y de los problemas que enfrenta nos sugieren constantemente que la humanidad se encuentra en una situación históricamente inédita, lo que, sin duda, requiere una conceptualización teórica que dé cuenta, de manera coherente y convincente, de este momento único. Tal sería la aportación de la teoría de la sociedad mundial, la cual, como hemos visto, puede incorporar y dar coherencia explicativa a los fenómenos que asociamos con la “globalización”.³¹

2. *Tres versiones de la sociedad mundial*

Según Jens Greve y Bettina Heintz, son tres las teorías de la sociedad mundial que surgen en los años setenta. Estos enfoques o teorías se apoyan en varias escuelas y corrientes que los precedieron, como la teoría del sistema internacional, la teoría de la modernización y su recepción crítica, la teoría de la dependencia y la teoría del sistema mundial de Immanuel Wallerstein.³²

La *teoría del sistema internacional* supone un orden formado por los estados e integrado por las relaciones de poder y cooperación entre éstos. Este sistema presupone, a los ojos de sociólogos como Talcott Parsons, sobre todo después de la II Guerra Mundial, la existencia de un conjunto de valores comunes que se resumen en el desarrollo económico y la independencia po-

³⁰ *Idem*, pp. 249-250 (traducción de HFF). Podría señalarse, como lo hace Stichweh, que otro momento crucial en el surgimiento de la sociedad mundial es la aceptación de un tiempo universal, gobernado por zonas o usos horarios uniformes, lo que todos los países hicieron entre fines del siglo XIX y las primeras décadas del XX. La sincronización del mundo significa que todo lo que ocurre, ocurre al mismo tiempo, de modo que podemos situar cualquier suceso antes o después de cualquier otro con base en una sola referencia temporal. Véase Stichweh, *op. ult. cit.*, pp. 207 y siguientes.

³¹ Así Boris Holzer, Fatima Kastner y Tobias Werron, “Introduction: From Globalization to World Society”, en el volumen editado por ellos mismos: *From Globalization to World Society. Neo-Institutional and Systems-Theoretical Perspectives*, New York-London, Routledge, 2015, pp. 1 y siguientes.

³² Greve/Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 90 y siguientes.

lítica y que identificamos habitualmente con la “modernidad”. Aunque han surgido históricamente en el contexto de la civilización occidental, dichos valores son compartidos por todos los estados del mundo, con independencia de los bloques políticos o ideológicos a los que pertenezcan.³³

La *teoría de la modernización*, surgida hacia mediados de los años cuarenta, tuvo su auge como enfoque macrosociológico dominante en la década de los sesenta. Toma como punto de partida la distinción entre “tradicición” y “modernidad”, y trata de identificar las vías por las cuales las llamadas sociedades “tradicionales” pueden alcanzar el desarrollo, en un proceso de creciente convergencia con las sociedades desarrolladas. Sin embargo, este enfoque fue sometido, ya desde los años sesenta, a una fuerte crítica que cuestionó la distinción entre “tradicición” y “modernidad”, así como la idea de que pudiera existir una sola interpretación de la modernidad y una sola ruta hacia ella. Algunos enfoques críticos fueron más allá y combatieron la hipótesis de la convergencia, señalando que las relaciones entre los estados se basaban en una desigualdad estructural que hacía dependiente el desarrollo de los países periféricos respecto de las naciones centrales o desarrolladas (*teoría de la dependencia*).

La llamada *teoría del sistema mundial* (*world-system*) de Immanuel Wallerstein retoma también la distinción entre centro y periferia (a la que se agrega una “semiperiferia”). Su punto de partida es la idea de que la economía capitalista surge y se desarrolla como estructura mundial que, siguiendo su propia lógica, influye en las estructuras y los procesos sociales de las sociedades nacionales particulares. Dicho en otras palabras: es la economía mundial capitalista la que genera las diferencias estructurales que se advierten en los niveles de desarrollo de las sociedades nacionales y no a la inversa, asignándoles una posición como estados centrales, periféricos o semiperiféricos.³⁴

Por su parte, las teorías de la *sociedad mundial* elaboradas a partir de los años setenta comparten diversas premisas y conclusiones con los enfoques arriba reseñados. Desde los años setenta, el profesor John W. Meyer, de la Universidad de Stanford, California, y sus colaboradores, empiezan a desarrollar un enfoque neoinstitucionalista que concibe a la sociedad mundial (que inicialmente denominan “*world polity*”) como *cultura mundial*.³⁵ Al decir de Greve y Heintz, se trata de un enfoque que, por un lado, critica a la teoría de la modernización que pretende explicar el cambio social solamente

³³ *Ibidem*, p. 91.

³⁴ *Idem*, pp. 95 y siguientes. Véase Wallerstein, Immanuel, *The Modern World-System*, New York, Academic Press, 1974 (hay traducción española: *El moderno sistema mundial*, México, Siglo XXI Editores, 1979).

³⁵ Véanse las referencias bibliográficas en la nota 6, *supra*.

a partir de factores endógenos y, por el otro, cuestiona el enfoque economista de la teoría del sistema mundial de Wallerstein. Meyer identifica una convergencia visible —un “isomorfismo”— en el desarrollo de los estados nacionales. No sólo se ha extendido a todo el mundo esta misma institución, sino que todos los estados han ampliado su ámbito regulatorio, con independencia del nivel que ocupen en la escala del desarrollo. Esto se explica, de acuerdo con Meyer y sus colegas, por la institucionalización, a nivel global, de una cultura transnacional, formada esencialmente a partir de la secularización del cristianismo, que constituye el criterio central de la legitimidad de esos estados y que afecta los campos más diversos de la política: la educación, la salud, la ciencia y la tecnología, la igualdad de género, pero también la Constitución y el orden jurídico.³⁶

Esta cultura transnacional se encuentra codificada en los tratados y convenios internacionales y se hace operativa a través de programas de acción que se difunden en los distintos países a través de una densa red de organizaciones gubernamentales y no gubernamentales. Se trata de una cultura que promueve, como valores centrales, la racionalidad, la justicia, el progreso y el individualismo.³⁷ Este enfoque no desconoce, por supuesto, que las similitudes estructurales entre los estados y sus políticas se encuentran en un plano formal, mientras que las desigualdades fácticas se dan a nivel de la realidad social y que las mismas permanecen e incluso se amplían;³⁸ empero, la constatación de la brecha no constituye un obstáculo para la difusión y la adopción de la cultura transnacional en el nivel local.³⁹

En una segunda versión, el sociólogo suizo Peter Heintz concibe a la sociedad mundial como un campo global de interacción que representa el sistema más amplio que comprende a todos los demás, así como el plano sistémico más elevado. Los distintos planos sistémicos —nación, región, familia, persona— no son reductibles entre sí y constituyen las unidades que conforman a la sociedad mundial. Así, para Heintz la sociedad mundial se configura como un sistema integrado por sistemas articulados de manera concéntrica, de modo que no puede ser concebida como un sistema conformado solamente por individuos.⁴⁰

³⁶ Greve/Heintz, *op. cit.*, *supra* nota 4, pp. 101-102.

³⁷ *Ibidem*, p. 102.

³⁸ *Ibidem*, p. 103.

³⁹ Para ampliar estas ideas, véanse los ensayos reunidos en Drori, Gili S., John W. Meyer y Hoky Hwang (eds.), *Globalization and Organization. World Society and Organizational Change*, New York, Oxford University Press, 2006 y en Krücken, Georg y Gili S. Drori (eds.), *World Society. The Writings of John W. Meyer*, Oxford-New York, Oxford University Press, 2009.

⁴⁰ Greve y Heintz, *op. ult. cit.*, p. 103.

Heintz identifica tres tipos de sistemas de alcance global: 1. el sistema estratificado del desarrollo internacional; 2. el sistema intergubernamental de poder político-militar, conformado por los gobiernos nacionales; y 3. el sistema interorganizacional, compuesto por las corporaciones multinacionales.⁴¹ El *sistema internacional* es un sistema estratificado, conformado por “unidades societales” (estados nacionales) que se distinguen entre sí de acuerdo con las dimensiones globales del desarrollo económico (ingreso, niveles de educación y urbanización, sectores económicos). Tales dimensiones son también relevantes para los miembros de dichas unidades, esto es, sus poblaciones.⁴² El *sistema intergubernamental* comprende los gobiernos de las unidades societales del sistema internacional que desempeñan una función en el exterior. Sus intereses no necesariamente coinciden con los de sus poblaciones. El principio de organización del sistema intergubernamental es el poder político-militar.⁴³ El *sistema interorganizacional* de las corporaciones multinacionales está integrado por todas las empresas transnacionales o multinacionales que llevan a cabo actividades a escala mundial.⁴⁴

En cuanto a la sociedad mundial misma y a sus características como tipo de sociedad, Heintz observa un proceso de desestructuración y entropía, como resultado de la creciente falta de legitimidad del sistema internacional del desarrollo.⁴⁵ La sociedad mundial se caracteriza también por la presencia de estructuras descentralizadas, un elevado grado de heterogeneidad cultural y una falta de identidad propia, lo que tiene por consecuencia que los intereses mundiales de la población no se vean articulados. Como tendencias de largo plazo, Heintz identifica la creciente movilización de la población mundial en camino hacia la urbanización y la educación. Esta tendencia contribuye a la consolidación de los valores del desarrollo y tiene un efecto integrador como una especie de cultura socio-económica mundial general. Por otra parte, observa también que las posiciones en la dimensión político-militar son asignadas crecientemente sobre la base de la agregación

⁴¹ *Ibidem*, p. 104. Véase también Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, y “A Sociological Code...”, cit., *supra* nota 7.

⁴² Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, cit., pp. 28-30, 33 y siguientes.

⁴³ *Ibidem*, pp. 29, 49 y siguientes.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 30, 62 y siguientes.

⁴⁵ Al momento de escribir la obra que citamos (fines de los años setenta y comienzos de los ochenta), Heintz, quien falleció en 1983, percibía que los países en desarrollo impugnaban cada vez con mayor fuerza el “sistema del desarrollo internacional”. Al mismo tiempo, las naciones desarrolladas estaban sufriendo un proceso de cambio que ponía menos énfasis en los valores “materiales” y más en los “no materiales” (como por ejemplo, el ambiente). Si bien los datos fundamentales de este sistema no han cambiado desde entonces, parece que la globalización ha canalizado la discusión política y económica hacia otras prioridades.

de los recursos nacionales destinados a la obtención de ese tipo de poder y otros medios de control, como la investigación científica y tecnológica.⁴⁶

En tercer lugar, la teoría funcionalista-sistémica de la sociedad mundial desarrollada por Niklas Luhmann y sus discípulos, principalmente Rudolf Stichweh, parte de los siguientes postulados: primero, los sistemas sociales —interacción, organización y sociedad— se componen de comunicaciones, y la sociedad se define como aquel sistema social que abarca a todas las comunicaciones; y segundo, la diferenciación funcional de la sociedad, es decir, el surgimiento de subsistemas sociales especializados en una función no territorial a nivel societal (economía, política, ciencia, religión, etcétera) ha tenido por consecuencia el surgimiento de una sola sociedad —la sociedad mundial— que incluye a todas las comunicaciones sociales.⁴⁷

Para Luhmann y sus discípulos, la realidad de la sociedad mundial no depende de que la comunicación se pueda producir a grandes distancias y de modo instantáneo —la compresión del tiempo y del espacio de que hablan otros autores (por ejemplo, Giddens) como característica de la globalización— sino que las interacciones remiten potencialmente a otras, que de ese modo influyen en el desarrollo de la interacción presente.⁴⁸ Rudolf Stichweh explica esta circunstancia a través de dos hipótesis: la que llama la hipótesis del “así-en-adelante” (*Und-so-weiter-Hypothese*), según la cual, para la teoría de la sociedad mundial el hecho decisivo no es

que una interacción en lo individual supere enormes distancias espaciales o temporales, sino que de lo más bien se trata es de que en cada interacción particular esté presente un ‘así-en-adelante’ (*‘Und-so-weiter’*) de otros contactos de los participantes y ello abra la posibilidad de las conexiones globales, una posibilidad que, por su parte, se vuelve relevante en cada interacción en cuanto conciencia de la selectividad y en este sentido interviene en el control de las interacciones.⁴⁹

⁴⁶ Heintz, *Die Weltgesellschaft...*, cit., pp. 75 y siguientes.

⁴⁷ Greve y Heintz, *op. ult. cit.*, p. 107.

⁴⁸ *Idem*. Véase también la siguiente cita de Luhmann: “Si partimos de la comunicación como operación elemental cuya reproducción constituye a la sociedad, entonces resulta evidente que en toda comunicación está implícita la sociedad mundial, con toda independencia de la temática concreta y de la distancia espacial entre los participantes. Cada vez se presuponen más posibilidades de comunicación y cada vez se utilizan más los medios simbólicos que no pueden circunscribirse a las fronteras regionales”. Luhmann, Niklas, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1998, vol. 1, p. 150 (traducción de HFF) (hay versión española: *La sociedad de la sociedad*, trad. de Javier Torres Nafarrate, México, UIA-Herder, 2007; la cita en la p. 112). Sobre los “medios simbólicos” véase la nota 50, *infra*.

⁴⁹ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 17 (traducción de HFF). Sobre la relación entre sociedad mundial e interacción desde la perspectiva de la propuesta teórica de Luhmann, véase también Heintz, Bettina, “Diferenciación social y funcional (Reflexiones

La otra es la “tesis de la descontextualización”, la cual afirma que la extensión de las cadenas de “así-en-adelante” se hace posible a través de la especificación funcional y otras abstracciones presentes en la interacción (por ejemplo, el dinero o el poder como medios simbólicos generalizados de comunicación),⁵⁰ los cuales la desprenden (la “desanclan”, en la terminología de Giddens) de sus vínculos difusos con otros contextos.⁵¹

3. *Estado y derecho en la sociedad mundial*

Las tres teorías sobre la sociedad mundial que se han expuesto brevemente en el inciso anterior tienen interesantes consecuencias para la sociología jurídica y política, es decir, para la conceptualización del Estado, del derecho y de sus relaciones mutuas en las condiciones actuales de la globalización. Sin embargo, solamente dos de ellas se han ampliado para abarcar específicamente estas cuestiones. Aunque el enfoque de John W. Meyer y la “escuela de Stanford” presenta diferencias teóricas importantes frente al de Niklas Luhmann y sus discípulos, ambos tienen puntos en común que permiten exponer de manera conjunta algunas de sus postulados en relación con el Estado y el orden jurídico en la sociedad mundial.⁵²

sobre una teoría de la diferenciación en la sociedad mundial”, en Torres Nafarrate, Javier y Darío Rodríguez Mansilla (eds.), *La sociedad como pasión. Aportes a la teoría de la sociedad de Niklas Luhmann*, México, UIA, 2011, pp. 71-88.

⁵⁰ Luhmann desarrolla la teoría de los “medios de comunicación simbólicamente generalizados”, muy vinculados a la diferenciación funcional, a partir de las ideas de Talcott Parsons. Se trata de medios que elevan la improbabilidad de que la comunicación social sea rechazada, es decir, se trata de “inventos” de la sociedad para elevar la probabilidad de su propia reproducción a través de la comunicación. Luhmann identifica cuatro posibilidades de comunicación simbólica a partir de las distintas combinaciones que pueden asumir los conceptos de “experiencia”/“vivencia” (*Erleben*) y de “acción” (*Handeln*): propiedad/dinero/arte (la acción de Alter se convierte en experiencia/vivencia de Ego); poder/derecho (la acción de Alter se convierte en acción de Ego), verdad/valores (la experiencia/vivencia de Alter se convierte en experiencia/vivencia de Ego) y amor (la experiencia/vivencia de Alter se convierte en acción de Ego). Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 48, pp. 316 y siguientes, y especialmente la tabla en p. 336 (pp. 245 y siguientes, y tabla en p. 261 de la traducción española citada).

