



Número 29

noviembre 2025 – abril 2026

www.uc3m.es/eunomia

EUNOMÍA. REVISTA EN CULTURA DE LA LEGALIDAD

www.uc3m.es/eunomia

2253-6655

Director

JOSÉ MARÍA SAUCA CANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

Secretaría de Redacción

PALOMA DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, Universidad Rey Juan Carlos, España

Consejo de Redacción

FRANCISCO JAVIER ÁLVAREZ GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid,
España

JOSÉ LUIS DEL HIERRO AGUAZAS, Universidad Complutense de Madrid, España

ROBERTO RODRÍGUEZ ARAMAYO, CSIC, España

CONCHA ROLDÁN PANADERO, CSIC, España

MANUEL VILLORIA MENDIETA, Universidad Rey Juan Carlos, España (En
excedencia)

ISABEL WENCES SIMON, Universidad Carlos III de Madrid, España

Consejo Científico

ADELA ASÚA BATARRITA, Universidad del País Vasco, España.

Exvicepresidenta del Tribunal Constitucional

ARMIN VON BOGDANDY, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches
Recht und Völkerrecht, Alemania

HAUKE BRUNKHORST, Universität Flensburg, Alemania

VICTORIA CAMPS CERVERA, Universitat Autònoma de Barcelona, España

MARÍA EMILIA CASAS BAHAMONDE, Universidad Complutense de Madrid,
España. Expresidenta del Tribunal Constitucional

LUIGI FERRAJOLI, Università Roma Tre, Italia

ERNESTO GARZÓN VALDÉS, Johannes Gutenberg Universität, Alemania ⌘

THOMAS GIL, Technische Universität Berlin, Alemania

RICCARDO GUASTINI, Università degli studi di Genova, Italia

JONATHAN MENDILOW, Rider University, USA

JAVIER MUGUERZA, CSIC, España ⌘

GONZALO QUINTERO OLIVARES, Universitat Rovira i Virgili, España

NORA RABOTNIKOV, Universidad Nacional Autónoma de México, México ⌘

SUSAN ROSE-ACKERMAN, Yale University, USA

BO ROTHSTEIN, Göteborgs Universitet, Suecia

MICHEL TROPER, Université Paris-X, Francia

MARÍA JOSÉ VILLAVERDE, Universidad Complutense de Madrid, España

TOMÁS VIVES ANTÓN, Universitat de Valencia, España ⌘

Comité de Edición

GERMAN J. ARENAS ARIAS (COORD.)

DELIA BUDEANU, Universidad Carlos III de Madrid, España

MAITE CARRETERO SANJUAN, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España

PABLO NICOLÁS CERAME, Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España

LUIS ANTONIO CORONA MACÍAS, Universidad de Guadalajara, México

JESÚS IGNACIO DELGADO ROJAS, Universidad de Sevilla, España

MARÍA LUISA ESCALADA LÓPEZ, Universidad de Valladolid, España

ELENA MARÍA ESCOBAR ARBELÁEZ, Secretaría Ejecutiva de ICON

(International Society of Public Law), Capítulo Colombia

JULIO FERNÁNDEZ HUARANCA, Universidad Carlos III de Madrid, España

DAVID GARCÍA GARCÍA, Universidad Carlos III de Madrid, España

RUBÉN GARCÍA HIGUERA, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales,
España

TRIANTAFYLLIOS GKOUVAS, Universidad de Murcia, España

ARIANA GUEVARA GÓMEZ, Universidad Autónoma de Madrid, España

ANA GUTIÉRREZ CASTAÑEDA, Universidad de Cantabria, España

DOLY JURADO CERRÓN, Universitat de Lleida, España

BELÉN LIEDO FERNÁNDEZ, CSIC, España

RODRIGO MERAYO FERNÁNDEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

DIGNO MONTALVÁN ZAMBRANO, Universidad Carlos III de Madrid, España

MAR MOYA FUENTES, Universidad de Alicante, España

CLARA NAVARRO RUIZ, Universidad Complutense de Madrid, España

LIZETH CAROLINA PÉREZ SALAMANCA, Universidad Carlos III de Madrid,
España

ANE RODRÍGUEZ BARRUETA, Universidad Carlos III de Madrid, España

NOEL VILLALBA LÓPEZ, Universidad Carlos III de Madrid, España

Programa en Cultura de la Legalidad
Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia
Universidad Carlos III de Madrid
Calle Madrid 126-128
28903 Getafe (Madrid)
eunomia@uc3m.es

ÍNDICE

Presentación

José María Sauca Cano	7

Estudios

<i>Sin prácticas, para poco y para poc@s sirve una teoría crítica de los derechos humanos</i> David Sánchez Rubio	13
<i>Enfoques reticulares y piramidales. Soberanía y (des)globalización</i> Ivan Daldoss	31
<i>Self-reference in International Law</i> Pablo Zapatero	48
<i>Los usos de las cláusulas de reenvío en el derecho positivo</i> Dúber Armando Celis Vela	93
<i>Artes escénicas, políticas públicas y representaciones sociales. El teatro como herramienta de construcción de cultura ciudadana</i> María Isabel Mesa González y Felipe Murillo Carvajal	109

Foro y ágora

<i>Un análisis de la vigencia de las 'falsas promesas de la democracia' de Norberto Bobbio</i> Camilo Soto Suárez	128
<i>¿Cómo lograr la representación paritaria? Un repaso a la legislación de cuotas de género en la España multinivel</i> Unai Ahedo y Ainhoa Novo-Arbona	147
<i>¿Pueden amnistiarse los delitos de terrorismo? Una reflexión a partir del caso Tsunami Democràtic, la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía y el concepto sociológico de terrorismo</i> David Gallego Arribas	172
<i>Informantes silenciados. La falta de protección de los agentes externos desde una perspectiva internacional y española</i> Adrián Marcos Grañena	193
<i>La formación como llave para la integración laboral de las personas extranjeras. Avances y retos pendientes del RD 1155/2024</i> Aitana Torró i Calabuig	217

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Distinguish</i> Víctor García-Yzaguirre	242
<i>Casos penales complejos</i> Omar G. Orsi y Nicolás Rodríguez-García	268
<i>Supresión de información</i> Katrina Kurtelius Calderón, José Luis Postigo Sierra, Isabel Bazaga Fernández y Rut Bermejo-Casado	283
<i>Justicia ambiental intergeneracional</i> Floencia Paz Landeira	306
<i>Empleo público</i> Joseba García Celada	322

Releyendo a...