⁵¹ Stichweh, *Die Weltgesellschaft...*, cit., *supra* nota 5, p. 18, agrega que en la sociedad mundial, cualquier interacción puede pertenecer al mismo tiempo a los tres planos sistémicos —interacción, organización, sociedad—, lo que conduce a que en las interacciones individuales pueda identificarse la mutua influencia de los contextos globales y locales y que la organización sea actualmente el mecanismo central de acceso a los contactos globales, es decir, es una condición de acceso a la sociedad mundial (*ibidem*, pp. 16-17).

⁵² Véase una comparación de ambos enfoques en Stichweh, Rudolf, “Comparing Systems Theory and Sociological Neo-Institutionalism. Explaining Functional Differentiation”,

El primero es que *la institución misma del Estado se ha globalizado a todo el planeta*, de modo que, en la actualidad, no hay prácticamente ningún territorio (con excepción quizá del Polo Norte y la Antártida) que no pertenezca al ámbito soberano de algún Estado. La diferenciación secundaria del sistema político mundial en estados soberanos es producto de la sociedad mundial misma, y tiene la ventaja, al decir de Luhmann, de reducir la probabilidad de que otros sistemas funcionales (como la economía o la ciencia) se “politicen”. Más aún, esta diferenciación permite optimizar la función de la política mundial bajo condiciones de gran diversidad climática, cultural y ecológica entre los estados. Dicho en otras palabras: la institución del Estado permite gestionar la diversidad de condiciones estructurales y culturales de la sociedad mundial, al mismo tiempo que genera una unidad mínima, representada, en primer lugar, por la soberanía interna y externa de los mismos estados.⁵³

Tanto Luhmann como Meyer suponen que la sociedad mundial somete a los estados a fuertes presiones para lograr su conformidad con ciertos *estándares mínimos de gobernabilidad de sus territorios*. Para Luhmann, la diferenciación secundaria del sistema político de la sociedad mundial presupone un grado mínimo de similitud entre los segmentos, y esa semejanza implica también una medida mínima de efectividad política interna y externa. Respecto de la política mundial, resulta indispensable lo que este autor denomina la “capacidad comunicativa colectiva” del Estado, la cual solamente puede garantizarse a través de organizaciones, pues no basta la presencia de un poder interno unificado. La existencia de los estados constituye, por otro lado, también una fuerza de empuje en dirección hacia la globalización, pues, pregunta Luhmann: “¿de qué otro modo podrían los estados nacionales promover los intereses de su propia población sino a través de su incorporación en aquellas tendencias que han demostrado su efectividad a nivel mundial?”⁵⁴

Por su parte, para Meyer y sus colaboradores, los estados adoptan las instituciones y políticas que forman parte de la cultura mundial de la mo-

en Holzer/Kastner/Werron (eds.), *From Globalization to World Society...*, cit., *supra* nota 31, pp. 23-36.

⁵³ Luhmann, Niklas, *Die Politik der Gesellschaft*, ed. por André Kieserling, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 2002, pp. 189 y siguientes. Sobre la segmentación de la sociedad mundial en estados y sobre la conformación de un centro y una periferia en el sistema político mundial véase Neves, Marcelo, “Los Estados en el centro y los Estados en la periferia: algunos problemas con la concepción de Estados de la sociedad mundial en Niklas Luhmann”, en Torres Nafarrate/Rodríguez Mansilla (eds.), *La sociedad como pasión...*, cit., *supra* nota 49, pp. 201-236.

⁵⁴ Luhmann, *Die Politik der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 53, p. 224.

dernidad (“isomorfismo”), porque de ello depende su legitimidad política, a pesar de que, para la mayoría, ello dé también origen a una brecha entre las demandas y expectativas de la sociedad mundial y las capacidades de que disponen internamente para responder a ellas.⁵⁵

Por lo que se refiere al *derecho*, tanto Luhmann como Meyer parten de la premisa de que existe ya *un solo sistema jurídico* o *una sola cultura jurídica a nivel mundial*. Para Luhmann, se trata de un sistema funcionalmente diferenciado que está compuesto por todas las comunicaciones sociales que se orientan por el código binario “legal/ilegal” (*Recht/Unrecht*), es decir, que es posible distinguir las cuestiones jurídicas de otro tipo de cuestiones, al mismo tiempo que existen “reglas de traducción” entre los órdenes jurídicos, principalmente a través del derecho internacional privado. Y como prueba de que ya existe un derecho mínimo uniforme, agrega —con su habitual ironía— que entrar en un territorio que no es el propio no conlleva normalmente el temor de ser tratado como un extranjero fuera de la ley, así como tampoco hay necesidad, como sucedía en la Edad Media con los comerciantes, de asumir las deudas de un paisano.⁵⁶ La atención creciente que reciben las violaciones a los derechos humanos son otro indicador de la existencia de un sistema jurídico único a nivel de la sociedad mundial.⁵⁷

Por su parte, en un extenso ensayo, redactado junto con Elizabeth Heger Boyle, John W. Meyer desarrolla las implicaciones jurídicas de su visión de la sociedad mundial:⁵⁸ el derecho moderno se forma a partir de la secularización de principios y valores de tipo esencialmente religioso que surgieron históricamente en la civilización occidental y que se han globalizado de la mano del Estado nacional:⁵⁹

...los sistemas jurídicos son un elemento constitutivo de esa forma de sociedad conocida como Estado nacional moderno. Los dos surgieron de manera

⁵⁵ Meyer *et al.*, “World-Society...”, cit., *supra* nota 5, *passim*.

⁵⁶ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 573. Suponer la existencia de un solo sistema jurídico a nivel mundial no impide su diferenciación ulterior en órdenes jurídicos *nacionales, regionales o sectoriales*.

⁵⁷ *Ibidem*, pp. 574 y siguientes.

⁵⁸ Boyle, Elizabeth Heger y John W. Meyer, “Modern Law as Secularized and Global Model: Implications for the Sociology of Law”, en Dezalay, Yves y Bryant G. Garth (eds.), *Global Prescriptions. The Production, Exportation, and Importation of a New Legal Orthodoxy*, Ann Arbor, University of Michigan Press, 2002, pp. 65-95. El ensayo se reproduce también en Krücken/Drori, *World Society...*, cit., *supra* nota 39.

⁵⁹ Sobre este punto puede verse específicamente Berman, Harold J., “The Religious Foundations of Western Law”, en *Faith and Order. The Reconciliation of Law and Religion* (1993), Grand Rapids, Mich.-Cambridge, U.K., Wm. B. Eerdmans Publishing, 2000, cap. 3.

concomitante, cada uno confiriendo legitimidad al otro. Los sistemas jurídicos nacionales emergieron más a través del sistema global que mediante la organización local.⁶⁰

Boyle y Meyer señalan que incurre en un error importante la visión de los estados nacionales como actores seculares que toman sus decisiones jurídicas de manera autónoma, desatendiendo el carácter supranacional del derecho:

Es verdad que el surgimiento del Estado destruyó esencialmente la autoridad organizacional de la Iglesia, pero lo hizo, en nuestra opinión, mediante la absorción de una versión secularizada de la cultura más amplia de que era portadora la Iglesia, haciéndose así dependiente de ella. Los procesos son dialécticos y continúan desarrollándose a lo largo de la historia moderna. Al reclamar autonomía y soberanía conforme a los diversos principios secularizados de racionalidad y universalidad, tanto el Estado nacional como el derecho que es parcialmente su creatura intensifican su dependencia de tales principios secularizados.⁶¹

Tanto para Luhmann como para Meyer, la sociedad mundial ofrece condiciones particulares que promueven la rápida difusión de las ideas y las instituciones jurídicas. Mientras que Luhmann señala que la equifinalidad de las instituciones jurídicas ha tenido por consecuencia un nivel de similitud de los órdenes jurídicos mayor al que cabría esperar de otro modo,⁶² Meyer y Boyle subrayan que los estados generan legitimidad en la medida en que responden a principios universales, y el derecho se convierte en un importante símbolo de la aceptación de estos principios.⁶³ La ciencia jurídica y los profesionales del derecho —abogados y jueces, principalmente— participan activamente en la circulación de las ideas y las figuras jurídicas, como por ejemplo los derechos humanos, gracias a los supuestos universales en que se fundamentan, y no obstante la diversidad de condiciones y prácticas en las que se insertan.⁶⁴ El llamado “diálogo judicial”, cualquiera que sean sus efectos reales en la sociedad, no es sino una expresión visible de la equivalencia esencial de los órdenes jurídicos en un nivel operativo, así como de su dependencia de la comunicación transfronteriza.⁶⁵

⁶⁰ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, p. 68.

⁶¹ *Ibidem*, p. 69 (traducción de HFF).

⁶² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 573.

⁶³ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, p. 74.

⁶⁴ *Ibidem*, pp. 74 y siguientes.

⁶⁵ Sobre esta cuestión se dirá algo más adelante. Sobre las interrelaciones entre los tribunales como factor impulsor del surgimiento de un “sistema judicial transnacional” en

La rápida difusión global de las ideas e instituciones jurídicas no resulta fácilmente explicable conforme a las corrientes y escuelas mayoritarias de la sociología jurídica. La hipótesis del “espejo”, como la llama Brian Tamanaha, es decir, que el derecho es un reflejo de la sociedad y tiene el propósito de mantener el orden social,⁶⁶ resulta directamente cuestionada por la teoría de la sociedad mundial que proponen Luhmann y Meyer. Las diversas escuelas y corrientes de la sociología del derecho que sostienen de algún modo esta hipótesis tienden a considerar que los “transplantes jurídicos” no son posibles, es decir, que no resulta viable transferir entre distintas sociedades normas e instituciones que solamente tienen sentido y efectividad en un entorno social determinado.⁶⁷

Sin embargo, algunos comparatistas, como Alan Watson, han insistido en que el “transplante” es el modo principal el que se produce la evolución del derecho en las distintas sociedades, porque existe una cultura compartida entre legisladores, abogados, jueces y académicos, que promueve y favorece los cambios jurídicos, aunque no se encuentren en sintonía con las condiciones sociales objetivas en las que se implantan.⁶⁸ Los antropólogos y etnólogos del derecho también pueden aducir que en las sociedades colonizadas, el derecho occidental fue “importado” fundamentalmente con el propósito de gobernar las relaciones de los colonizadores entre sí y de éstos con las comunidades locales, pero que una vez que se produjo su independencia política, el derecho occidental moderno permaneció, no obstante su difícil coexistencia con los derechos tradicionales y la cultura jurídica local.⁶⁹

materia de derechos humanos véase Gómez Pérez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, IMDPC-UNAM (Programa Universitario de Derechos Humanos)-Porrúa, 2014, pp. 21 y siguientes.

⁶⁶ Tamanaha, *op. cit.*, *supra* nota ****, pp. 1 y siguientes.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 107 y siguientes. Véanse también los ensayos reunidos en Nelken, David y Johannes Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, Oxford-Portland, Hart, 2001, especialmente el extenso ensayo introductorio de Nelken, “Towards a Sociology of Legal Adaptation”, pp. 7-54.

⁶⁸ Watson, Alan, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, 2ª ed., Athens, Georgia University Press, 1993. Para aquilatar el desdén (no hay otra palabra) con la que muchos sociólogos del derecho enjuician la tesis de Watson, basta la siguiente cita de Lawrence Friedman: “La crítica de Cotterrell a Watson es devastadora; pero de alguna manera atacar a Watson es como disparar a los peces en un barril. Cualquiera que tenga el más tenue interés en el derecho como fenómeno social o histórico sencillamente no puede tomar en serio las nociones de Watson sobre cómo el derecho cambia (o deja de cambiar) y sobre la causalidad y la dirección del cambio”. Friedman, Lawrence, “Some Comments on Cotterrell and Legal Transplants”, en Nelken/Feest (eds.), *Adapting Legal Cultures*, cit., *supra* nota anterior, p. 93 (traducción de HFF).

⁶⁹ Tamanaha, *op. ult. cit.*, pp. 112 y siguientes.

Todo lo anterior conduce necesariamente a analizar el tema de la *eficacia del orden jurídico y del ideal del Estado de derecho*, o como dicen los sociólogos del derecho, la brecha (*gap*) entre el “derecho en los libros” y el “derecho en acción” (la expresión es de Roscoe Pound) en el contexto de la sociedad mundial.⁷⁰ Resulta evidente que no cabe esperar que el orden jurídico alcance el nivel de eficacia que el ideal occidental del Estado de derecho le exige, particularmente en las sociedades cuyos ordenamientos se han formado esencialmente a través de “transplantes” e “importaciones”. Así lo señalan explícitamente Boyle y Meyer, para quienes la función del derecho en la sociedad mundial no es instrumental (funcional) ni represiva, sino que radica en la vinculación que establece con los principios de la cultura universal y como fuente de identidad y legitimidad tanto para los individuos como las naciones; en consecuencia, no cabe esperar un elevado nivel de correspondencia entre el derecho y la acción, sino más bien un “desacoplamiento extremo” respecto de la vida social.⁷¹ El desacoplamiento no es un accidente ni estrictamente una “deficiencia” de la cultura jurídica, sino un elemento central del proyecto nacional y una característica de toda organización racionalizada en la medida en que las reglas que las gobiernan, como sucede con las normas jurídicas, responden a ideales externos. Vale la pena citar textualmente un ejemplo que aclara muy bien esta idea:

Que una oficina cierre a las 5 p.m. sin ningún motivo en particular —solamente porque sí—, es diferente a que cierre a las 5 p.m. por mandato de la ley estatal. En este último caso, el cierre de la oficina a las 5:15 tiene varias interpretaciones. ¿Están siendo explotados los empleados de la oficina? ¿Los clientes de la oficina en esa ubicación particular se están beneficiando de una ventaja injusta respecto de los clientes que viven al otro lado de la ciudad? En nuestra opinión, el desacoplamiento refleja, no las extremas dificultades prácticas que enfrenta el derecho, sino más bien la extraordinaria importancia de la cultura universalizada de la cual depende y la cual debe reflejar.⁷²

En conclusión:

El carácter desacoplado de los sistemas jurídicos se considera en ocasiones (y de manera bastante razonable) como indicador de su ineficacia e insignificancia funcional. Esto puede ser realista tratándose de algunos sistemas jurídicos

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 131 y siguiente. Nelken, David, “The ‘Gap’ Problem in the Sociology of Law: A Theoretical Review”, *Windsor Yearbook of Access to Justice*, Windsor, Ontario, University of Windsor, 1981, pp. 35-62.

⁷¹ Boyle/Meyer, *op. cit.*, *supra* nota 58, pp. 66-67, 81 y siguientes.

⁷² *Ibidem*, p. 82 (traducción de HFF).

tradicionales, pero desatiende puntos importantes al abordar los sistemas jurídicos modernos. El sistema moderno se encuentra desacoplado *precisamente en la medida en que está vinculado a los modelos y estándares universales*, a pesar del carácter limitado y variable de la vida social local.⁷³

El análisis que Luhmann y sus discípulos proponen sobre esta cuestión es bastante complejo y persigue diversas líneas de reflexión. Luhmann reconoce también las dificultades que enfrenta el sistema jurídico de la sociedad mundial en términos de eficacia y funcionamiento. Señala que “en la medida en que la sociedad misma aparezca como causa de lo que antiguamente tenía que aceptarse como destino individual”, en esa misma medida se espera que la sociedad tome medidas de prevención, ayuda y compensación, y estas pesadas tareas recaen en el sistema político y, sobre todo, en el sistema jurídico.⁷⁴ No obstante, en las circunstancias actuales ya no resulta posible hacer una planeación social global con base en nuevos principios ni tampoco en la codificación de un derecho ya probado, sino que solamente es posible trabajar en la solución de problemas particulares a través de un procedimiento incremental, más bien asistemático y dependiente del azar. El derecho ya no puede garantizar seguridad cuando la misma sociedad concibe el futuro como un riesgo dependiente de sus propias decisiones.⁷⁵

Por lo que se refiere al cumplimiento del derecho, la ineficacia de la ley se debe, según Luhmann, a las crecientes pretensiones de autonomía del individuo. Si bien es posible obedecer cada una de las leyes, no lo es hacerlo con todas al mismo tiempo:

Ámbitos como la evasión de impuestos y el trabajo informal (*Schwarzarbeit*) son indicadores de que las cosas no funcionan sin infracciones a la ley... Importantes sectores de la economía colapsarían si en ellos se hiciera cumplir el derecho... Sin trabajo informal, los arrendadores no podrían cumplir sus obligaciones hacia sus inquilinos; sin contrabando, habría miles de desempleados en las ciudades costeras de Italia; sin “compra de votos” no habría apenas participación electoral en las regiones rurales y los suburbios pobres de Tailandia. La persecución más efectiva de los delitos metería en dificultades a las cárceles... En la práctica, el “indulto” no es otorgado por el jefe de Estado sino por la policía... el individualismo (emancipación, autorrealización y todo eso) que tanto valora la semántica de la sociedad no es sostenible cuando existe la expectativa de la plena obediencia a la ley...⁷⁶

⁷³ *Ibidem*, pp. 82-83 (subrayado y traducción de HFF).

⁷⁴ Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., supra nota 11, p. 558 (traducción de HFF).

⁷⁵ *Ibidem*, pp. 560, 562.

⁷⁶ *Ibidem*, 568-569 (se han omitido las notas de pie de página; traducción de HFF).

La teoría liberal del derecho no ofrece solución a este problema, ni siquiera para entenderlo de manera adecuada. La forma jurídica de los “derechos subjetivos” no funciona como correctivo, menos aún cuando el propio orden jurídico permite a sus titulares aceptar la violación de sus derechos.⁷⁷

Uno de los problemas visibles del derecho en la sociedad mundial es que, en este plano, no existe el equivalente de la Constitución como “acomplamiento estructural” entre los sistemas político y jurídico, con lo cual la discrepancia entre derecho y política se amplía y adquiere una forma distinta.⁷⁸ En los estados nacionales, la Constitución es aquella estructura común a los sistemas político y jurídico que gobierna sus límites y libertades recíprocas, es decir, el uso del derecho positivo como instrumento de la política para conducir el cambio social, pero también el uso del derecho constitucional como instrumento jurídico de disciplina y restricción de la política.⁷⁹ Sin embargo, en el plano global no sólo no existe una estructura que regule de manera uniforme la producción de derecho y la legitimación jurídica de los procesos de poder —lo que algunos críticos de la globalización identifican como “falta de democracia” en el plano de las instituciones internacionales—, sino que, de acuerdo con dos discípulos de Luhmann, Gunther Teubner y Andreas Fischer-Lescano, tal estructura ni siquiera es viable, en razón de que la arena jurídica global está fragmentada y permanecerá así en el futuro previsible, en correspondencia con las estructuras de la sociedad mundial misma.⁸⁰

La principal consecuencia de lo anterior es que el derecho se produzca y se legitime en distintos *sectores sociales globales*, como la economía, la ciencia y la tecnología, el turismo o el deporte. Los sistemas funcionales globales persiguen su propia racionalidad y su propia lógica operativa, lo que permite y favorece el surgimiento de conflictos entre diversas racionalidades y políticas globales; el sistema jurídico no es capaz de resolver estos conflictos mediante la definición de una jerarquía normativa ni a través de un sistema integrado de tribunales, como lo haría en el ámbito interno de los estados. Existe, no obstante, un sistema jurídico global, cuya unidad no se basa en la garantía institucionalizada de su consistencia normativa, sino sólo en el proceso de interconexión de las operaciones jurídicas entre órdenes jurídicos heterogéneos.⁸¹

⁷⁷ *Ibidem*, p. 570.

⁷⁸ *Ibidem*, pp. 582, 577.

⁷⁹ *Ibidem*, pp. 470 y siguientes.

⁸⁰ Fischer-Lescano, Andreas y Gunther Teubner, “Regime Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 25, Summer 2004, pp. 999-1046.

⁸¹ *Ibidem*, p. 1007.

Fischer-Lescano y Teubner observan, entonces, que a la pluralidad de órdenes jurídicos nacionales se agrega la existencia de *regímenes jurídicos transnacionales*, los que comprenden no sólo los regímenes públicos tradicionales que se estudian en el campo de las relaciones internacionales, sino los regímenes privados, como la *lex mercatoria* o la que llaman *lex digitalis* (régimen jurídico de la Internet), que se desenvuelven en el espacio global sin vinculación con los procesos formales de creación y aplicación del derecho a cargo de las instituciones del Estado.⁸² Más aún, estos órdenes jurídicos transnacionales están desarrollando verdaderas “constituciones civiles”, es decir, no sólo disposiciones que regulan de modo directo los comportamientos de los actores participantes en los sectores globales, sino también normas de segundo nivel que se refieren a la creación y aplicación normativa en cuanto procesos de fundamentación y limitación del poder en un sentido amplio, pero también como estructuración básica del campo social que les da origen.⁸³ Teubner identifica al menos siete sectores de la sociedad mundial en los que cabe observar procesos de “constitucionalización” en este sentido:⁸⁴

- *Derechos humanos transnacionales*: la constitucionalización de los derechos humanos a nivel transnacional no sólo se da en las convenciones respectivas entre los estados, sino en otras arenas y organizaciones internacionales como la Unión Europea, la OMC, pero también en procesos arbitrales privados como los de la Cámara de Comercio Internacional (ICC), del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversión (ICSID) y de la Corporación de Internet para la Asignación de Nombres y Números (ICANN), sin olvidar el significativo papel que desempeñan los

⁸² *Ibidem*, p. 1010.

⁸³ Véanse, de una bibliografía más amplia, Teubner, Gunther, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2012 y, del mismo autor, “The Project of Constitutional Sociology: Irritating Nation State Constitutionalism”, *Transnational Legal Theory*, vol. 4, 2013, pp. 44-58. Por lo que se refiere a la cuestión del poder en la sociedad mundial, véanse las interesantes reflexiones de Moisés Naím, *The End of Power*, New York, Basic Books, 2013. Para Naím, lo que caracteriza a los procesos de poder en la sociedad global actual es la *decadencia* de las formas tradicionales de poder en todos sus niveles y manifestaciones.

⁸⁴ Teubner, “The Project...”, cit. *supra* nota anterior, pp. 48 y siguientes. Por supuesto, la cuestión de si se puede aplicar el concepto de Constitución a los procesos sociales transnacionales está sujeta todavía a debate. Teubner piensa que sí es posible y subraya que las “constituciones” transnacionales, desde un punto de vista material, establecen una fuente de autoridad jurídica, la que, por su parte, estructura un proceso *societal* y no solamente político (p. 54).

movimientos de protesta, las organizaciones no gubernamentales (ONG) y los medios de comunicación.⁸⁵

- *Economía global*: la constitucionalización en este sector ha consistido en establecer reglas de liberalización de los mercados mundiales que no estén sujetas, en lo posible, a la regulación arbitraria de los estados nacionales (por ejemplo, OMC, TLCAN, Comunidades Europeas).
- *Regímenes transnacionales*: también las organizaciones internacionales, los regímenes y las redes transnacionales, presentan fuertes tendencias a la constitucionalización.
- *Lex mercatoria*: por encima de las normas contractuales que la componen, se desarrollan normas, principios y procedimientos que pueden considerarse de carácter constitucional y que conforman un *ordre public d'arbitrage international*.⁸⁶
- *Constitucionalismo corporativo*: las grandes empresas transnacionales también desarrollan reglas y principios que pretenden superar las orientaciones empresariales puramente económicas, para incluir valores de responsabilidad social tales como el trabajo, la calidad de los productos y servicios, el ambiente y los derechos humanos.
- *Derecho administrativo global*: señala Teubner que en la actualidad existen más de dos mil organismos y entidades que realizan funciones de regulación global y cuyo funcionamiento se juridifica crecientemente a través de normas relativas al debido proceso, la consulta obligatoria de expertos, la transparencia, el principio de proporcionalidad y el respeto a los derechos humanos, entre otros aspectos.⁸⁷
- *Derecho internacional*: el derecho internacional clásico también evoluciona hacia la conformación de un “*ordre public transnational*”, con

⁸⁵ Un discípulo de Teubner, Andreas Fischer-Lescano, ha desarrollado una reflexión sobre la constitucionalización de los derechos humanos en la sociedad mundial a partir de la movilización de la sociedad civil (nacional y global) y de los “escándalos” que su violación provoca en la opinión pública mundial. Véase “Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft”, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, vol. 88, núm. 2, 2002, pp. 349-379 y *Globalverfassung: Die Geltungsbegründung der Menschenrechte*, Weilerswist-Metternich, Velbrück, 2005. Un resumen de estas ideas en nuestro idioma puede consultarse en “*Ex facto ius oritur*: Procesos de escándalo y el derecho mundial emergente”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 30, 2007, pp. 435-450.

⁸⁶ Teubner, “The Project...”, cit., *supra* nota 83, p. 49. Sobre la nueva *lex mercatoria* existe ya una bibliografía verdaderamente inabarcable. En nuestro idioma puede consultarse el volumen, coordinado por Jorge Alberto Silva, *Estudios sobre lex mercatoria. Una realidad internacional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006.

⁸⁷ Teubner, “The Project...”, *op. ult. cit.*, p. 50.

sus propias normas fundamentales; la consecuencia es la superación del enfoque “contractual” en las relaciones entre los estados y el surgimiento de un orden imperativo enfocado al bien común internacional.⁸⁸

En resumen, las teorías sobre la sociedad mundial nos ofrecen un panorama muy complejo de la evolución del Estado y el derecho en la era contemporánea: la arena jurídica global se caracteriza por una fragmentación y una pluralidad irreductibles, lo que, sin embargo, no impide el surgimiento de un sistema jurídico de alcance mundial, en el que se interconectan operativamente, de múltiples maneras y en distintos niveles, los órdenes jurídicos territoriales y los sectoriales. Los derechos nacionales forman parte de este sistema jurídico mundial, lo que tiene la evidente consecuencia —que Luhmann, Meyer y otros autores subrayan en términos generales— de que no puede entenderse su configuración y desarrollo contemporáneos sino a partir de la existencia de la misma sociedad mundial. Por supuesto, se requiere un estudio cuidadoso de la evolución histórica particular de los órdenes jurídicos nacionales, identificando los momentos, modos y grados en que éstos participan del derecho global, ensayo que iniciaremos, respecto de México, en un apartado posterior.⁸⁹

3. *El paradigma comunicativo y el derecho*

La de Niklas Luhmann es la primera teoría sociológica de gran alcance basada en el concepto de comunicación.⁹⁰ Las razones que explican esta decisión teórica, que se manifiesta claramente sólo hasta comienzos de los

⁸⁸ Sobre este tema puede verse, además, Becerra Ramírez, Manuel y Nuria González Martín (coords.), *Estado de derecho internacional*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2012 y Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, especialmente el capítulo II, relativo a la creación de un orden público internacional.

⁸⁹ Véase, *infra*, III. 2.

⁹⁰ Stichweh, Rudolf, “Systems Theory as an Alternative to Action Theory? The Rise of ‘Communication’ as a Theoretical Option”, *Acta Sociologica*, vol. 43, p. 8.

Podríamos añadir que otro pensador de gran talla para el cual el concepto de comunicación resulta de central importancia, aunque con otros propósitos, es Jürgen Habermas, cuya *teoría de la acción comunicativa* aparece en alemán en 1981 (traducción española: *Teoría de la acción comunicativa*, Madrid, Taurus, 1987), mientras que su aplicación al derecho y al Estado constitucional se desarrolla en *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998 (la edición alemana original es de 1992).

años ochenta,⁹¹ tienen que ver, según Rudolf Stichweh, con la evolución particular de las ideas de Luhmann, así como con las tensiones y dificultades internas de su proyecto científico, las que se resuelven y se integran cuando la *comunicación* es tomada como nueva piedra angular de todo su edificio teórico.⁹² Sin embargo, si asumimos la perspectiva de la sociología del conocimiento, también tienen mucho que ver las condiciones de desarrollo de la sociedad misma que se pretende explicar, la cual ha sido calificada, con bastante razón, como *sociedad del conocimiento* o *sociedad de la información*, una sociedad que, como hemos visto en párrafos anteriores, tiene ya alcance planetario.⁹³

Una perspectiva sociológica sobre el derecho basada en la idea de comunicación tiene, como resulta obvio suponer, consecuencias teóricas y conceptuales muy importantes. De entrada, se tratará de una visión que ponga menos énfasis en la sanción y más en la persuasión, menos en el aparato coactivo que lo acompaña y más en el discurso y sus efectos en las expectativas de los actores sociales. Aunque no había dado todavía el giro definitivo hacia el concepto de comunicación, la teoría sociológica del derecho que Luhmann desarrolló en los años sesenta y setenta ponía énfasis en que la función del derecho era primordialmente la de coordinar e integrar las expectativas normativas de los actores sociales, lo que sucedía principalmente a través de los roles y los programas (normas condicionales o finales) en cuanto niveles intermedios e institucionalizados de abstracción y gene-

Recordemos que ya a comienzos de los años setenta, Habermas y Luhmann sostuvieron una famosa polémica en la que ocupan un lugar principal los conceptos de “acción comunicativa” y “discurso”, por parte del primero, y de “sentido”, “información” y “comunicación”, por parte del segundo. Los planteamientos teóricos y los ensayos polémicos de ambos autores están reunidos en Habermas, Jürgen y Niklas Luhmann, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie? – Was leistet die Systemforschung?*, Frankfurt a. M., Suhrkamp, 1971. Sobre la polémica, que continuó de algún modo hasta el fallecimiento de Luhmann en 1998, puede verse González, Luis Armando, “Teoría crítica versus teoría de sistemas: la confrontación Habermas-Luhmann”, *Realidad. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, San Salvador, núm. 41, septiembre-octubre de 1994, pp. 785-811, y Más Torres, Salvador, “Teoría crítica y teoría de sistemas. Observaciones sobre la polémica Habermas-Luhmann”, *Logos. Anales del Seminario de Metafísica*, Madrid, núm. 30, 1996, pp. 107-118 (ambos ensayos son consultables en línea).

⁹¹ La obra en la que Luhmann da de manera decidida este giro es *Soziale Systeme. Grundriss einer soziologischen Theorie*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1984 (hay traducción española: *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, México, UIA-Alianza, 1991).

⁹² Stichweh, “Systems Theory...”, cit., *supra* nota 90, pp. 9 y siguientes.

⁹³ *Ibidem*, pp. 11 y siguiente. Del mismo modo, las teoría sociológicas de la acción parecen más acordes con la sociedad industrial, pues se enfocan en la producción y procesamientos de bienes y recursos, así como en el intercambio de los bienes y los recursos producidos (*idem*).

ralización de dichas expectativas. Las sanciones, si acaso salían a relucir, tenían el propósito de dar fuerza a las expectativas normativas y sostenerlas en caso de decepción. La violencia física podía cumplir funciones efectivas en el campo jurídico, sobre todo en la sociedad moderna, en la medida en que *no* fuera utilizada, sino que actuara como símbolo general para representar la fuerza del derecho y la confianza en su cumplimiento. “El ejercicio público de la violencia física se vuelve innecesario. Donde llega a ocurrir produce efectos más bien penosos —como síntoma del fracaso de la política, lo cual ahora se puede inclusive ‘provocar’ para que el orden dominante aparezca como injusto bajo la forma de la violencia”.⁹⁴

Como puede advertirse fácilmente, se trata de una concepción en la que la “eficacia” del derecho, aunque no se descarta como valor social, se vuelve problemática, lo que permite reconocer y aceptar, como hemos visto más arriba, las condiciones sociales que obstaculizan la obediencia a la ley o que incluso hacen obligada la desobediencia como solución funcional de otros problemas; al mismo tiempo, se puede observar que, en cuanto discurso o forma de comunicación, el derecho crea un marco común de interpretación y valoración de la conducta humana que reconocen inclusive quienes no se sujetan a sus mandatos, y en ello radica una función de la mayor importancia social.