<i>Más allá del soberano. Prácticas, márgenes y asuntos públicos en la teoría democrática de Bonnie Honig</i> Andrea Greppi, Cristina Sánchez Muñoz y Gonzalo Velasco Arias	338
<i>Entre decisión y deliberación. La paradoja política en la teoría democrática</i> Bonnie Honig; traducido por Patricia Lara Folch	353
<i>Democracia, feminismo y lenguaje. Una conversación con Bonnie Honig.</i> Bonnie Honig, Andrea Greppi, Cristina Sánchez y Gonzalo Velasco	383

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>Ingreso en la judicatura. Una selección inversa</i> Perfecto Andrés Ibáñez	396
<i>La combatida reforma para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal</i> Pilar Rasillo López	407

BOOK FORUM

<i>La dialéctica de la utopía y los límites de la justicia. Respuestas a los comentarios de Francisco Martínez Mesa y Delia Budeanu</i> Lucas E. Misseri	415

LA TRIBU DEL JUNCO

María José Villaverde Rico, Rousseau visto por sus contemporáneos: odio e idolatría 431

José López Hernández

La ciencia del derecho como problema. Notas sobre La condición multiparadigmática del derecho, de Nicolás Salvi 450

Matías Castro de Achával

Presentación

Foreword

José María Sauca Cano
Universidad Carlos III de Madrid
Director de la revista

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9841>

En la correspondencia de Mme. de Sévigné se encuentra aquel pasaje, tantas veces repetido, que rezaba «lo que dices de que el amor es un auténtico recomenzar es tan bonito y es tan cierto que me sorprende que, habiéndolo pensado mil veces, nunca se me haya ocurrido decirlo». Creo que la corrupción no es merecedora de la admiración que acredita el amor, pero parece que, lamentablemente, aunque no es bonita sino muy fea, también es un continuo recomenzar... Desde la crisis política que abocó al triunfo de la moción de censura de 2018 en España, parecía que la corrupción política bajaba en los índices de preocupación ciudadana y los media rebajaban significativamente la intensidad de las denuncias de casos de corrupción, al menos en el nivel estatal (otra era la situación en los niveles autonómicos y locales). Últimamente, esta tendencia ha revertido claramente. Según el Centro de Investigaciones Sociológicas, en marzo del año pasado la corrupción había escalado al sexto puesto de entre las preocupaciones ciudadanas. En julio de 2025, estaba ya en la segunda plaza. La serie de casos conocidos como Koldo-Ábalos-Cerdán, en el partido en el Gobierno, así como, en alguna medida, otros casos en el entorno personal de su Presidente, parecen estar detrás de esta vuelta del fenómeno a los titulares. No es más que un cruel recordatorio de que la corrupción también es un *vrai recommenceur*...

La finalización anticipada de la XIV Legislatura suspendió la ejecución de las iniciativas legislativas que se habían puesto en marcha en el marco de aplicación del IV Plan de Gobierno Abierto (2020-2024) con el exiguo balance de la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Como señalé en la presentación del número 24 de esta revista, creo que fue una oportunidad perdida. El *Real Decreto 1101/2024, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto de la Autoridad Independiente de Protección del Informante* ha propiciado la posibilidad de poner al frente de la misma al profesor Manuel Villoria, miembro fundador de esta revista y, a buen seguro, máxima autoridad académica en España sobre la lucha contra la corrupción. Por demás, el Real Decreto Ley 36/2020 y la normativa relativa a la lucha contra la corrupción en la gestión de los Fondos europeos *Next Generation* cuyo recorrido se limitaba a controles burocráticos meramente formales, son los componentes de un limitado balance¹. En la actual Legislatura, se

¹ El Plan Estatal de Lucha contra la Corrupción de 25 de agosto de 2025 al que luego se hace referencia, añade como medidas normativas relevantes de ese momento en la lucha contra la corrupción, la

ha aprobado –a finales de enero de este año– el anteproyecto de Ley de transparencia e integridad de las actividades de los grupos de interés, el segundo borrador del V Plan de Gobierno Abierto 2025-2029 –aprobado en octubre de este año–² y el Proyecto de Ley de Información Clasificada –el 29 de agosto–. Con mayor significación, se ha aprobado por parte del Consejo de Ministros, el pasado 25 de agosto, el *Plan Estatal de Lucha contra la Corrupción* que se perfila como un instrumento «diseñado con el objetivo de consolidar los avances, corregir debilidades estructurales y establecer una hoja de ruta clara de despliegue de medidas que nos permitan seguir avanzando hacia una administración más íntegra y transparente» con lo que España «pretende situarse en la vanguardia de la prevención y lucha contra la corrupción». En su desarrollo fija cinco ejes de acción que se identifican como: «1) Prevención de riesgos y gobernanza en la lucha contra la corrupción y control de la corrupción; 2) Protección del informante; 3) Lucha contra la corrupción; 4) Recuperación de activos; y 5) Sensibilización ciudadana ante la corrupción» y se contemplan quince medidas fundamentales. Entre ellas se encuentran las referidas a la previsión de la transposición de las directivas europeas aún pendientes, la adopción de diversas medidas largamente apuntadas por organismos internacionales y destaca la previsión de la creación de una Agencia Independiente de Integridad Pública que no se preveía en el Plan de Acción por la Democracia de septiembre del 2024³. De manera simultánea, se ha aprobado el Real Decreto 711/2025, de 26 de agosto, por el que se crea la Comisión Interministerial para el impulso del Plan Estatal de Lucha contra la Corrupción, y se establece su composición y funcionamiento. Todo ello apunta a una identificación y sistematización de las tareas pendientes en materia de lucha contra la corrupción y, más allá, de profundización en la democracia, la transparencia y el Gobierno Abierto que se complementará con la adopción de una *Estrategia Nacional Antifraude*, que debería estar publicada antes de finales de año, dando respuesta a una de las medidas largamente solicitadas por la OCDE. En definitiva, la corrupción ha vuelto a escena en España en el plano estatal y están sobre la mesa una batería de nuevas medidas, unas reiteradas y cuyo anuncio evidencia cómo se han arrastrado los pies en ocasiones anteriores y otras con un carácter más novedoso. La parte positiva es que supone una acción ambiciosa, tanto en la vía legislativa como en la ejecutiva, sobre la materia a cuya evolución y aplicación tendremos que estar atentos.