Resulta interesante advertir que el paradigma comunicativo ha ido ampliando su aceptación tanto en la teoría y la filosofía del derecho —sobre todo a través de la teoría del discurso y de la argumentación jurídicos—⁹⁵ como en la propia sociología jurídica,⁹⁶ campo en el que algunos autores muy reconocidos, como Vincenzo Ferrari, que en distintas oportunidades

⁹⁴ Luhmann, Niklas, *Rechtssoziologie*, 3ª ed., Opladen, Westdeutscher Verlag, 1987, p. 113. La cita de Luhmann parece casi profética en relación con la situación que vive actualmente México.

⁹⁵ Una referencia central en este sentido, elaborada bajo la influencia de Habermas, es la obra de Robert Alexy: *Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1983 (la 1ª edición es de 1978). Hay versión española: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁹⁶ Sobre las relaciones entre la sociología jurídica y otros campos de estudio que vinculan el derecho con la comunicación (como el denominado “derecho y literatura” o la “semiótica jurídica”), véanse los ensayos de David Nelken “Law as Communication: Constituting the Field” y “Can There Be a Sociology of Legal Meaning?”, ambos en Nelken, David (ed.), *Law as Communication*, Aldershot, Dartmouth, 1996, pp. 3-23 y 107-128, respectivamente. Una visión sociológica del derecho como discurso del poder es la de Óscar Correas, *Introducción a la sociología jurídica*, México, Fontamara, 2007, pp. 51 y siguientes.

y por otras razones se han manifestado críticos del enfoque luhmanniano, aceptan crecientemente dicho paradigma.

En una obra reciente de introducción a la sociología del derecho, Ferrari señala que las normas son *acciones sociales* o, más bien, *actos de comunicación social* que concretamente se expresan en mensajes que se dirigen de una o varias fuentes hacia uno o varios destinatarios, pasando a través de uno o más medios, es decir, filtros que se interponen en el espacio físico o virtual que separa a las fuentes de los destinatarios y que reciben, interpretan y retransmiten el mensaje.⁹⁷ En este sentido, Ferrari reconoce que el derecho posee una fuerte potencialidad persuasiva, así como capacidad de orientar opciones, expectativas, comportamientos y opiniones, con importantes efectos legitimadores sobre el orden social y el ejercicio del poder. Sin embargo, se trata de procesos comunicativos complejos en los que solamente se puede participar en la medida en que se comparten los códigos que permiten interpretar y dar sentido a los mensajes y en los que tienen una peso cada vez mayor los medios de comunicación, los cuales modulan e incluso deforman, en función de sus propios intereses, las informaciones, el lenguaje y los símbolos vinculados al derecho.⁹⁸

No obstante lo dicho hasta aquí, el paradigma comunicativo no ha permeado suficientemente en las visiones contemporáneas sobre el derecho, lo cual conduce, paradójicamente, tanto a sobrevalorar como a infravalorar su rol en la sociedad mundial y en los estados nacionales que forman parte de ella. En las condiciones actuales, el derecho se autonomiza del Estado al entrar en simbiosis con los campos sociales, muy diversos, en donde es producido y reproducido. Por tanto, el nuevo paradigma del derecho parece ser el del pluralismo y la fragmentación, no el de la unidad, y ello como realidad no transitoria sino permanente. Del mismo modo, concebir al derecho como un proceso comunicativo desplaza hasta cierto punto la noción de poder y de control del poder, y pone más de relieve los elementos persuasivos, culturales, estratégicos, incluso alternativos, que puede tener lo jurídico en el mundo contemporáneo. De todo esto no se deduce que el derecho se vuelva irrelevante ni que sus coordenadas teóricas y prácticas deban abandonar totalmente sus líneas de evolución de los últimos siglos. Sobre este tema volveremos en el último apartado del ensayo.

⁹⁷ Ferrari, Vincenzo, *Prima lezione di sociologia del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2010, pp. 39-40 (hay versión española en prensa: *Primera lección de sociología del derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2015).

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 44-45.

III. EL CAMBIO JURÍDICO EN MÉXICO DESDE LA PERSPECTIVA DE LA SOCIEDAD MUNDIAL

En este apartado propondremos, de manera necesariamente exploratoria y no concluyente, algunas reflexiones sobre el proceso de cambio jurídico en nuestro país a partir del concepto de sociedad mundial, retomando para ello algunas ideas elaboradas en el apartado anterior. En un primer inciso (1., *infra*) se recapitulan los cambios de las décadas más recientes y se hace un repaso de los estudios existentes que tienen una orientación que podríamos calificar como “socio-jurídica”. En el segundo inciso (2., *infra*) se retoman, como ya se dijo, algunas propuestas sobre el derecho que se derivan del concepto de sociedad mundial y se confrontan con lo que sabemos sobre el cambio jurídico en México. Una consecuencia central de este examen consiste en subrayar que la influencia de la sociedad mundial en la formación de la cultura jurídica mexicana se ha producido desde el momento mismo de la implantación del derecho de raíz occidental en los territorios que ahora pertenecen al México moderno.

1. *Estado de la cuestión*

Un somero examen de los cambios habidos en nuestro ordenamiento jurídico durante las últimas tres décadas nos revela rápidamente que dicho proceso ha sido especialmente intenso. Algunos datos básicos sobre los cambios a la Constitución y las leyes federales (y algo similar podría decirse de los ordenamientos de las entidades federativas), así como sobre la creación y reforma de las instituciones jurídicas, especialmente a partir de 1982, nos ilustrarían sobre la extensión cuantitativa de dicho proceso de cambio, pero también sobre su profundidad desde un punto de vista cualitativo. Los límites de este ensayo impiden hacer aquí un resumen de todos estos cambios, por lo que remitimos a la abundante bibliografía jurídica y socio-jurídica que existe sobre el particular.

Por lo que se refiere a los estudios propiamente jurídicos, su función principal consiste en exponer, explicar e interpretar los cambios al ordenamiento positivo, tratando siempre de determinar de qué modo las normas y las instituciones nuevas se integran y se coordinan con las ya existentes. Por su parte, los estudios de carácter *socio-jurídico* (muchos también de naturaleza empírica) que examinan diversos aspectos del cambio jurídico en México en los tiempos recientes son, afortunadamente, cada vez más abundantes y ricos. Dichos estudios han abordado sobre todo el funcionamiento de las ins-

tuciones de la justicia, y de manera particular la actuación de la Suprema Corte de Justicia después de la reforma de 1994-1995,⁹⁹ pero también se ha trabajado sobre la profesión y la educación jurídicas; el Ministerio Público; la justicia alternativa; el derecho ambiental; las relaciones entre derecho y género; la delincuencia y la población carcelaria; la cultura constitucional y la cultura de la legalidad; la transparencia; los derechos indígenas; la policía y la seguridad pública; las relaciones comerciales internacionales; el comercio informal en la vía pública; la propiedad agraria y el desarrollo urbano.¹⁰⁰ Sin embargo, siguen siendo relativamente escasos los estudios que exploran de manera amplia el sentido y el alcance del proceso de cambio mismo. Sobre el particular, cabe hacer una mención más detallada de algunos trabajos que se han referido al cambio jurídico en el ámbito constitucional, el que constituye el fundamento del restante orden jurídico, así como a otros trabajos que abordan el cambio reciente como proceso de modernización e incluso como “transición jurídica”.

En lo relativo al cambio constitucional y a los signos evidentes de activación de una vida constitucional más democrática en las últimas décadas, varios autores se han preguntado, tanto de manera retrospectiva como prospectiva, cuáles son las razones y los factores que explican las dificultades para implantar en nuestro país un modelo constitucional efectivo. José Ramón Cossío Díaz encuentra que el entendimiento predominante sobre la Constitución durante la mayor parte del siglo XX, en coincidencia con el presidencialismo autoritario, fue de tipo *político* antes que *normativo*, es decir, que el análisis constitucional tendía a desarrollarse en función de un suceso histórico específico —la Revolución Mexicana— y del régimen político derivado de ella, antes que con base en las construcciones interpretativas posibles conforme al texto constitucional, así como en sus consecuencias normativas; sin embargo, el nuevo entorno político cambia de manera significativa las coordenadas en las que se entiende y se aplica el derecho constitucional y el orden jurídico en general.¹⁰¹

⁹⁹ Véase la útil síntesis de Rogelio Pérez Perdomo, “Reforma judicial e investigación socio-jurídica en el México contemporáneo”, en *Gente del derecho y cultura jurídica en América Latina*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2013, pp. 101-173.

¹⁰⁰ Desafortunadamente, por razones de espacio no es posible ofrecer aquí las referencias bibliográficas completas. Cabe señalar que muchos de estos estudios son consultables en línea en la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en <<http://biblio.juridicas.unam.mx>>. Véase la síntesis reciente que nos ofrece Julio Ríos Figueroa, “Sociological Studies in Mexico”, *Annual Review of Law and Social Science*, vol. 8, 2012, pp. 307-321.

¹⁰¹ Véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “El paradigma de los estudios constitucionales en México. Un caso de sociología del conocimiento jurídico”, en *El significado actual*

Por su parte, Martín Díaz y Díaz consideraba que la Constitución de 1917 debe su “éxito histórico al reconocimiento de ciertas peculiaridades premodernas y autoritarias que los autores de la Constitución de 1857 intentaron obviar, sin conseguirlo”,¹⁰² esto es, que la Constitución misma incorporó en su texto un estrato normativo contradictorio y ambivalente respecto del modelo constitucional de raíz occidental. Ello le otorgó viabilidad y flexibilidad, como ya se ha dicho, pero postergó al mismo tiempo, de manera indefinida, la vigencia del constitucionalismo ortodoxo, hasta que entró en crisis el presidencialismo autoritario.

Finalmente, María del Refugio González y José Antonio Caballero Juárez proponen identificar en la Constitución de 1917 tres modelos de Estado, superpuestos en el texto constitucional: el “Estado liberal”, configurado básicamente en la Constitución de 1857; el “Estado central”, producto del proceso de centralización de facultades y recursos en la Federación y en la institución presidencial que se inició desde fines del siglo XIX, en la época del llamado Porfiriato, y que continuó a partir de los años treinta del siglo XX; y el “Estado social”, cuyas bases estableció por primera vez la Constitución de 1917.¹⁰³ Con fundamento en esta idea, podríamos entender que el presidencialismo autoritario gobernó al país apoyándose fundamentalmente en los mecanismos constitucionales del “Estado central” y del “Estado social”, mientras que los elementos del “Estado liberal”, como los derechos individuales, permanecían relativamente latentes. La crisis de legitimidad del régimen obligó a revitalizar al modelo del Estado liberal, cuya preexistencia en el texto constitucional ha contribuido a una “nueva constitucionalidad” sin necesidad de elaborar y aprobar una nueva Constitución.

En una línea de argumentación distinta, enmarcada en las transformaciones y los debates del constitucionalismo contemporáneo, José María Serna de la Garza examina detalladamente de qué manera el orden cons-

de la Constitución. Memoria del simposio internacional, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1998, pp. 153-192, así como, desde una perspectiva general, *Cambio social y cambio jurídico*, México, ITAM-Porrúa, 2001.

¹⁰² Díaz y Díaz, Martín, “La Constitución ambivalente. Notas para un análisis de sus polos de tensión”, en *Ochenta aniversario. Homenaje a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Senado de la República (LVI Legislatura), 1997, p. 59. Véase también “La transición constitucional (notas sobre las condiciones de remplazo)”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1999, pp. 167-190.

¹⁰³ González, María del Refugio y José Antonio Caballero Juárez, “El proceso de formación del Estado de derecho en México. Los modelos de Estado en la Constitución de 1917”, en Serna de la Garza, José María y José Antonio Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 47-93.

titucional mexicano se ha abierto hacia el ámbito global en el campo de las relaciones económicas y en el de los derechos humanos.¹⁰⁴ Por lo que se refiere al primer campo mencionado, Serna de la Garza opina que no hay evidencia empírica que de manera directa vincule causalmente algunas reformas constitucionales posteriores a 1995 con las recomendaciones de organismos tales como el Banco Mundial, el FMI y la OMC, aunque indudablemente hay coincidencias entre unas y otras, que se prolongan hasta las reformas más recientes en materia de energéticos y telecomunicaciones en 2013. Los debates constitucionales en torno a los capítulos XI y XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) parecen indicar que, con independencia de su compatibilidad con la Constitución mexicana, estos instrumentos normativos obedecen a necesidades económicas que tienen una dimensión constitucional en un sentido más amplio que el estrictamente nacional. En cambio, Serna de la Garza encuentra que en la reforma constitucional relativa al sistema penal acusatorio, de junio de 2008, hay una clara influencia de organismos foráneos como el Banco Mundial y USAID.¹⁰⁵

En materia de derechos humanos, la situación es mucho más clara a partir de la reforma constitucional de 2011, la que incorpora expresamente al orden constitucional y jurídico mexicano los derechos humanos de fuente internacional. Con base en esta reforma, los tribunales mexicanos han establecido ya un claro canal de comunicación (“diálogo judicial”) con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque ello no está ocurriendo sin incertidumbres ni resistencias.¹⁰⁶

Desde la perspectiva más general del proceso de *modernización* y apertura que México emprendió decididamente después de 1982, Sergio López Ayllón y el autor de este ensayo han tratado de describir la dinámica del cambio jurídico que ha acompañado a dicho proceso en términos de cambios constitucionales y legislativos; de ratificación de tratados y convenciones internacionales; de incremento de la matrícula en las escuelas y facultades de derecho, así como de crecimiento y diversificación de la profesión jurídica, etcétera.¹⁰⁷ Estos autores consideran que los cambios, en conjunto, apuntan

¹⁰⁴ Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2012, capítulos VI y VII (pp. 111-311).

¹⁰⁵ *Ibidem*, pp. 136-137.

¹⁰⁶ *Ibidem*, pp. 244 y siguientes.

¹⁰⁷ López Ayllón, Sergio, *Las transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho. La encrucijada entre tradición y modernidad*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1997; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “‘¡Tan cerca, tan lejos!’ Estado

a una transformación en la visibilidad y el rol sociales del derecho, es decir, que pueden conceptualizarse como una verdadera “transición jurídica”, uno de cuyos elementos más visibles es la apertura del orden jurídico hacia el exterior. Dicha transición explicaría, por ejemplo, por qué se ha vuelto tan insistente el discurso público sobre el “Estado de derecho” y por qué el Poder Judicial ha pasado, desde la periferia, a ocupar a un lugar central entre las instituciones públicas. Podría afirmarse, inclusive, que un orden jurídico abierto se convierte en el nuevo criterio de legitimidad del aparato institucional del Estado, en sustitución de la “legitimidad revolucionaria” que ostentó el régimen presidencialista autoritario, es decir, la legitimidad ganada por los grupos que resultaron victoriosos durante la lucha armada de la Revolución Mexicana.¹⁰⁸ La “legitimidad del derecho” se manifiesta de manera ejemplar en la plena judicialización de los conflictos electorales lograda en los últimos años del siglo XX,¹⁰⁹ y se refuerza por la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos. Este diagnóstico ha sido confirmado sustancialmente por otros científicos sociales. Francisco Valdés Ugalde lo dice así:

La democratización del sistema político se ha producido dentro de un proceso más abarcador, la búsqueda del principio de legalidad. A pesar de los problemas de diversos tipos que las circunstancias nacionales e internacio-

de derecho y cambio jurídico en México (1970-2000)”, en Fix-Fierro, Héctor, Lawrence M. Friedman y Rogelio Pérez Perdomo (eds.), *Culturas jurídicas latinas de Europa y América en tiempos de globalización*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2003, pp. 503-603; Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Legitimidad contra legalidad. Los dilemas de la transición jurídica y el Estado de derecho en México”, *Política y Gobierno*, México, año VIII, núm. 2, segundo semestre de 2001, pp. 347-393; Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Cambio jurídico y autonomía del derecho: un modelo de la transición jurídica en México”, en Serna de la Garza y Caballero Juárez (eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*, cit., *supra* nota 102, pp. 95-137; López Ayllón, Sergio y Héctor Fix-Fierro, “La modernización del sistema jurídico (1970-2000)”, en Servín, Elisa (coord.), *Del nacionalismo al neoliberalismo, 1940-1994*, México, CIDE-FCE-INEHRM-CONACULTA-FCCM, 2010, pp. 345-386.

¹⁰⁸ Se atribuye a Fidel Velázquez, durante muchísimos años dirigente del llamado “sindicalismo oficial”, estrechamente vinculado al Partido Revolucionario Institucional (PRI) y agrupado en la Confederación de Trabajadores de México (CTM), haber dicho que “los revolucionarios llegamos a balazos y a balazos nos vamos a ir”. Afortunadamente, la historia reciente ha desmentido a don Fidel, quien falleció en 1997 y ya no pudo asistir a la alternancia pacífica del año 2000 en el gobierno federal.

¹⁰⁹ De una bibliografía muy abundante, puede verse Eisenstadt, Todd A., *Cortejando a la democracia en México: estrategias partidarias e instituciones electorales*, trad. de Pedro González Caver, México, El Colegio de México, 2004. Eisenstadt pone especial énfasis en la judicialización de los conflictos electorales y en las estrategias judiciales de los partidos políticos como factor del cambio político.

nales han causado en la sociedad mexicana, el *principio de legalidad como fuente de legitimidad* se ha inscrito en los diferentes ámbitos de la acción colectiva.¹¹⁰

También René Millán sostiene, en un profundo análisis sociológico del cambio reciente en la sociedad mexicana, que en el paso de un orden sobrintegrado por el Estado a uno más diferenciado y complejo, cambia la relación entre política y derecho: este último gana en autonomía funcional, mientras que ambos subsistemas especifican su acoplamiento a través del orden constitucional, la función legislativa y la interpretación judicial.¹¹¹

En resumen, los autores y los trabajos citados coinciden en identificar un cambio estructural reciente en el orden y las instituciones del derecho en México, el cual parece apuntar al logro de un nivel más elevado de respeto a la legalidad y de autonomía del derecho, al menos en algunos ámbitos sociales específicos. Al mismo tiempo, varios de ellos subrayan las desigualdades y las debilidades institucionales que todavía prevalecen y que impiden generalizar la vigencia del Estado de derecho.¹¹² Si bien en su mayoría los estu-

¹¹⁰ Valdés Ugalde, Francisco, *La regla ausente. Democracia y conflicto constitucional en México*, México, Gedisa-FLACSO-UNAM (Instituto de Investigaciones Sociales), 2010, p. 11 (el subrayado es del autor).

¹¹¹ Véase Millán, René, *Complejidad social y nuevo orden en la sociedad mexicana*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Sociales)-Miguel Ángel Porrúa, 2008, pp. 171 y siguientes. También Yves Dezalay y Bryant G. Garth, desde premisas teóricas muy distintas, consideran que el cambio de las últimas décadas se traduce en mayor autonomía y peso específico del derecho, al superarse la división de la elite económica y la política que había afectado también el rol social del sistema jurídico. Véase “De elite dividida a profesión cosmopolita. Los abogados y las estrategias internacionales en la construcción la autonomía del derecho en México”, en Fix-Fierro, Héctor (ed.), *Del gobierno de los abogados al imperio de las leyes. Estudios sociojurídicos sobre educación y profesión jurídicas en el México contemporáneo*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2006, pp. 185-253.

¹¹² Millán, *op. ult. cit.*, pp. 228 y siguientes, identifica eventos y tendencias que presionan en dirección a la sustitución de las garantías jurídicas por las políticas y que impiden que el rol social del derecho se afirme en la dimensión que el nuevo orden requiere (pp. 229, 234). “Sin una adecuada *neutralización* de las desilusiones y sin el vínculo entre *derecho y sanción*, resulta claro que el sistema social trabaja (como el propio subsistema político) en condiciones de contingencia excedida. El rol social del derecho, en otros términos, no ayuda a reducir la complejidad de los entornos. Y no lo hace porque la institucionalización de las expectativas no es aún suficientemente sólida” (p. 235). Y en relación con la función de legitimación que realiza el derecho, agrega lo siguiente: “En una sociedad diferenciada, la *legitimidad* es simplemente *legalidad*... Si esa unidad ingresa como dicotomía en el sistema político, ello indica que están presentes tensiones que atentan contra la diferenciación del orden social. Su presencia presupone, de inmediato, que el código del derecho está presionado para regirse por determinadas preferencias del entorno (y de algunos sectores más activos). Señala, en último caso, que el *derecho se encuentra subutilizado como recurso social para reducir complejidad y contingencia, como medio para elevar las oportunidades de coordinación social*” (p. 238; subrayado del autor). Cfr. en

dios citados toman en cuenta, implícita o explícitamente, la influencia de los factores externos —la “globalización” — en la evolución jurídica reciente de nuestro país, lo hacen de manera más bien puntual y, por tanto, no ofrecen todavía un planteamiento socio-jurídico más amplio que intente vincular, de manera general y sistemática, el cambio jurídico “interno” con los factores estructurales y culturales que definen a la sociedad mundial. En el siguiente inciso intentamos unas primeras observaciones en esta dirección.

2. *Cambio jurídico en México y sociedad mundial*

Lo primero que conviene señalar, en un planteamiento sobre el cambio jurídico en México en su relación con la sociedad mundial, es la necesidad de asumir una perspectiva temporal mucho más amplia que el periodo reciente —las últimas décadas— que asociamos con la “globalización”. Habría que partir, entonces, del momento en que se implanta en México el derecho occidental, a través de la conquista española, momento que coincide históricamente con el surgimiento de la sociedad mundial, según hemos visto más arriba.

La coincidencia temporal tiene varias consecuencias importantes. Por un lado, la cultura jurídica de la sociedad mundial naciente no puede entenderse cabalmente sin tomar en cuenta el impacto que significó, para las ideas jurídicas dominantes, el “descubrimiento” y conquista de territorios hasta entonces desconocidos y habitados por civilizaciones bastante desarrolladas. A pesar de que, en última instancia, estas civilizaciones no pudieron resistir su avasallamiento por las potencias europeas del momento, en España se dieron grandes debates a propósito de la legitimidad jurídica de la conquista y del trato que se pretendía dar a los nativos de las tierras conquistadas. Ello contribuyó, sin duda, a dar un alcance más universal a la cultura jurídica mundial en formación, pero también a definir uno de los rasgos originales (aunque no exclusivo) de la cultura jurídica mexicana y de la latinoamericana en general: su interacción con los sistemas jurídicos indígenas.¹¹³ Por supuesto, no se trata de sistemas jurídicos que hayan conservado sin cambios sus características originales, pero no hay duda que siguen moldeando, para una parte importante de la población, su experiencia inmediata del derecho y de la justicia. Su reconocimiento formal

un sentido similar, aunque positivo en cuanto a la dirección del cambio, Fix-Fierro y López Ayllón, “Legitimidad contra legalidad...”, cit., *supra* nota 107.

¹¹³ Véase, por ejemplo, González Galván, Jorge Alberto, *El Estado, los indígenas y el derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010.

por el Estado nacional, que es reciente y se debe en parte a la influencia de movimientos y organismos internacionales, esto es, de la sociedad mundial misma,¹¹⁴ los convierte formalmente en parte del orden jurídico nacional y los expone a nuevos cambios, de alcance todavía impredecible.¹¹⁵ Dos fenómenos que podrían estudiarse de manera más detallada en este sentido son, primero, la interacción entre las “elecciones por usos y costumbres”, como se practican, por ejemplo, en la mayoría de los municipios del Estado de Oaxaca, y las instituciones electorales modernas¹¹⁶ y, segundo, la justicia alternativa, incluyendo las funciones de policía en los llamados “municipios autónomos” de los estados de Chiapas y Guerrero, pero que han tenido influencia también en otros lugares del país.¹¹⁷

Por otro lado, esa misma coincidencia implica que, si bien la cultura jurídica moderna de México se ha formado principalmente a través de “transplantes” y “transferencias”, ello no significa que se trate siempre de meras copias o imitaciones de las ideas, figuras e instituciones foráneas, primero, porque en este proceso se produce siempre un proceso de aculturación,¹¹⁸

¹¹⁴ Esta es la tesis de Juan Diego Castrillón O. en relación con la Constitución colombiana de 1991. Véase “La dialéctica nacional e internacional en el reconocimiento del pluralismo jurídico: El caso de Colombia frente a los pueblos indígenas”, en Caballero Juárez, José Antonio *et al.* (coords.), *Sociología del derecho. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2010, vol. I, pp. 67-13.

¹¹⁵ Véase, por ejemplo, Roldán Xopa, José, “Municipio y pueblos indígenas: ¿hacia un mestizaje jurídico?”, en González Galván, Jorge Alberto (coord.), *Constitución y derechos indígenas*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 249-268.

¹¹⁶ Sobre los conflictos y problemas que se pueden suscitar en la materia puede verse Ibarra, Mauricio I. y Jorge G. Castillo Vaquera, “Las elecciones de Cherán: usos y costumbre excluyentes”, *Revista Mexicana de Derecho Electoral*, México, núm. 5, enero-junio de 2014, pp. 263-283.

¹¹⁷ De una bibliografía muy amplia, que toma sobre todo como eje la idea de pluralismo jurídico, véase López López, Lilita E., “Pluralismo jurídico en México: Notas de dos verificaciones de hecho: la policía comunitaria en Guerrero y las Juntas de Buen Gobierno en Chiapas”, en Caballero Juárez *et al.*, *Sociología del derecho...*, cit., *supra* nota 114, vol. II, pp. 399-429. Por supuesto, existe una tenue línea de separación entre la autonomía ejercida dentro de un marco estatal y las experiencias que pretenden desplazar y sustituir a la autoridad pública legítima, bajo la influencia más o menos abierta de la delincuencia organizada.

Un ejemplo dramático de “pluralismo jurídico” y de interdependencia entre varios órdenes normativos que cubren diversos puntos en la escala de la legalidad a la ilegalidad, se da en los centros de reclusión. Un estudio revela que en una cárcel hay al menos tres órdenes normativos vigentes: el orden jurídico estatal, la interpretación y aplicación que de este orden hacen los custodios y demás autoridades penitenciarias, y el orden que aplican rigurosamente los internos, el cual incluye la pena de muerte. Véase Enríquez Rubio Hernández, Herlinda, *El pluralismo jurídico intracarcelario*, México, Porrúa, 2007.

¹¹⁸ Sobre los procesos de aculturación jurídica puede verse Sánchez Cordero, Jorge, “Los procesos de aculturación jurídica: reflexiones mexicanas”, en Fix-Zamudio, Héctor, Diego

reflexión e integración que contribuye, aunque sea de manera ocasional y puntual, a la cultura jurídica mundial, como sucede con el juicio de amparo que, por influencia de los delegados mexicanos, se incorporó como fórmula general en la redacción de varias declaraciones y convenciones internacionales de derechos humanos,¹¹⁹ pero, segundo, y esto es más significativo todavía, porque, con frecuencia en el momento del “transplante”, las instituciones “originarias” todavía se encuentran en formación y desarrollo.¹²⁰

Ese proceso de aculturación, reflexión e integración —evolución, en una palabra— es posible, en gran medida, porque en la historia del derecho en México parecen alternarse los periodos de apertura y recepción dinámica de las ideas e instituciones jurídicas foráneas, con periodos de relativa clausura e impermeabilidad frente al entorno jurídico externo, periodos en los cuales se da la lenta asimilación y amalgama de los elementos importados con las instituciones ya existentes, hasta lograr una nueva síntesis entre todos ellos. El juicio de amparo es, nuevamente, un buen ejemplo de este fenómeno.

Los principales ciclos de apertura y modernización jurídica que podemos identificar en la historia del México moderno se inician con las reformas borbónicas de fines del siglo XVIII, las cuales, según reconocen los estudiosos, desempeñaron un papel no menor en el desencadenamiento de los movimientos de independencia a comienzos del siglo XIX.¹²¹ Ya en la etapa

Valadés y Jorge Sánchez Cordero (coords.), *La codificación: la formación de los sistemas jurídicos en las Américas*, México, El Colegio Nacional-UNAM-Association Henri Capitant-Centro Mexicano de Derecho Uniforme, 2011, pp. 230-306 (versión bilingüe español-francés).

¹¹⁹ Véase Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1993, p. 133, con ulteriores referencias bibliográficas.

¹²⁰ Sobre este punto insiste de manera particular José Antonio Aguilar Rivera, señalando que, por ello, la participación de las naciones latinoamericanas en el “experimento constitucional atlántico” ofrece una experiencia relevante para el constitucionalismo universal, al cual ha hecho también, así sea ocasionalmente, aportaciones originales. Véanse sus libros *En pos de la quimera. Reflexiones sobre el experimento constitucional atlántico*, México, FCE-CIDE, 2000 y *Ausentes del universo. Reflexiones sobre el pensamiento hispanoamericano en la era de la construcción nacional, 1821-1850*, México, FCE-CIDE, 2012.

¹²¹ En materia de enseñanza del derecho, estas reformas implicaban, por ejemplo, el estudio del derecho real, esto es, las normas creadas o aprobadas por el rey (que con el tiempo se convertirían en derecho patrio o nacional), en las universidades, donde solamente se estudiaba hasta entonces el derecho romano y el derecho canónico, mientras que la preparación para la práctica jurídica se adquiría en las llamadas Academias Teórico-Prácticas. En la Real y Pontificia Universidad de México hubo un claro rechazo a esta innovación por parte de los catedráticos, lo que sin duda contribuyó a la supresión de esa Universidad en la primera mitad del siglo XIX, por considerarla los reformadores caduca, inútil e irreformable. Sobre las reformas borbónicas en el estudio del derecho y su impacto positivo en las principales universidades españolas, con una referencia a su fracaso en México, véase Alonso Romero, Paz,

independiente, y una vez superados la inestabilidad y el desorden que predominaron durante la primera mitad del siglo XIX, en el periodo llamado “porfirista” se da una intensa dinámica de cambio jurídico que se expresa, sobre todo, en la codificación, pero también en la creación o modernización de la legislación económica, con el propósito de atraer el comercio y la inversión extranjeros que se requerían para detonar el desarrollo de la economía del país.¹²²

Un segundo periodo de intenso cambio y modernización jurídicos se produce después de concluida la lucha armada de la Revolución Mexicana (1910-1920), pues los cambios introducidos por la Constitución de 1917 exigían la adaptación de las leyes y las instituciones a las nuevas coordenadas políticas, económicas y sociales definidas por la nueva Ley Fundamental, pero también coincide con la consolidación del presidencialismo y de sus instrumentos de intervención política y jurídica en la vida social. Este periodo de cambio, que se desarrolla aproximadamente entre 1930 y mediados de la década de los cuarenta, desemboca en una etapa que podríamos denominar de “nacionalismo jurídico” que, en correspondencia con otras manifestaciones del nacionalismo mexicano y con la política económica denominada de “sustitución de importaciones”, tuvo particular fuerza hasta los años ochenta, sin que su influencia haya cesado del todo.¹²³

En 1982 se inicia, como ya se señaló, un nuevo periodo de apertura y modernización en el ámbito jurídico, periodo que todavía no concluye. En este periodo se observa con facilidad hasta qué punto muchas de las instituciones de la cultura jurídica mundial de la que hablan Meyer y Boyle se incorporaron rápidamente en el orden jurídico mexicano, fenómeno que ellos denominan “isomorfismo” (institucional). En efecto, en un periodo de apenas treinta años se adoptaron, a nivel de la Constitución y las leyes, las instituciones más importantes del constitucionalismo contemporáneo, tales como el *Ombudsman* de los derechos humanos, la jurisdicción constitucional, los consejos de la judicatura, los tribunales electorales, la transparencia y el acceso a la información gubernamental, los derechos de los pueblos indíge-

“La formación de los juristas”, en Garriga, Carlos (coord.), *Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano*, México, Instituto Mora-CIDE-El Colegio de México-El Colegio de Michoacán-ELD-HICOES, 2010, pp. 118 y siguientes.