Quisiera, ahora, comentar algunos aspectos de este número. Sin embargo, creo que merece la pena una reflexión general. Desde su fundación, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* ha sido concebida, en alguna de sus dimensiones fundamentales, como una empresa interdisciplinar o pluridisciplinar. En más de una ocasión, he constatado que este carácter es más fácil de predicar que de concretar y que, en lo que se halla a nuestro alcance, nos esforzamos en facilitar ese espacio de diálogo que configura cada número y en el que cada autor, en su gran mayoría legatario de una determinada disciplina jurídica, social o humanística, interactúa con

tipificación de conductas delictivas entre particulares, mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Del mismo modo, la Ley 2/2020, de 27 de julio, por la que se modifica el art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, permitió extender los tiempos de instrucción en las macrocausas de corrupción y establecer un nuevo marco normativo para instrucciones complejas. Si se toman en consideración los retos abandonados o frustrados como la reforma de la ley de transparencia, la de los lobbies, la de secretos oficiales, etc. no parece exagerada la valoración crítica que esta actividad merecía. Por demás, esta misma línea crítica ha sido sostenida por la Comisión Europea y, en especial, por el GRECO [<https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>].

² Es accesible en https://transparencia.gob.es/transparencia/dam/jcr:e6ee9423-0060-47e3-8f69-9d84412772d0/V%20PLAN%203%20junio_borrador.pdf.

³ Me refiero al Plan de Acción por la Democracia aprobado por el Gobierno para reforzar la transparencia, el pluralismo y el derecho a la información, aprobado por el Consejo de Ministros de 17 de septiembre de 2024.

lectores provenientes de otros sectores del saber. En la medida de nuestras posibilidades, creo que en este número se ha conseguido plasmar, con una fortuna no desdeñable, este espíritu cooperativo que trasciende a las disciplinas asentadas. Como señala Axel Honneth (2025, pp. 30-31), en un ensayo recientemente publicado y que me permito citar con generosidad:

De lo expuesto en las páginas anteriores, se deduce que una colaboración entre representantes de diversas disciplinas solo podrá resultar fructífera si cada uno de ellos es plenamente consciente, desde el principio, de la gran diversidad de causas y efectos del fenómeno que se va a estudiar y extrae las consecuencias que se imponen en el plano académico. Cuando las partes interesadas no son conscientes de antemano de que todo objeto de estudio presenta tal complejidad y, por lo tanto, excede por naturaleza los campos de competencia respectivos de las ramas más diversas de la ciencia, entonces las mejores intenciones del mundo, tanto en el plano organizativo como en el del clima de trabajo, no contribuirán en nada a que un proyecto de investigación multidisciplinar sea una empresa fructífera que genere aportaciones importantes. De hecho, a sus participantes les faltará una buena disposición mutua para considerar el objeto estudiado desde el punto de vista de las otras disciplinas y para identificar, de común acuerdo, los puntos a partir de los cuales la colaboración tendría alguna posibilidad de conducir a nuevas perspectivas y resultados inéditos. Esta buena disposición a comprometerse en una cooperación de este tipo puede enseñarse y cultivarse en el marco mismo de la formación científica, pero con la condición expresa de iniciar desde el principio de dicha formación en la multidimensionalidad inquebrantable del objeto que será estudiado en el futuro.

La sección de **Estudios** recoge los acostumbrados cinco trabajos que han sido seleccionados en esta línea de reforzar este compromiso de cooperación interdisciplinar en la revista. Abrimos el número con las reflexiones del iusfilósofo sevillano David Sánchez Rubio sobre una teoría crítica de los derechos humanos, vinculadas a la praxis y las luchas contra la desigualdad, en el horizonte teórico de Franz Hinkelammert. La segunda aportación viene de la mano del filósofo y sociólogo del Derecho granadino Ivan Daldoss. Su propuesta contrapone un modelo de soberanía –estatal y extraestatal– en red a uno piramidal en relación con los fenómenos de la globalización y la desglobalización. La tercera contribución corresponde al iusinternacionalista de la Universidad Carlos III de Madrid Pablo Zapatero quien propone una modelización compleja de las relaciones entre el Derecho internacional público y el Derecho local. La cuarta entrada corresponde al profesor antioqueño Duber Celis Vela y versa sobre los usos de las cláusulas de reenvío en la legislación, evaluando los problemas teórico-dogmáticos que originan y proponiendo una taxonomía de estas. Finalmente, el último artículo, firmado en coautoría por María Isabel Mesa González y Felipe Murillo Carvajal, ejemplifica la diversidad metodológica de las aproximaciones de la cultura de la legalidad en el estudio de los fenómenos jurídicos y sus múltiples dimensiones. Así, la teórica de la comunicación y el sociólogo nos ofrecen un estudio de caso sobre los efectos que en las prácticas normativas desempeña el teatro. En definitiva, teoría y dogmática jurídica; política y cultura; Derecho y sociedad: contribuciones variadas y confluyentes a la cultura de la legalidad.

Los trabajos recogidos en la sección de **Foro y Ágora** intentan también ensayar esta confluencia interdisciplinar y pretenden expresar de forma óptima el espíritu del momento que define a la misma, planteando cinco temas en los que su relevancia se acompaña de su actualidad. El primero de ellos revisa las famosas promesas incumplidas de democracia que formulara hace más de cuarenta años Norberto Bobbio y lleva al filósofo complutense, Camilo Soto, a sostener que las dos primeras, relativas a la reivindicación de intereses y la limitación del poder invisible, mantienen su plena vigencia. El segundo trabajo corresponde a los politólogos vascos