¹²² Sobre el tema de la codificación puede verse Cruz Barney, Óscar, *La codificación en México: 1821-1917. Una aproximación*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2004.

¹²³ Sobre el nacionalismo jurídico: Fix-Fierro, Héctor, “Los juristas académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y la construcción jurídica de las nuevas instituciones democráticas”, en Cruz Barney, Óscar et al. (coords.), *Los abogados y la formación del Estado mexicano*, México, UNAM-INCAM, 2013, pp. 868 y siguientes.

nas, entre otras más, y esa adopción queda cimentada y consolidada por la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de junio de 2011.

Conviene insistir, nuevamente, en que este periodo de cambio se abre por una crisis de legitimidad política que se manifiesta a fines de los años sesenta y que se agrava por las crisis económicas y financieras que se producen recurrentemente desde los años setenta hasta los noventa. Por tanto, si bien la sociedad mundial ejerce, por así decirlo, una presión constante sobre los estados nacionales, esa presión se traduce en cambios internos según modalidades dictadas por los intereses y las necesidades de los actores nacionales, que en muchas ocasiones logran su satisfacción precisamente mediante alianzas y estrategias que involucran a instituciones y actores foráneos.¹²⁴

Como lo predice también la teoría de la sociedad mundial, las etapas de apertura, transplante y transferencia de ideas e instituciones jurídicas foráneas necesariamente producen una amplia brecha, e incluso un “desacoplamiento” extremo, entre las nuevas instituciones y el ambiente social en el que se implantan.¹²⁵ No obstante, esta teoría, en los términos que la hemos esbozado, no aborda explícitamente la cuestión de si se resuelve el desacoplamiento y cómo lo hace.

El desacoplamiento entre norma y realidad puede tomar tres rumbos. El primero es que *se mantenga dicho desacoplamiento*. Ello puede ocurrir sencillamente a través del sostenimiento de la validez formal de las normas, aunque en la práctica se dé su desaplicación, deliberada o tolerada. La desaplicación, por su parte, puede tener dos motivos: el primero es que no existan condiciones para la aplicación de las normas, por ejemplo, a causa de un conflicto latente o una manifiesta resistencia social, o bien, se trate de normas legítimas cuyo cumplimiento se pospone, por otras razones, hacia un futuro indefinido. Sin embargo, en un mundo cada vez más interdependiente y en el que el escrutinio externo es cada vez más severo, es difícil que los estados puedan evadir el cumplimiento de ciertas normas de manera permanente. Dentro de esta misma línea puede suceder también, que a pesar

¹²⁴ Véase, sobre el caso de México y otros países latinoamericanos, Dezalay, Yves y Bryant G. Garth, *La internacionalización de las luchas por el poder. La competencia entre abogados y economistas por la transformación de los Estados latinoamericanos*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-ILSA, 2005.

¹²⁵ Cfr. López Ayllón, *Las transformaciones...*, cit., *supra* nota 107, cap. V, especialmente pp. 252 y siguientes. La distinción que propone este autor entre la ley que “instituye” y la ley que “regula” hace alusión al desacoplamiento entre ley y realidad como consecuencia de que el orden jurídico en México no es producto de un consenso fundador, sino un factor importado, impuesto por la violencia y marcado por diversas rupturas históricas.

de que se intente lograr la vigencia de las normas, acercando a ellas la realidad social, la cultura jurídica mundial imponga estándares cada vez más elevados, de manera que la brecha no disminuya de manera significativa e inclusive crezca en el tiempo. En cualquier caso, la desaplicación sistemática no parece ser una opción estable ni viable a largo plazo en el entorno de la sociedad mundial.

El segundo rumbo consiste en que *el ambiente social evolucione*, siguiendo sus tendencias propias o por efecto de políticas deliberadas, o ambas, *en dirección a una mayor correspondencia con la norma*. El tercero, finalmente, depende de que sea la norma la que *se ajuste para lograr una mayor coincidencia con la base social*. Sin embargo, este tercer rumbo resulta el más problemático de los tres, en la medida en que implique una reducción respecto de los estándares jurídicos aceptados como legítimos a nivel mundial, lo que aumentaría nuevamente la presión sobre los estados nacionales que siguieran esta estrategia. De estos tres rumbos posibles hay numerosos ejemplos en la historia independiente de nuestro país, los que se presentan en la realidad de manera alternada y combinada. Pasemos a examinar algunos brevemente.

Quizá los dos mejores ejemplos de desaplicación deliberada de las leyes en nuestra historia, por considerar los gobiernos en turno que no había condiciones políticas o sociales para su cumplimiento, sean la Constitución de 1857 y el régimen constitucional impuesto a las relaciones entre Iglesia y Estado por la Constitución de 1917.

Como bien se sabe, la aprobación de la Constitución liberal moderada de 1857 desencadenó una sangrienta guerra civil (la llamada Guerra de Reforma, entre 1857y 1861) y motivó también una violenta intervención extranjera (1862-1867). Ambos episodios históricos concluyeron con el triunfo definitivo del partido liberal y con la restauración de la Constitución, pero pocos años después, el general liberal Porfirio Díaz instauró una dictadura en la que, durante casi treinta años, se rindió tributo a la autoridad formal de la Constitución, pero ésta no se aplicó realmente en la práctica.¹²⁶

¹²⁶ Los principales críticos contemporáneos de la Constitución de 1857, como Justo Sierra (1848-1912) y Emilio Rabasa (1856-1930), sostenían que no era viable gobernar con ella, debido a que contenía principios más bien teóricos que no eran adecuados para resolver los problemas de *desarrollo* del país (y no ya meramente de definición de su sistema constitucional). Sobre ambos críticos véase Cosío Villegas, Daniel, *La Constitución de 1857 y sus críticos* [1957], México, FCE-El Colegio Nacional-Clío, 2007, quien no encuentra convincentes sus argumentos, en vista de que la Constitución de 1857 fue efectiva y presidió uno de los periodos más libres y dinámicos del constitucionalismo mexicano, durante la década que corre de 1867 a 1876, quizá hasta 1880. Para otros intérpretes, como Edmundo O’Gorman, la política porfirista en relación con la Constitución de 1857 era hasta cierto punto inevitable, porque venía a confirmar que tanto el programa liberal como el conservador coincidían en

La Revolución de 1910 puede interpretarse justamente como una reacción violenta al régimen de suspensión constitucional *de facto* que se vivió durante la dictadura porfirista. Prueba de ello es que el movimiento revolucionario maderista, así como el programa de otras facciones revolucionarias, como la carrancista (el Ejército Constitucionalista), consideraban que lo que procedía era recobrar la vigencia de la Constitución de 1857, a la que bastaba hacerle algunas modificaciones que la hicieran efectiva. Por tanto, el Congreso Constituyente de 1916-1917 expidió la Constitución de 1917 como “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857”. En efecto, la nueva Constitución tomó como base el texto (ya con varias reformas) de la Constitución de 1857, a la que hizo algunos cambios recomendados por sus críticos más renombrados, como el fortalecimiento del Poder Ejecutivo frente al Congreso de la Unión y la supresión de la elección popular de los ministros de la Suprema Corte de Justicia.¹²⁷ Pero también introdujo elementos de un constitucionalismo heterodoxo —de un estrato normativo premoderno, ambivalente y contradictorio, como lo ha llamado Martín Díaz y Díaz—¹²⁸ que dio sustento social y económico al régimen presidencialista autoritario durante la mayor parte del siglo XX, pero también viabilidad y estabilidad a la propia Constitución en cuanto instrumento normativo.

Por lo que se refiere a las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado mexicano, también es de sobra sabido que la Constitución de 1917 introdujo normas abiertamente anticlericales y muy restrictivas para el funcionamiento de las corporaciones religiosas, empezando por el desconocimiento de su personalidad jurídica. En los años veinte, el intento del gobierno en turno de aplicar rigurosamente dichas normas desencadenó una sangrienta guerra civil, conocida como “Guerra de los Cristeros” (1926-1929), cuya fase armada concluyó cuando la jerarquía de la Iglesia Católica y el gobierno del presidente Emilio Portes Gil llegaron a un *modus vivendi* que, en efecto, dejaba en suspenso, pues no lo modificaba formalmente, el régimen

sus proposiciones básicas, y que ambos que eran sustancialmente inviables: “... el surgimiento y consolidación del régimen porfirista no es sino el suceso político y social más visible de dicha coincidencia; es, teóricamente, su entelequia e históricamente, su lógico desenlace”. Véase *México. El trauma de su historia*. Ducit amor patriae [1977], México, Conaculta, 2002, especialmente pp. 83 (cita) y siguientes.

¹²⁷ Ambas son recomendaciones de Emilio Rabasa. Sobre la importante influencia que ejerció Rabasa en el Congreso Constituyente de 1916-1917, a pesar de que se encontraba en el exilio en los Estados Unidos desde 1914 y no volvería a México sino hasta 1920, véase Hale, Charles A., *Emilio Rabasa y la supervivencia del liberalismo porfiriano*, trad. de Antonio Saborit, México, FCE-CIDE, 2011, pp. 241 y siguientes.

¹²⁸ Véanse las referencias en la nota 102, *supra*.

constitucional en la materia.¹²⁹ Este *modus vivendi* funcionó sin contratiempos entre los años cuarenta y los ochenta, en que las presiones democratizadoras sobre el régimen abrieron la puerta a un creciente cuestionamiento de estos arreglos por una parte de la jerarquía católica; varias visitas del papa Juan Pablo II a México a partir de 1979 también pusieron en evidencia las incongruencias del *modus vivendi* entonces vigente. Algunos años más tarde, la apertura de la economía y las políticas modernizadoras del gobierno del presidente Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) —cuya legitimidad electoral había sido severamente cuestionada— llevaron también a revisar el régimen jurídico de las relaciones entre el Estado y las iglesias, particularmente con la Iglesia Católica, en 1992.¹³⁰ La reforma constitucional y legal correspondiente permitió el restablecimiento de las relaciones diplomáticas entre México y el Vaticano, pero, sobre todo, el diseño de un régimen jurídico que, no obstante algunas peculiaridades explicables por la historia y ante la insatisfacción de los radicales de uno y otro lado, ha tenido la virtud de basarse en un acuerdo cuyo cumplimiento es viable. Aunque estos cambios pueden verse como una restauración de la tradicional influencia de la Iglesia Católica por razones de oportunidad política,¹³¹ la cierto es que también podemos verlos como reconocimiento de que la apertura hacia la sociedad mundial (y hacia la diferenciación funcional entre política y religión) exigía modificar un régimen claramente anómalo entre los vigentes en las naciones de democracia liberal.¹³²

El segundo rumbo que puede tomar el desacoplamiento entre norma y realidad queda bien ilustrado por la *evolución general de la sociedad mexicana desde el siglo XIX*. Las bases jurídicas que definió la Constitución de 1857, con independencia de su utilidad para regular en su momento las relaciones de la elite política, definían una nación moderna, individualista y liberal

¹²⁹ La obra clásica sobre el conflicto religioso y la guerra de los cristeros es la del historiador Jean Meyer. Véase el segundo volumen de la trilogía: *La Cristiada. El conflicto entre la Iglesia y el Estado 1926-1929*, 9ª ed., México, Siglo XXI Editores, 1985, pp. 143 y siguientes. La génesis y el alcance del *modus vivendi* se abordan en las pp. 303 y siguientes.

¹³⁰ Los lineamientos esenciales de la visión de los reformadores puede consultarse en Lamadrid Sauza, José Luis (coord.), *La larga marcha de la modernidad en materia religiosa*, México, FCE, 1994.

¹³¹ Ciertamente las razones del cambio son mucho más complejas y tienen que ver con la evolución del Estado, de la sociedad y de los movimientos religiosos mismos. Véase Loacza, Soledad, *La restauración de la Iglesia católica en la transición mexicana*, México, El Colegio de México, 2013.

¹³² Dos reformas constitucionales más en la materia —publicadas casi en forma paralela— agregaron el término “laica” a los principios del orden constitucional mexicano conforme al artículo (2012) y dieron una redacción más amplia y próxima a los instrumentos internacionales a la libertad religiosa consagrada en el artículo 24 de la Constitución (2013).

que tenía escasos puntos de sustento en una sociedad pobre, desorganizada, predominantemente rural, étnicamente diversa y apenas secularizada. De la Constitución de 1917 puede decirse algo semejante, si bien el gobierno porfirista ya había contribuido al crecimiento de los sectores modernos de la sociedad mexicana, y la misma Constitución incorporó, como ya hemos visto, elementos que reconocían la heterogénea composición de la sociedad. Esta sociedad contrasta notablemente con el México de hoy, una nación de más de 120 millones de habitantes (en 1917 eran menos de quince millones), predominantemente urbana, con niveles crecientes de educación, salud y bienestar social, y formada por un conjunto en expansión de ciudadanos que ya no tienen nada de “imaginarios”.¹³³ Desde este punto de vista puede entenderse por qué las decisiones fundamentales de 1857 (república federal, representativa, democrática y laica), retomadas por la Constitución de 1917, han logrado adquirir una vigencia social precaria, pero innegable. La acelerada modernización de la sociedad mexicana a partir de los años sesenta ha generado expectativas, demandas y exigencias, sobre todo de los estratos medios, que coinciden con el concepto de “Estado de derecho” y de “derechos humanos” de la tradición jurídica occidental. En este sentido, la evolución social reciente de México parecería confirmar las pautas de la racionalización weberiana, para las cuales la legalidad constituye la forma más elevada y específicamente moderna de legitimación del poder público.

Hemos visto ya dos ejemplos de desacoplamiento —la Constitución de 1857, el régimen de las relaciones entre Estado e Iglesia después de 1917— que se resolvieron a través del ajuste de las normas, con el propósito de lograr mayor coincidencia con el contexto social que les da sustento y lograr, así, estabilidad y equilibrio en las relaciones jurídicas. Sin embargo, hay muchos ejemplos de comportamientos cotidianos que oscilan entre la informalidad y la ilegalidad y que en la mayoría de las ocasiones, debido al peso y la difusión sociales que tienen, se resuelven a través de la “regularización”, es decir, un cambio normativo que los legaliza de manera plena.¹³⁴ En estos casos no se trata, probablemente, de normas que correspondan al nivel de

¹³³ Cfr. Escalante Gonzalbo, Fernando, *Ciudadanos imaginarios*, México, El Colegio de México, 1992. Los “ciudadanos imaginarios” a que se refiere este autor eran los que las constituciones y las leyes del siglo XIX daban por supuestos, pero que no se encontraban en la realidad, por la ausencia de una cultura cívica moderna que apenas se va construyendo con dificultades a fines del siglo XX y comienzos del XXI. Sobre estos cambios y sus implicaciones para el presente y futuro de México puede verse Aguilar Camín, Héctor y Jorge G. Castañeda, *Una agenda para México*, México, Santillana, 2011, especialmente pp. 37 y siguientes.

¹³⁴ Mi amigo y colega Antonio Azuela dice, entre bromas y veras, que la “regularización” es la cuarta fuente formal del derecho en México (además de las tres fuentes clásicas: la ley, la jurisprudencia y la costumbre).

la cultura jurídica mundial, pero que terminan ajustándose a los intereses y comportamientos predominantes de la sociedad. Aquí mencionamos algunos ejemplos bastante bien conocidos.