Unai Ahedo y Ainhoa Novo-Arbona quienes analizan los antecedentes y efectos de Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Su conclusión apunta a que dicha regulación incrementará la efectividad de la representación frente a la anterior, aunque sus efectos serán asimétricos en función de la distribución de 'los puestos seguros' y del desarrollo normativo autonómico. La tercera contribución viene de la mano del penalista de la Universidad Autónoma de Madrid, David Gallego Arribas y plantea la cuestión de las distinciones entre los tipos de terrorismo contemplados en la Ley Orgánica 1/2024, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña con especial atención a la Sentencia 137/2025 del Tribunal Constitucional español y el estado de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en lo relativo a la prohibición de amnistiar las violaciones más graves de los derechos humanos. La cuarta aportación corresponde a Adrián Marcos Grañena, criminalista de la Universidad Complutense, y evalúa críticamente la idoneidad de la exclusión de la protección de los *whistleblowers* a aquellas personas que no están vinculadas laboralmente a las organizaciones que, sin embargo, pueden acceder a información relevante en la detección de irregularidades y quedar expuestos a represalias. Finalmente, Aitana Torró Calabuig aporta la última entrada. La iusfilósofa valenciana aborda, con alguna perspectiva crítica, la orientación del nuevo reglamento de extranjería, aprobado mediante el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, y que establece la centralidad de la formación de las personas extranjeras como vía de acceso a la regularidad administrativa y como canal de entrada y residencia en el territorio. En definitiva, cinco temáticas relevantes y actuales que han sido desarrolladas, en todos los casos, por jóvenes investigadores que anuncian una prometedora nueva generación de estudiosos de temas directamente relacionados con la cultura de la legalidad.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** mantiene sus cinco entradas con las que el léxico de la materia se sigue enriqueciendo sustantivamente y sigue desarrollando la interdisciplinariedad que abundaba en las secciones anteriores. Víctor García Yzaguirre, teórico del Derecho peruano-chileno afincado en España, presenta el concepto de *Distinguish* relativo a la posibilidad de separación del precedente. Omar G. Orsi y Nicolás García-Rodríguez, profesores de Derecho procesal en la Universidad de Salamanca, desarrollan la idea de *Casos penales complejos*. Los politólogos de la Universidad Rey Juan Carlos, Katrina Kurtelius, José Luis Postigo, Isabel Bazaga y Rut Bermejo Casado aportan, en tercer lugar, el novedoso concepto de *Supresión de información* como componente clave de la manipulación e injerencia informativa extranjera, proponiendo una definición del mismo que lo diferencie de la idea de desinformación y explicita su articulación con la idea de censura. La cuarta voz, *Justicia ambiental intergeneracional*, refuerza el largo recorrido que la sección viene desarrollando sobre la depuración de las dimensiones de la justicia. La contribución es obra de la investigadora del *University College Cork*, Florencia Paz Landeira. Finalmente, Joseba García Celada expone la voz *Empleo Público*, en la que expone la relevancia de la cuestión de cara a la capacidad de las administraciones públicas de garantizar los derechos de los ciudadanos y analiza críticamente la evolución que aquel ha tenido en España desde la crisis financiera de 2008. En definitiva, cinco nuevas aportaciones que destacan por la confluencia de perspectivas disciplinares distintas y complementarias en la temática de la revista.

La sección de **Releyendo a...** se dedica a la influyente filósofa canadiense-estadounidense, Bonnie Honig. A diferencia de lo que es común en la sección, en esta oportunidad, como también lo fue en el caso de Riccardo Guastini, se trata de una autora en plenitud intelectual y nos complace incorporarla a la nómina de nuestros clásicos. La estructura, en esta oportunidad, está también enriquecida en relación con las formas tradicionales de la sección. Así, consta de tres entradas diferenciadas. En

primer lugar, de un estudio introductorio escrito por Gonzalo Velasco Arias, Cristina Sánchez Muñoz y Andrea Greppi que lleva por título *Más allá del soberano. Prácticas, márgenes y asuntos públicos en la teoría democrática de Bonnie Honig*. En segundo lugar, se facilita al lector hispanohablante un trabajo relevante de Honig, publicado originalmente en la *American Political Science Review*, en febrero de 2007, y que cuenta con la versión española preparada por Patricia Lara Folch. Finalmente, se recoge la edición de la entrevista que los arriba citados profesores le hicieron a la profesora Honig en la primavera pasada y que lleva por título *Democracy, feminism, and language. A conversation with Bonnie Honig*. Confiamos en que la sección facilite el desarrollo del debate intelectual sobre algunas materias sustantivas en la línea editorial de la revista y un fructífero debate con la filósofa de Providence.

El **Rincón de lecturas** mantiene su estructura tripartita. El *Debatiendo* recoge, como corresponde a los números impares, las consideraciones críticas que ha suscitado el trabajo publicado en el número anterior y que fue obra de Jorge Jiménez Martín sobre la expectativa de cambios en la selección y formación de los jueces y fiscales en España. Estos comentarios corresponden, en primer lugar, a Perfecto Andrés Ibáñez, exmagistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y autor relevante en la escuela del garantismo quien titula su aportación *Ingreso en la judicatura. Una selección inversa*. En segundo lugar, a Pilar Rasillo López, también magistrada y profesora universitaria quien titula su intervención *La combatida reforma para la ampliación y fortalecimiento de las carreras, judicial y fiscal*. En ambos casos, se formulan tesis alternativas y, en buena medida, discrepantes con las que fueron publicadas en la ponencia de base del debate. El *Book Fórum*, como también corresponde a los números impares de la revista, recoge las contestaciones de Lucas Emmanuel Misseri a los comentarios y críticas que le formularon Francisco Martínez Mesa y Delia Budeanu y que fueron publicadas en el número anterior, a su libro de título *Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica*. El ahora profesor de la Universidad de Alicante titula su contestación *La dialéctica de la utopía y los límites de la justicia*. Finalmente, la *Tribu del Junco* recoge dos comentarios bibliográficos. El primero es ofrecido por el emérito catedrático de la Universidad de Murcia, José López Hernández, quien comenta el libro que María José Villaverde Rico publicó este mismo año con el título *Rousseau visto por sus contemporáneos: odio e idolatría*. Un diálogo profundo entre rousseaunianos y rousseaulogos. El segundo corresponde al sociólogo del Derecho argentino -y actual presidente de Asociación Argentina de la materia- Matías Castro de Achával quien discute el libro que Nicolás Salvi publicó el año pasado con el título *La condición multiparadigmática del derecho*. Sin duda un debate interesante y actualizado sobre la ciencia del Derecho.