El primer ejemplo, acuciosamente estudiado por Antonio Azuela, se refiere a los llamados asentamientos irregulares (“colonias populares” y fraccionamientos particulares) en las zonas urbanas del país.¹³⁵ Aunque se trata de un fenómeno diverso y complejo, los estudios de Azuela muestran cómo las necesidades de los habitantes de las zonas urbanas, las presiones de los movimientos sociales que frecuentemente los agrupan, y los intereses políticos de las autoridades, han llevado al gobierno a tolerar y más tarde a “regularizar”, mediante diversos mecanismos, como la expropiación, la situación de los asentamientos humanos irregulares o ilegales. Llama la atención que un número muy grande de pobladores urbanos —Azuela habla de diez millones a fines de los ochenta—¹³⁶ vivía y vive en colonias formadas en terrenos de ejidos y comunidades comprados a sus propietarios, a pesar de que se trata de una forma de propiedad que era inalienable por disposición constitucional. La reforma al artículo 27 constitucional en 1992 tuvo el propósito de permitir la compraventa, bajo ciertas condiciones, de las tierras ejidales y comunales, lo que abrió la puerta a la regularización definitiva de esos asentamientos.

El otro ejemplo es el de los denominados, coloquialmente, “automóviles chocolate”. Se trata de vehículos usados, provenientes casi en su totalidad de los Estados Unidos, que se importan de manera irregular a México, aprovechando el diferencial de precios entre los dos países. Una situación que durante mucho tiempo estuvo ligada al fenómeno de los trabajadores migratorios mexicanos y a la vida de las ciudades fronterizas del norte, empezó a crecer vertiginosamente en los años noventa. Aunque esta práctica dañaba, y daña, a la fabricación y la venta legales de automóviles en el país, resulta muy difícil de regular por las autoridades mexicanas, dado su escaso control sobre la frontera, y una razón no menor que la explica es la corrup-

¹³⁵ Azuela, Antonio, *La ciudad, la propiedad privada y el derecho*, 1ª reimpresión, México, El Colegio de México, 1999. Azuela señala e insiste que en este campo los comportamientos irregulares o ilegales no se dan meramente en el vacío jurídico, sino que los actores sociales conocen el orden jurídico estatal y reconocen su legitimidad, pero no se encuentran, por diversos motivos, en condiciones de cumplir plenamente sus requisitos. Algo similar sucede con el llamado comercio ambulante o informal en las calles de la ciudad de México. Véase Meneses Reyes, Rodrigo, *Legalidades públicas: el derecho, el ambulante y las calles en el Centro de la Ciudad de México (1930-2010)*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-CIDE, 2011.

¹³⁶ Azuela, *op. ult. cit.*, p. 109.

ción. En 2005, el presidente de la República expidió un decreto que pretendía facilitar la regularización de estos vehículos al amparo del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, pero el problema no se ha resuelto a la fecha.¹³⁷

Lo interesante de este ejemplo es que los dueños de estos automóviles —plenamente conscientes de la situación irregular de sus vehículos— encontraron el modo de aprovechar creativamente en su favor las herramientas del orden jurídico formal. En una época era común que los propietarios solicitaran amparo con el objetivo inmediato de obtener una suspensión provisional, que en la práctica funcionaría como permiso temporal para circular. El proceso se dilataba mañosamente mediante el expediente de demandar al mayor número posible de autoridades que pudieran impedir la circulación del vehículo.¹³⁸ Al sobrepasar el procedimiento por no poder acreditar la legal estancia del vehículo en el país, el dueño sencillamente solicitaba un nuevo amparo en otro juzgado, aprovechando la falta de coordinación y comunicación entre estos órganos jurisdiccionales. Algo similar ocurría con los llamados “giros negros”, que son establecimientos mercantiles (casi siempre restaurantes-bar) que presentan alguna clase de irregularidad, sobre todo en cuanto al expendio de bebidas alcohólicas, y cuyos dueños se protegían preventivamente contra las clausuras administrativas mediante demandas de amparo que tenían el único propósito de obtener una suspensión, a sabiendas de que serán finalmente sobreseídas porque el quejoso no acreditaba la existencia del acto reclamado (la amenaza de clausura).¹³⁹

Como puede verse fácilmente, de manera deliberada o no, el diseño de las normas produce, de manera estructural, una situación de irregularidad o abierta ilegalidad que, al generalizarse y acumularse, obliga a una intervención gubernamental, la que, por las mismas razones, con frecuencia no puede darse por el lado del cumplimiento “estricto” de la ley, sino por el de la regularización y la legalización de los comportamientos irregulares o ilegales. Pareciera ser, entonces, que al tratarse de normas y comportamientos escasamente relevantes para la cultura jurídica de la sociedad

¹³⁷ *Diario Oficial* de la Federación de 22 de agosto de 2005.

¹³⁸ El autor de este ensayo analizó una pequeña muestra de expedientes de amparos administrativos y encontró que los quejosos en esta clase de asuntos señalaban entre 20 y 50 “autoridades responsables”, a todas las cuales resultaba preciso notificar y solicitar contestación, lo que evidentemente contribuía a retrasar el desenlace lógico del procedimiento. Véase Fix-Fierro, Héctor, *El amparo administrativo y la mejora regulatoria*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2005, pp. 50 y siguientes.

¹³⁹ *Ibidem*.

mundial, resulta fácil que el desacoplamiento entre norma y ambiente social se resuelva también por el lado de la desaplicación y luego por el de el ajuste de la norma a los comportamientos sociales predominantes, y no a la inversa.

¿Hasta qué punto el contacto con la cultura jurídica mundial favorece u obstaculiza la vigencia de la ley en diversos ámbitos sociales? Por un lado, la adopción de ideas e instituciones asentadas en dicha cultura genera el “desacoplamiento” entre norma y realidad de que hablan Meyer y Boyle; por el otro, desencadena también diversas presiones para que el Estado nacional modifique sus políticas internas y aumente, en la expresión de Luhmann, su “capacidad comunicativa colectiva” frente al exterior.

Al respecto se ofrecen varios campos de estudio que no es posible analizar ampliamente en esta oportunidad, como las elecciones,¹⁴⁰ el comercio internacional y los derechos humanos. Su evolución en las décadas recientes tiene que explicarse a partir de la combinación de presiones internas y externas que han permitido que los respectivos regímenes jurídicos logren un cierto nivel de eficacia o, al menos, de legitimidad social. En lo particular, la idea de “constitución social” que elaboran Fischer-Lescano y Teubner resulta aplicable al régimen del comercio internacional del que forma parte México, especialmente del Tratado de Libre Comercio de América del Norte, el cual puede decirse que funciona como la Constitución económica real a la que se subordina, en alguna medida (por supuesto, no en un sentido jurídico estricto), la Constitución formal. En el caso de los derechos humanos, que se han vuelto relevantes como instrumento de intervención y manejo de la crisis de violencia y seguridad pública que se vive en el país, la Constitución misma se ha abierto formalmente a normas, decisiones e interpretaciones que no aprueba directamente el Estado mexicano, pero que, por virtud del nuevo texto del artículo 1º constitucional, tienen que ser observadas por todas las autoridades mexicanas, y de manera especial por las judiciales.¹⁴¹ Ello genera, de momento, un nuevo frente en el desacoplamiento entre norma y realidad, al elevarse considerablemente los estándar-

¹⁴⁰ Hay razones para pensar que las primeras quejas que se presentaron contra México ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a mediados de los años ochenta por irregularidades en las elecciones locales y, sobre todo, por falta de mecanismos de justicia para repararlas, contribuyeron a acelerar la judicialización de las elecciones, la que se consumó rápidamente en 1996 con la creación del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

¹⁴¹ Sobre la apertura del Estado y el orden jurídico mexicanos véase Serna de la Garza, José María, “Soberanía y apertura del Estado: una perspectiva mexicana”, en Bogdandy, Armin von y José María Serna de la Garza (coords.), *Soberanía y Estado abierto en América Latina y Europa*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas)-Instituto Max Planck de

res valorativos a los que tienen que ajustarse todas las autoridades públicas, pero que tratará de cerrarse a través del “diálogo judicial” y el llamado control de convencionalidad.

Finalmente, ¿qué sucede con la legalidad ordinaria en las relaciones entre la autoridad y el ciudadano y, sobre todo, en las relaciones entre los ciudadanos? Este aspecto no ha sido estudiado suficientemente, por lo que nos limitamos a elaborar algunas apreciaciones muy elementales. Una observación directa nos indica que en la vida cotidiana hay una desatención generalizada a las normas jurídicas formales, lo cual no implica que no existan otras reglas, de carácter social, que son observadas voluntariamente y que incluso son sancionadas efectivamente en caso de desobediencia. Pensemos simplemente el incumplimiento generalizado de muchas disposiciones del reglamento de tránsito (límites de velocidad, estacionamiento prohibido, uso de pasos peatonales, etcétera), lo cual no quiere decir que el comportamiento de vehículos y peatones en las ciudades no observe ninguna “regla” (por ejemplo, la velocidad tampoco es ilimitada, sino que se autorregula). La otra cara de esta moneda consiste, sin embargo, en que los ciudadanos también toman la ley en sus manos, comportamiento que va desde quienes cierran al tránsito público las calles de sus colonias o barrios con el pretexto de la seguridad, o bien, bloquean transitoriamente calles y avenidas para llamar la atención de las autoridades a sus demandas, hasta quienes “sancionan”, mediante linchamiento, a presuntos delincuentes o vandalizan y destruyen los edificios públicos en “castigo” a la actuación de alguna autoridad, pasando por quienes impiden a ésta o a otros particulares el cumplimiento de sus obligaciones (por ejemplo, el cobro del peaje en una autopista) o el ejercicio de sus derechos (libertad de tránsito). En todos estos casos, tales comportamientos se justifican presuntamente por la inacción e ineficacia de las autoridades y, paradójicamente, estas últimas tienden a ser las consideradas, por el resto de la sociedad, como responsables de los comportamientos ilegales y no los individuos o grupos que los cometen directamente.

Sin que pueda decirse que se traduce necesariamente en comportamientos determinados, la actitud ambivalente y oportunista de los ciudadanos ante el cumplimiento de la ley, así como la tolerancia generalizada hacia la ilegalidad, se refleja claramente en varias encuestas de opinión. Dos encuestas nacionales de cultura jurídica, realizadas en 2003 y 2011,¹⁴² revelan que

Derecho Público Comparado y Derecho Internacional-Instituto Iberoamericano de Derecho Comparado, 2014, pp. 1-59, especialmente 17 y siguientes.

¹⁴² Véase Concha Cantú, Hugo A. *et al.*, *Cultura de la Constitución en México. Una encuesta nacional de actitudes, percepciones y valores*, México, UNAM-TEPJF-COFEMER, 2004, y Segunda

un porcentaje importante de los ciudadanos (que oscila entre 18 y 30 por ciento) tienen una actitud oportunista, pero racional (esto es, gobernada por incentivos), ante el cumplimiento de la ley: “cumpló si me conviene cumplir, es decir, si yo o mis familiares no sufrimos daños o castigos”.¹⁴³ También revelan un elevado nivel de tolerancia hacia los comportamientos irregulares o ilegales en sociedad, pero con variaciones que tienen que ver con el daño que puedan causar o con las necesidades que logren satisfacer. Así, por ejemplo, las personas son significativamente menos tolerantes de los bares y centros nocturnos que funcionan sin licencia, o de los taxis con placas falsas (llamados “piratas”), que de quienes invaden un terreno para construir una vivienda o de quienes venden comida y otros productos en la vía pública sin contar con permiso formal para ello, pues se presume que estos últimos no tienen quizá otro modo de satisfacer una necesidad legítima.¹⁴⁴

En conjunto, estos estudios indican que los ciudadanos modulan sus actitudes y comportamientos de acuerdo con los incentivos que encuentran en su ambiente social, y ello incluye el funcionamiento de las instituciones.¹⁴⁵ Hemos visto que la cultura institucionalizada que permea a la sociedad mundial impone ciertos estándares normativos a los estados, los que éstos deben hacer cumplir a través de sus instituciones y políticas internas. Sin embargo, la informalidad y la ilegalidad cotidianas no son, y probablemente no lleguen a ser, objeto de la cultura jurídica mundial ni foco de escrutinio externo, salvo que esas prácticas se vuelvan tan disfuncionales que su costo obligue a una intervención correctiva.

Hemos señalado más arriba que el orden jurídico encuentra límites y paradojas cuando recurre a la coacción y a la violencia legítima, y que en una sociedad tan desigual y asimétrica como la mexicana cotidianamente se ponen de manifiesto las tremendas dificultades que enfrenta la autoridad para lograr el cumplimiento de la ley. También es preciso reconocer que en un Estado constitucional democrático no puede esperarse, por diversas razones, que la autoridad haga cumplir las normas siempre y en toda circunstancia; en ocasiones resulta preciso no aplicar las normas en función de

Encuesta Nacional de Cultura Constitucional. Legalidad, legitimidad de las instituciones y rediseño del Estado, México, UNAM-IFE, 2011, cuyos resultados son consultables en <<http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>>.

¹⁴³ *Ibidem*. Véanse las tablas estadísticas 29, 30 y 112 de la encuesta de 2003 y los apartados 5 y 6 de la encuesta de 2011.

¹⁴⁴ *Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional*, cit., preguntas 19 a 22.

¹⁴⁵ Lo mismo sucede en otras latitudes, por lo que no hay razón para pensar que existan diferencias esenciales entre México y el Estado de derecho en los países avanzados, sino sólo de grado.

lograr un bien superior o de evitar un mal mayor.¹⁴⁶ Cabe preguntarse si, a largo plazo, resulta sostenible la supervivencia de ámbitos sociales en los que el orden jurídico prácticamente no encuentra ningún respaldo institucional, es decir, un “derecho sin Estado” que se sostiene solamente sobre comportamientos sociales voluntarios.

IV. PERSPECTIVAS DE LA GOBERNANZA A TRAVÉS DEL DERECHO EN LA SOCIEDAD MUNDIAL

Para explorar las perspectivas de la gobernanza global a través del derecho en este apartado final conviene comenzar examinando una controvertida tesis que elaboró por primera vez Niklas Luhmann a partir de la distinción, propuesta y analizada por él mismo, entre “expectativas normativas” (“*normative Erwartungen*”) y “expectativas cognitivas” (“*kognitive Erwartungen*”), y su papel en la sociedad mundial. Esta distinción exige una breve explicación preliminar.