En definitiva, entregamos al investigador y a todos nuestros lectores, un nuevo número de la *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Como siempre, esperamos que acumule calidad, interés y oportunidad. Por demás, seguimos intentando concitar en cada entrega la confluencia de perspectivas, métodos y tradiciones diferentes que contribuyan a constituir un espacio pluridisciplinar compartido en el que se fomente la complementariedad de visiones sobre la temática de la cultura de la legalidad. En la medida en que se consiga será causa de satisfacción para todos aquellos que en calidad de autores, traductores, evaluadores, editores, gestores, informáticos y demás técnicos cooperamos para que, de manera desinteresada, cada número de esta revista vea puntualmente la luz.

Bibliografía

- Centro de Investigaciones Sociológicas (2024). Barómetro de marzo 2024. Estudio nº 3445. Accesible en https://www.cis.es/documents/d/cis/es3445marMT_a
- Centro de Investigaciones Sociológicas (2025). Barómetro julio». Nota informativa del 11 de julio de 2025. Accesible en <https://www.cis.es/sala-prensa/actualidad/info-cis>
- GRECO. *Cuarta Ronda de Evaluación. Prevención de la corrupción con respecto a los parlamentarios, jueces y fiscales. Segundo Informe de Cumplimiento. España*, Estrasburgo, 22 a 25 de marzo de 2021. Accesible en <https://rm.coe.int/cuarta-ronda-de-evaluacion-prevencion-de-la-corrupcion-con-respecto-a-/1680a3fd52>
- Honneth, A. (2025). Penser à partir des choses. La pluridisciplinarité comme pratique et comme idéologie. En *Servitudes et grandeurs des disciplines, nrf Essais*, Gallimard.
- Marquis de Sévigné, M. de R-C. (1862). Lettre 31 (Paris, ce 19e juillet 1655). De Madame de Sévigné au Comte de Bussy Rabutin En *Lettres de Madame de Sévigné, de sa famille et de ses amis*. [396]. Édition Monmerqué. Texte établi par Monmerqué.

Sin prácticas, para poco y para poc@s sirve una teoría crítica de los derechos humanos

Without practice, a critical theory of
human rights is of little and little use to
anyone

David Sánchez Rubio
Universidad de Sevilla
ORCID ID 0000-0002-5372-9538
dsanche@us.es

Cita recomendada:

Sánchez Rubio, D. (2025). Sin prácticas, para poco y para poc@s sirve una teoría crítica de los derechos humanos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 13-30.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9842>

Recibido / received: 23/05/2025
Aceptado / accepted: 06/07/2025

Resumen

En este trabajo se intenta justificar la centralidad de la dimensión socio-material de los derechos humanos, sus prácticas relacionales y el conjunto de acciones que los hacen en cada momento. Marcan su contenido. Las teorías, lo que se dice sobre derechos humanos, las instituciones que los objetivan normativamente y las sentencias judiciales son un complemento, siempre necesarios, pero insuficientes. Tres son los bloques con los que se intenta demostrar la centralidad de la praxis de los derechos humanos y algunos caminos para consolidarla: a) destacando la necesidad de visibilizar y enfrentar las desigualdades sociales y sistémicas, junto con las relaciones de poder que las sostienen y las consolidan; b) asumiendo que la lucha individual y colectiva por los derechos y sus procesos relacionales y acciones prácticas son el origen y el fundamento de su reconocimiento y desarrollo; y c) finalmente, a partir de los aportes del pensador alemán y costarricense, Franz Hinkelammert, se hace una diferencia entre una ética, con su racionalidad, funcional a las instituciones y las producciones humanas, y otra racionalidad con su ética funcional al ser humano y a la Naturaleza, denominada «humanismo de la praxis».

Palabras clave

Derechos humanos, desigualdad, relaciones de poder, ética funcional, humanismo de la praxis.



Abstract

This paper attempts to justify the centrality of the socio-material dimension of human rights, their relational practices and the set of actions that make them at each moment. They mark their content. Theories, what is said about human rights, the institutions that normatively objectify them and judicial sentences are a complement, always necessary, but insufficient. There are three blocks with which we attempt to demonstrate the centrality of the praxis of human rights and some ways to consolidate it: (a) highlighting the need to make visible and confront social and systemic inequalities, together with the power relations that sustain and consolidate them; (b) assuming that the individual and collective struggle for rights and their relational processes and practical actions are the origin and foundation of their recognition and development; and c) finally, based on the contributions of the German and Costa Rican thinker, Franz Hinkelammert, a difference is made between an ethics, with its rationality, functional to institutions and human productions, and another rationality with its ethics functional to the human being and to Nature, denominated «humanism of praxis».

Keywords

Human rights, inequality, power relations, functional ethics, humanism of praxis.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Desigualdad y relaciones de poder. 3. La lucha y la sensibilidad por derechos humanos contra cinismos y tecnocracias. 4. Humanismo de la praxis frente a éticas funcionales a las instituciones.

1. Introducción

Franz Hinkelammert en su libro *El grito del sujeto* (1998), entre las curiosas coincidencias y los comunes denominadores que existen entre las figuras históricas de Sócrates y de Jesús, que tanto han influido en nuestro imaginario, señala aquella referida a que lo que sabemos y lo que conocemos de ambos no procede directamente de ellos, sino que nos llega por la información transmitida por terceras personas. Ninguno de los dos dejó obra personal escrita y que fuera de autoría real y contrastada. Platón y Jenofonte escribieron sobre la vida de Sócrates, y los evangelistas (junto a otras fuentes como la comunidad Q) nos mostraron las experiencias de vida y las enseñanzas de Jesús. Este curioso dato, desde que lo conocí, me llamó mucho la atención. Me sacó de las dudas mi admirado y querido Helio Gallardo cuando lo escuché, como testigo directo y privilegiado, en una de sus amenas y magistrales clases que, sobre derechos humanos, impartió hace más de 17 años en el marco del Programa de Doctorado «Derechos humanos y Desarrollo», y que el malogrado y añorado Joaquín Herrera Flores y yo dirigíamos en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla.