Luhmann no elabora su concepto sociológico de las normas a partir de algún determinado contenido que deban tener y tampoco del mecanismo de la sanción coactiva, sino con base en las diversas reacciones que pueden asumirse cuando una expectativa se ve decepcionada: la primera reacción descarta y sustituye la expectativa decepcionada, es decir, supone que la expectativa era incorrecta y ello obliga a sustituirla y a “aprender” de la decepción (“expectativa cognitiva”); la segunda no descarta ni sustituye la expectativa decepcionada, es decir, decide “no aprender” y, en cambio, sostener contrafácticamente (es decir, “contra los hechos”) la expectativa como correcta a pesar de la decepción (“expectativa normativa”). Esta es la situación social básica que da origen al orden jurídico, cuando las expectativas normativas se generalizan (se desprenden de sus contextos sociales concretos), se institucionalizan (son reconocidas por terceros no presentes) y se crea un aparato de aplicación cuyo funcionamiento también responde a expectativas normativas, es decir, se tiene la expectativa normativa de que

¹⁴⁶ Sobre este punto véase Valadés, Diego, “La no aplicación de las normas y el Estado de derecho”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXV, núm. 103, enero-abril de 2002, pp. 219-291, reproducido en su libro *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 2002, pp. 1-79. Valadés considera que el problema no tiene solución jurídica, sino política: solamente la representación y la legitimidad de las autoridades es capaz de absorber los costos de la no aplicación de las normas cuando perjudican a terceros. Desafortunadamente, en México tanto la representatividad como la legitimidad de las instituciones son bastante precarias.

sostenga las expectativas normativas del derecho (“expectativas normativas de expectativas normativas”).¹⁴⁷

En su ensayo inicial sobre la sociedad mundial (1971), Luhmann afirma que la sociedad mundial parece constituirse en ámbitos de interacción en los que domina el mecanismo de las expectativas cognitivas, desplazando a las expectativas normativas:¹⁴⁸

Hoy son la economía, la ciencia y la técnica las que definen los problemas que han de ser resueltos en la sociedad, junto con las condiciones y los límites de la posibilidad de solucionarlos, y el rango de una política no se determina a partir de sí misma o de sus propias concepciones normativas, sino desde el nivel de abstracción y la visión con la que fija en planes las situaciones que cambian. Pero la economía, la ciencia y la técnica descansan actualmente sobre expectativas de marcado estilo cognitivo, es decir, que pueden y deben absorber los riesgos de la decepción a través del aprendizaje, no de la obstinación normativa.¹⁴⁹

Ciertamente, en las “sociedades” nacionales parece predominar una preferencia estructural por los lineamientos normativos en la formación de expectativas, pero esto se debe a que las expectativas de estilo normativo son más fácilmente institucionalizables —particularmente en contextos de elevado riesgo en la decepción— y se encuentran respaldadas por mecanismos políticos consolidados.¹⁵⁰ Sin embargo, esta simbiosis entre política y derecho se da como fenómeno territorial (regional) y probablemente no es trasladable a la sociedad mundial, que es un fenómeno totalmente novedoso en términos evolutivos.¹⁵¹

Veinte años más tarde, Luhmann matizó un tanto esta posición. Señala, por un lado, que hay algunos indicios de que el derecho pierde relevancia en la sociedad mundial, porque uno de sus principales mecanismos de apoyo —la expectativa normativa de expectativas normativas— se debilita, es decir, resulta muy complejo sostener la expectativa normativa de que se cumplan las expectativas normativas jurídicas, pero no parece haber una

¹⁴⁷ Luhmann, *Rechtssoziologie*, cit., *supra* nota 94, pp. 40 y siguientes; “Las normas desde una perspectiva sociológica”, en Luhmann, Niklas, *La moral de la sociedad*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 29-56.

¹⁴⁸ Luhmann, “Die Weltgesellschaft”, en *Soziologische Aufklärung 2*, cit., *supra* nota 5, pp. 55 y siguientes.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 58 (traducción de HFF).

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 56-57.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 57.

respuesta unívoca a este problema.¹⁵² Por otro lado, advierte que los derechos humanos gozan de auge como nunca antes. No sólo se da preferencia a los valores, sino que se exige normativamente su realización, pero lejos del mundo establecido de las formas jurídicas.¹⁵³

Volkmar Gessner compartía la idea del desplazamiento de las expectativas normativas por las cognitivas en los intercambios transfronterizos. Con base en los estudios empíricos que realizó o dirigió durante casi veinte años en el campo de las interacciones jurídicas globales, Gessner consideraba que los mecanismos jurídicos eran insuficientes o ineficaces para dar soporte a tales interacciones, primero, porque el derecho de alcance global sigue siendo incompleto y fragmentario, lo que abre un espacio para el funcionamiento de otros órdenes normativos, y segundo, porque las sociedades complejas modernas se apoyan crecientemente en las expectativas cognitivas para resolver los problemas del orden y el cambio.¹⁵⁴

En resumen:

....el énfasis excesivo en las expectativas normativas de los discursos sobre la globalización del derecho desatiende la capacidad de aprendizaje del acto global. En un entorno de pluralismo global, la adaptación cognitiva a una situación inesperada puede ser más fácilmente calculable que mantener una expectativa normativa. Si resulta permisible alguna generalización sobre la cultura jurídica en el entorno global, tal generalización tendría que sostener que son las actitudes cognitivas, más que las normativas, las que son y seguirán siendo predominantes.¹⁵⁵

¹⁵² Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, cit., *supra* nota 11, p. 556.

Sergio López Ayllón y el autor de este ensayo encontramos un ejemplo de abandono relativo de expectativas normativas y una disposición a modificarlas a través del aprendizaje en los primeros casos de México ante los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte. Nuestra hipótesis es que cuando entran en contacto dos culturas jurídicas muy diferentes, los participantes están en disposición de modificar las expectativas normativas de su propia cultura jurídica (por ejemplo, “formalismo mexicano” frente a “pragmatismo estadounidense”) y de aprender, porque están constreñidos por un marco institucional que los obliga a comunicarse intensivamente y a colaborar para producir una resolución determinada en un tiempo limitado. Véase Fix-Fierro, Héctor y Sergio López Ayllón, “Comunicación entre culturas jurídicas: los paneles binacionales del capítulo XIX del Tratado de Libre Comercio de América del Norte”, en Fix-Fierro (ed.), *Del gobierno de los abogados...*, cit., *supra* nota 111, pp. 271 y siguientes.

¹⁵³ Luhmann, *op. ult. cit.*, p. 556.

¹⁵⁴ Gessner, *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. XXI y siguiente, XXXI y siguiente, 23 y siguiente.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p. XXXII.

Para abordar con un poco más de orden y detalle esta cuestión que, sin duda, es de gran relevancia para analizar el futuro de la gobernanza a través del derecho en la sociedad mundial (y, por extensión, en las “sociedades” nacionales, como la mexicana), conviene acudir a una distinción, elaborada por el propio Gessner, entre dos funciones distintas del derecho, principalmente en relación con la economía: la regulación y el soporte.

Para Gessner, el derecho cumple, primeramente, funciones de *regulación* (*regulation*), es decir, el orden jurídico trata de definir, con mayor o menor eficiencia, las relaciones verticales entre los ciudadanos y las instituciones estatales, a partir de los principios del Estado de derecho (*rule of law*) y con cierta independencia de las características de los actores. La función de *soporte* (*support*) consiste en lograr certidumbre (*legal certainty*, “seguridad jurídica”) en las relaciones horizontales entre los particulares (ciudadanos, empresas), a partir de su propia definición de la situación.¹⁵⁶ La distinción corresponde, *grosso modo*, a la diferencia tradicional entre “derecho público” y “derecho privado”, pero no coincide plenamente con ella, porque el Estado tiene también un papel importante, aunque no exclusivo, que desempeñar en cuanto a la función de soporte, a través de algunas normas e instituciones que forman parte del “derecho público”. Es esta función de soporte la que abre la puerta a la revisión crítica del modelo de la racionalización jurídica propuesto por Max Weber hace casi un siglo y al que ya hemos aludido más arriba. Los procesos sociales y económicos relacionados con la globalización han puesto de relieve, con gran claridad, la importancia de esta distinción, la que tiende a perderse en la visión puramente nacional de las funciones del orden jurídico.

De acuerdo con esta distinción, resulta difícil afirmar que, en cuanto a la función de la regulación, las expectativas normativas del derecho pierdan claramente peso e importancia en la sociedad mundial. Por todas partes vemos que avanza la construcción de regímenes internacionales y transnacionales, a nivel universal y regional (como la Unión Europea o la OMC), los cuales someten a los estados nacionales a distintos grados de presión normativa, con la expectativa de que éstos se conformen a ellas de manera más o menos estricta. Aunque hay espacio para el “aprendizaje”, es decir, para un manejo más flexible (márgenes de negociación y tolerancia) de la regulación jurídica global en atención a las grandes diferencias nacionales y regionales, existen límites normativos que la comunidad jurídica global no permite traspasar. Los derechos humanos son esos límites infranqueables,

¹⁵⁶ Gessner, *El otro derecho comparado*, cit., *supra* nota 15, pp. 153 y *passim*.

si bien dentro de su ámbito también se han dado discusiones en torno a la universalidad o relatividad cultural de su contenido y alcance.¹⁵⁷ Aun cuando se puede aceptar que la garantía de algunos derechos (por ejemplo, la libertad de expresión) pueda ser modulada por los estados de acuerdo con ciertas necesidades políticas y realidades sociales, existen otros derechos que parecen no admitir excepciones ni tolerancia en este sentido, como el derecho a la integridad personal que se manifiesta en la prohibición absoluta de la tortura y otros tratos crueles y degradantes.

Por lo que se refiere a la función de soporte, la situación es distinta. La investigación empírica que existe —impulsada y realizada en buena medida por Volkmar Gessner— muestra reiteradamente que el derecho es sólo uno de los mecanismos que refuerzan la coordinación y la certidumbre en los intercambios globales.¹⁵⁸ Aunque los estados invierten grandes esfuerzos en elaborar y poner en vigor convenios internacionales encaminados a generar normas uniformes, la investigación citada demuestra que estos instrumentos son poco efectivos, ya sea porque no reúnen un número suficiente de ratificaciones o porque no son utilizados por las partes ni aplicados por los tribunales nacionales. En general, las instituciones estatales también son relativamente ineficaces para promover y sostener el tráfico jurídico internacional en campos que no son económicos, como el familiar.

Más eficaces parecen ser los instrumentos jurídicos desarrollados por los comerciantes mismos (*lex mercatoria*), los cuales se combinan con mecanismos como la reputación y el arbitraje, dentro de las ramas comerciales con alcance global (como los diamantes o la madera), para generar seguridad jurídica en la economía global.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Sobre el relativismo cultural y la universalidad de los derechos humanos a nivel internacional, véase Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 2ª ed., Ithaca-London, Cornell University Press, 2003, pp. 57 y siguientes. Véanse también las esclarecedoras reflexiones de Luigi Ferrajoli: “Universalismo de los derechos fundamentales y multiculturalismo”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLII, núm. 122, mayo-agosto de 2008, pp. 1135-1145.

¹⁵⁸ Véanse los estudios reunidos en siguientes volúmenes coordinados y editados por Gessner, en los que se apoyan los siguientes párrafos: *Foreign Courts. Civil Litigation in Foreign Legal Cultures*, Aldershot, Dartmouth, 1996; con Ali Cem Budak: *Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law*, Aldershot, Dartmouth, 1998; con Richard P. Appelbaum y William L. F. Felstiner: *Rules and Networks...*, cit., *supra* nota 2; *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, y *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15.

¹⁵⁹ Una perspectiva sistémica y luhmanniana de la *lex mercatoria* como derecho de la sociedad mundial es la de Tania Lieckweg, *Das Recht der Weltgesellschaft. Systemtheoretische Perspektiven auf die Globalisierung des Rechts am Beispiel der lex mercatoria*, Stuttgart, Lucius & Lucius, 2003.

Los despachos internacionales de abogados son otro de los instrumentos de que se vale el tráfico jurídico internacional para generar certidumbre. Se trata de verdaderos agentes económicos que no se limitan a identificar y aplicar el derecho al servicio de sus clientes, sino que el entorno jurídico transnacional les permite inclusive elaborar soluciones jurídicas y económicas creativas. Dado que dicho entorno parece más próximo, por su estructura y organización, al derecho angloamericano, algunos estudiosos han determinado que aquí reside una de las causas por las que los despachos de abogados ingleses y estadounidenses parecen tener más éxito en el manejo profesional del derecho globalizado.

Finalmente, las investigaciones a las que hacemos referencia también han puesto de relieve los numerosos mecanismos *sociales*, no jurídicos, que dan soporte al tráfico jurídico internacional, desde las redes étnicas hasta los mecanismos de reputación, pasando por las relaciones duraderas de confianza y de largo plazo que se establecen entre las partes contractuales.

En el campo del soporte, el debate todavía oscila entre quienes piensan que el entorno jurídico global sufrirá un proceso de racionalización similar al que Weber atribuyó el surgimiento del derecho moderno, en conjunción con el Estado nacional y la economía capitalista, y quienes sostienen que la situación actual no se alterará de manera sustancial, es decir, que seguirá predominando una combinación de mecanismos jurídicos y no jurídicos en la que la seguridad jurídica contractual cede su lugar a la eficiencia contractual apoyada en redes estratégicas y procedimientos informales.¹⁶⁰ Estos últimos autores agregan dos argumentos más. El primer argumento señala que la *velocidad* y el *ritmo* a los que el capitalismo contemporáneo revoluciona la actividad económica es un factor que obstaculiza la utilización del derecho formal tradicional, es decir, hay un desfase de los horizontes temporales entre el funcionamiento del derecho tradicional y la economía globalizada; ello explica por qué los diversos sectores económicos globales buscan soluciones jurídicas expeditas para sus necesidades económicas, como el arbitraje, y por qué algunas culturas que tradicionalmente carecen de mecanismos de derecho privado, como las de Asia del este, no estén recurriendo a ellos, sino a sus redes de confianza y dependencia personal mutua, que favorecen la rapidez y la informalidad en la toma de decisiones.¹⁶¹

¹⁶⁰ Véase Heydebrand, Wolf, “Contractual Certainty versus Efficiency: The Historical and Institutional Context of Global Trade”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, p. 334.

¹⁶¹ Scheuerman, “Global Law...”, cit., *supra* nota 3.

El segundo argumento está emparentado con el primero, pero va más allá de él, pues sostiene que la ciencia y la tecnología actuales han producido algunos modos de interacción económica que, por producirse en *tiempo real*, no dependen ya de los mecanismos tradicionales, jurídicos y no jurídicos, de control y vigilancia de dicha interacción.¹⁶²

De todo lo anterior se deduce una creciente disyunción entre las funciones de regulación y de soporte que cumple el sistema jurídico en la sociedad mundial, lo que hace sumamente improbable que podamos seguir la misma línea evolutiva a la que obedeció la conformación y unificación de los órdenes jurídicos nacionales. El destino del orden jurídico mexicano, como parte del único sistema jurídico de la sociedad mundial, así como el de la gobernanza global, se ubican dentro de los extremos que tan someramente hemos explorado en este ensayo. Quizá podamos adelantar la hipótesis de que la transición jurídica en México a la que se ha hecho referencia más arriba se ha producido esencialmente en el ámbito de la regulación, es decir, de la eficacia y legitimidad de las instituciones públicas, pero que la función del derecho como soporte, que prácticamente no ha sido estudiada en nuestro país,¹⁶³ presenta características paralelas y más próximas a las que predominan en la arena global. En este momento no lo sabemos con precisión, pero si queremos realizar el Estado de derecho al que aspiramos, resulta indispensable estudiar y entender desde ahora la realidad de la sociedad mundial.

¹⁶² Un ejemplo concreto de ello se encuentra en las formas de producción mediante las que se desenvuelve la industria del *software*. Véase Dietz, Thomas y Holger Nieswandt, “The Emergence of Transnational Cooperation in the Software Industry”, en Gessner (ed.), *Contractual Certainty...*, cit., *supra* nota 15, pp. 87-105.

¹⁶³ Una excepción es Woodruff, Christopher, “Contract Enforcement and Trade Liberalization in Mexico’s Footwear Industry”, *World Development*, vol. 26, no. 6, June 1998, pp. 979-991. Woodruff señala que en el mercado del calzado en México, durante la época del mercado cerrado a las importaciones, los fabricantes contaban con los mecanismos informales de la información y la reputación para controlar el comportamiento contractual de los vendedores. Sin embargo, la liberalización del comercio que trajo consigo el TLCAN tuvo por efecto debilitar estos mecanismos de control. También la investigación pionera de Volkmar Gessner sobre la administración de justicia y los conflictos de derecho privado en México a comienzos de los años setenta ofrece alguna información sobre el papel muy limitado del derecho como factor de soporte para la seguridad jurídica, sobre todo en las relaciones contractuales. Véase Gessner, Volkmar, *Los conflictos sociales y la administración de justicia en México*, trad. de Renate Marsiske, México, UNAM (Instituto de Investigaciones Jurídicas), 1984 y la reinterpretación económica de este estudio en “Los tribunales: enfoques económicos y sociológicos”, en *El otro derecho comparado...*, cit., *supra* nota 15, pp. 313-329.