Helio Gallardo preguntó a los presentes en el aula cuál era la razón de que ni Sócrates y ni Jesús dejaran obras escritas, de puño y letra. Después de un largo silencio, la respuesta que dio, tras el desconcierto y la intriga de los presentes, fue que el motivo se debe a que ambos, desde el punto de vista de la ética y de su coherencia, querían enseñar que lo más importante en la vida son las obras, lo que verdaderamente hacemos en el día a día, nuestras actuaciones, no lo que decimos en nuestras relaciones con nuestros semejantes y en nuestros ámbitos de convivencia. Por esta razón, la práctica y la acción marcan el real contenido de nuestros procesos relacionales y de nuestras tramas sociales que acompañamos, socio-materialmente, y en su entramado político y existencial con lo simbólico, lo teórico, lo discursivo y lo conceptual. Las acciones, la praxis y el hacer práctico son la base de la vivencia y del convivir existencial y diario de los seres humanos.

Asimismo, en otra sesión de sus clases en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, el pensador chileno, cuando explicaba, recreándose en Eduardo Galeano, que uno de los problemas fundamentales de los derechos humanos se sitúa en la separación abismal que existe entre la teoría y la práctica, entre lo que se dice y lo que se hace, ponía otro maravilloso e interpelante ejemplo. Pedía a los oyentes que imaginaran a un profesor de universidad de reconocido prestigio, que fuera un especialista, gran conocedor del mundo teórico, normativo e institucional de los derechos humanos, con una capacidad comunicativa y discursiva seductora, acompañada de una espléndida pedagogía, por su fácil oratoria y su magnífica puesta en escena, en el modo de explicar en sus clases los derechos humanos. A continuación, Helio Gallardo subrayaba que, simultáneamente, pensáramos que cuando ese personaje llegaba a su casa, descubriéramos que se comportaba de manera miserable y machista, despreciando y maltratando a su compañera, obligándole a obedecer todo lo que le ordenara y, además, agrediendo a sus hijos. Ese mismo profesor, ya como recreación, podía incluso ser pederasta o un asesino. Con ello el pensador chileno quería mostrar esa disfuncionalidad que, cotidianamente, existe en nuestras sociedades y en muchos de sus integrantes. En términos de justicia y dignidad, hacemos todo lo contrario de lo que nos reclaman nuestros mandatos éticos, jurídicos o religiosos.

Este comportamiento referido a los derechos humanos me gusta expresarlo en términos de bipolaridad. Quienes aparentemente tienen cierta sensibilidad por derechos humanos, no las personas cínicas y nihilistas que los ignoran sistemáticamente, dependiendo quién, cuándo y dónde, los reconocen o no los reconocen, modulando su potencial dimensión universal y sus efectos prácticos en permanente proceso de significación y creación, poniéndolos entre paréntesis en función de criterios diversos como la raza, el sexo, el género, el origen étnico y/o geográfico, la espiritualidad religiosa, la ideología, la edad, etc. Somos bipolares según la situación y el contexto en el que nos movemos y dependiendo de con quien.

Con esta breve introducción que anticipo con el título de este trabajo, «Sin prácticas, de poco y para poc@s sirve una teoría crítica de los derechos humanos», pretendo justificar la necesidad de dar un giro más que copernicano sobre dónde hay que poner el foco y la atención sobre el contenido de los derechos humanos. Al contrario, frente a lo que generalmente se enseña sobre los mismos, ya sea en la escuela o en las facultades y universidades, la dimensión socio-material de los derechos humanos, sus prácticas relacionales y el conjunto de acciones que los hacen son las que marcan su realidad y su dimensión fáctica, en definitiva, su contenido. La teoría, los discursos, lo que se dice, se piensa y se reflexiona sobre ellos, ya sea en forma de libro, artículo o, incluso, se refleje en una sentencia judicial, es un acompañamiento, un apoyo y un complemento importante, pero no tan central como lo que se hace y se acciona relacionamente. De poco sirve hablar bien y conceptualizar certeramente los derechos humanos, si la sensibilidad por el reconocimiento y por su efectividad brilla por su ausencia, no existe o es mínima por afectar a unos pocos en el día a día y en lo cotidiano. Muchos menos si no hay una práctica convivencial estructural, no solo puntual, que los garantiza. Tampoco ayuda con fuerza una crítica que puede ser atinada teóricamente y que sirva para unir a una elite académica, pero que o solo destruye y no construye espacios de reconocimientos mutuos, o solo se mueve en niveles institucionales reducidos, porque no abre, ni pretende, el desarrollo y la implementación de sociabilidades y de prácticas de emancipación y procesos de liberación que deshacen estructuras, entornos y contextos relacionales de dominación, discriminación y marginación en todas esferas sociales y en cada ámbito convivencial de vida.

Sí quiero avisar a navegantes que el enfoque que doy sobre derechos humanos es iusfilosófico. Esto, en principio, me genera una contradicción muy grande, ya que considero que todo lo que se diga sobre los mismos, se realiza bajo el soporte de una praxis, sobre la base de entornos relacionales, de tramas sociales y a partir de las acciones de cada ser humano, incluso de quien reflexiona y piensa sobre los derechos humanos. Por ello, lo que siempre explicito conceptualmente y desde la teoría es un acompañamiento a los modos como se hacen y deshacen derechos humanos en cada espacio social. Además, considero que una teoría crítica sobre los derechos humanos tiene que partir de los contextos de vida y el mundo relacional en el que actúan, testimonian, experimentan y protagonizan los seres humanos que individual y colectivamente sufren violaciones plurales y diversas con las que se afrentan, dañan, perjudican y anulan la dignidad. No solo eso, sino algo que va más allá: la mirada con y desde abajo y con y desde los de abajo debe ser mucho mayor y más central que la mirada desde arriba, y con y desde los de arriba. Exige un mayor grado de exigencia y responsabilidad de cara a una más coherente universalidad ubicada y situada.

Esto también implica reconocer que los criterios de discernimiento éticos y morales, junto con los constructos teóricos y simbólicos que están conformados con componentes ideológicos y culturales, son muy importantes y nunca hay que desmerecerlos. Nos sirven de apoyo, en tanto mapas o muletas mentales con los que poder orientar y encaminar las acciones humanas, para decantarlas hacia un camino u otro en el modo de relacionarnos con el mundo. Son necesarios, pero siempre insuficientes, en el sentido de que las posibles pautas de conducta que señalan los marcos éticos y los epistémicos, se encuentran insertos en tramas sociales y entornos relacionales que son la base de la experiencia existencial y vital de todos los seres humanos. En esta retroalimentación e interrelación permanente, lo que quiero señalar es que la práctica socio-material es y debe ser la base sobre la que gira cualquier proceso de reconocimiento o no reconocimiento, de violación o no violación de los que entendemos y practicamos como derechos humanos.

Para profundizar un poco más, voy a caminar a través de una triple ramificación con sus potenciales bifurcaciones: a) por un lado, haciendo mención a cómo las teorías críticas pueden ayudar a una práctica de derechos humanos potenciando dos de los elementos o componentes que la caracterizan: visibilizar y enfrentar las desigualdades sociales y sistémicas, junto con las relaciones de poder que las sostienen y las consolidan; b) en segundo lugar, asumiendo que la lucha por los derechos y sus procesos relacionales y acciones prácticas de emancipación y liberación con las que tod@s somos tratados como sujetos y tratamos a tod@s como sujetos, son la base para la construcción de una realidad en la que lo universal sea coherente y verdaderamente cierto, radicalmente situado, al confrontar desde lo cotidiano las exclusiones concretas y particulares predominantes con las que se tratan como objetos a los seres humanos. Luchando y actuando desde prácticas de inclusiones concretas y particulares, habrá menos separación entre lo que se dice y lo que se hace, es decir, las tramas sociales y las acciones de reconocimientos y respetos mutuos, irán de la mano con los discursos y teorías de inclusiones abstractas. Se complementa esta idea con un concepto de democracia entendida como «demoarquía», cuyo eje está en los procesos prácticos que hacen que el poder será del pueblo, para el pueblo y desde el pueblo; y c) finalmente, a partir de los aportes del pensador alemán y costarricense, Franz Hinkelammert, diferenciaré entre una ética, con su racionalidad, funcional a las instituciones y las producciones humanas, y otra racionalidad con su ética funcional al ser humano y a la Naturaleza, denominada como un «humanismo de la praxis». Gracias a la primera se establecen las condiciones de posibilidad para que las instituciones como el mercado o el Estado puedan existir y desarrollarse apoyándose en mecanismo de funcionamiento perfecto.

Por medio de la segunda, el ser humano, junto con la Naturaleza, a partir de los entornos relacionales, y sus sociabilidades, generan realidades convivenciales en donde ambos son los seres supremos para todos los seres humanos y, por tanto, tratados con dignidad plena.

2. Desigualdad y relaciones de poder

En relación con la desigualdad y el poder o los poderes, siguiendo a la iusfilósofa vasca María Ángeles Barrére Unzueta, que se apoya en Cardinaux y Palombo, el pensamiento cumple una función crítica: x) cuando desvela las relaciones de poder; y) cuando lucha a favor de la igualdad cuando hay desigualdad que discrimina; y z) cuando instituye sujetos de derechos y no sujetos pasivos (2019).

En la misma línea, el iusfilósofo brasileño Antonio Carlos Wolkmer (2017), conceptualiza la teoría crítica como un instrumento pedagógico que opera en el plano teórico y práctico, que permite a sujetos subalternos y colonizados una toma de conciencia con la que se desencadenan procesos de resistencia que conducen a nuevas sociabilidades con un fuerte componente de liberación, antidogmático, participativo, creativo y transformador. La define como un profundo ejercicio reflexivo que cuestiona lo oficialmente consagrado o lo que se encuentra normalizado, tanto desde la perspectiva del conocimiento, del discurso o del comportamiento en una determinada formación social. La teoría crítica abre, o intenta abrir, otras formas no alienantes, diferenciadas, no represivas de prácticas emancipadoras políticas, ideológicas, económicas y culturales. Reacciona, frente a desigualdades que discriminan y sistemas de dominación, buscando instancias donde el ser humano sea reconocido como sujeto, instancias jurídicas, políticas, económicas, sociales y culturales que deben ser plurales (Wolkmer, 2017).

También, en la misma sintonía de Antonio Carlos Wolkmer, el pedagogo brasileño Paulo Freire (1972), entiende por teoría crítica aquel pensamiento no dogmático, permanentemente autoconstruido. Es tanto una teoría como una práctica, que pretende liberar al ser humano de las mediaciones y de las relaciones de poder que lo dominan.

Por tanto, el pensamiento crítico posee dimensiones cuestionadoras, inconformistas y propositivas sobre las formas de conocimientos, los sistemas institucionales y las prácticas relacionales que conforman las sociedades y las organizaciones humanas con sus producciones y mediaciones. Las teorías críticas, aunque sea poniendo pequeños granitos de arena, compendian insumos epistémicos y éticos para enfrentar una realidad injusta y que cuestiona la dignidad de muchos seres humanos violando sus derechos. Debido a la indignación ante estos hechos, buscan caminos de transformación tanto en la práctica como en la teoría. En este sentido, María Eugenia Barrére Unzueta (2019) remarca el foco que el pensamiento crítico pone en la desigualdad social y en las relaciones de poder con sus dispositivos hegemónicos de carácter grupal, sistémico y estructural que las sustenta y que responde a la idea de opresión o «poder sobre». Guillermo Moro (2010) añade la asociación que la teoría crítica posee con la ideología progresista y de izquierda. Ambas combaten tanto la desigualdad entendida como drástica inequidad en la distribución de la riqueza y de las oportunidades entre los distintos grupos, como las jerarquías ilegítimas en términos raciales, sexuales, económicos, generacionales y medioambientales.

Insistiendo sobre el tema de la desigualdad, María Ángeles Barrére Unzueta remarca desde una mirada feminista, la necesidad de enfrentar las desigualdades

institucionales, relacionales y estructurales que el dominio patriarcal impone discriminando a las mujeres, desde dos planos: no solo enmendando el daño que se ocasiona y se causa a posteriori, fruto de una desigualdad previa, intentando enfrentarla con acciones positivas que generan una igualdad de trato entre hombres y mujeres puntualmente y desde una lógica individualista, sino también, atacando la misma raíz y las mismas fuentes que producen las desigualdades y las asimetrías sobre colectivos y no solo individuos particulares, ya que el objetivo transformador es que haya una igualdad en todos los espacios sociales y a todos los niveles institucionales, relacionales y estructurales. No hay que reducir la confrontación a las desigualdades en sus consecuencias y en sus efectos dañinos y perversos, sino desde su raíz, previamente y yendo a sus fuentes de conformación y estructuración, intentando en todas las esferas sociales, desarrollar espacios de convivencia no desiguales y que no inferioricen a los seres humanos. En este sentido, el concepto de interseccionalidad amplía el análisis de todos los colectivos que sufren, cotidianamente, distintos tipos de dominación y exclusión por razones raciales, de clase, de género, sexuales, coloniales, ecológicas, medioambientales, etc., sobre instancias no únicamente institucionales, sino estructurales y sistémicas (Barreré, 2019). Las desigualdades discriminatorias poseen rostros diversos: sobre las mujeres, que representa a la mitad de la población de la especie humana y sobre colectivos, junto con la Naturaleza entendida como sujeto, que según el lugar geográfico pueden ser minoría o mayorías, con plurales y diferenciadas subjetividades raciales, étnicas, religiosas, ideológicas, sexuales y/o con identidad de género no binaria (LGTBI+), entre otras.

Asimismo, las desigualdades se sostienen sobre relaciones de poder que jerarquizan asimétricamente la realidad social sobre dispositivos que adjudican posiciones de superioridad de un@s sobre la inferioridad de otr@s. Por esta razón, un pensamiento crítico en general y una teoría crítica de los derechos humanos en particular, pretende investigar y enfrentar activamente los dispositivos y las estructuras de poder con sus consecuencias, que influyen, afectan y aparecen en todos los campos del mundo jurídico y no jurídicos, y cuyas dinámicas pueden consolidar entornos relacionales de dominación e imperio, con las que se tratan a algunos seres humanos como objetos, despreciándolos e inferiorizándolos, o entornos relacionales de emancipación y liberación, en donde todos los seres humanos son tratados como sujetos y dignamente.

Hay que tener en cuenta que las relaciones de poder ahora se vuelven mucho más complejas y sofisticadas, afectando biológica, corporal, mental, cultural, espiritual, ambiental y psíquicamente sobre la ciudadanía y sobre todos los seres humanos en su relación con la Naturaleza, desde la combinación de la bio-política o el bio-poder estudiado, entre otros, por Foucault (2025) y el psico-poder analizado por Byung-Chul Han (2017 y 2018). Pese a que algunos poderes son nominados y son visibles (p.e. el poder soberano reflejado en las instituciones del Estado), otras relaciones de poder son más difusas, anónimas, imperceptibles, ilocalizables, ocultas y difíciles de descifrar, siempre aparecen refrendadas por determinados actores o grupos oligárquicos que expanden un gobierno de elites sobre estructuras fractales de dominación, establecidas verticalmente en forma de red, esparcidas interseccionalmente (Lugones, 2008) y heterárquicamente desde dinámicas excluyentes e injustas (Grosfoguel, 2014). Asimismo, el historiador del derecho sevillano Bartolomé Clavero habla de poderes innominados que son los que instituyen realmente la realidad y son los que significan las normas y las instituciones, funcionando como su base y soporte (Clavero, 2007; Medici, 2011). El poder del padre de familia y el poder propietario junto con el poder colonial y el poder de las iglesias sobre la espiritualidad religiosa, entre otros, se complementan con múltiples dispositivos de control y terminan consolidando una subjetividad indolente, pasiva,

obediente y subyugada, así como un imaginario que aparenta una realidad donde nunca pasa nada, en la que el *statu quo* hay que mantenerlo por medio de jerarquías, asimetrías y desigualdades indiscutibles y blindadas.

Gustavo Zagrebelsky lo explica muy bien a nivel planetario en su libro «Libres siervos». Ahora el ejercicio del poder global se diluye en su ejercicio por fuerzas anónimas y abstractas, despersonalizadas, inexorables y no controladas por la ciudadanía que son los mercados, las inversiones y los inversores, el equilibrio financiero, la deuda pública, el desarrollo y el crecimiento, la innovación y la tecnociencia, la competencia y la competitividad, el consumo, los bancos... funcionan y operan como fantasmas que no se pueden discutir (Zagrebelsky, 2017). Y, tal como nos indica el sociólogo mexicano Pablo González Casanova (2000), refuerza un capitalismo corporativo apoyado en una combinación del paradigma científico clásico mecanicista, con el nuevo paradigma de las nuevas ciencias en su versión militarizada que es funcional al sistema y que excluye, elimina y externaliza todo lo que le pone en peligro (nuevo paradigma basado en la tecno-ciencia, la cibernética, las teorías de los sistemas organizacionales complejos y autorregulados, la informática, las matemáticas, la robótica, la neurociencia, la biología, la nanotecnología, la genética, etc.); el modo de difundirse y expandirse se realiza por los medios de comunicación y las instituciones de investigación y las universidades subvencionadas por las mega-corporaciones. Una de las armas letales para realizarlo se ejerce por el *Big Dataismo*, tal como dice Santiago López Petit (2020, p. 55), la vida controlada por la biopolítica es entendida ahora como un algoritmo que organiza el mundo.

Trasladándolo al campo del Derecho, no tenemos que olvidar la presencia constante del elemento ideológico y la omnipresencia de las relaciones de poder, tan ocultada e ignorada por la mayoría de las posiciones jurídicas cimentadas en el mecanicismo científico. Las normas y las leyes son productos de voluntades e intereses concretos. Las luchas, los conflictos sociales y las experiencias de contrastes expresan los diversos proyectos de vida de los grupos y clases sociales que discrepan en el modo como interpretar, gestionar, ordenar y consolidar sus imaginarios y cosmovisiones de organización institucional, en lo económico, lo político, lo social, lo religioso y lo cultural. Estas dimensiones de disputa, choque, pugna y enfrentamiento son las fuentes y el motor de la dinamicidad, la mutabilidad y el cambio continuo y permanente. El Derecho, como toda creación humana, es un producto artificial, discursivo, procedimental y material, siempre sujeto a interpretación. Está «contaminado» por las «estructuras de pensamiento y de acciones» de quienes lo crean, producen, recrean y reproducen a lo largo del tiempo. Además, el Derecho legitima el poder (que también lo crea), lo instituye, le dota de autoridad. Asimismo, faculta a decir o a hacer a quienes, jerárquicamente, conforman, la cúspide y la estructura social. Posee una alta carga simbólica y es un instrumento que es expresión, consolidación de los poderes tanto instituidos como instituyentes e innominados. El Derecho implica una lucha y una tensión continua (de ahí su dinamicidad compleja) entre la sujeción a los poderes y sus reglas y el ejercicio de dominio de estos poderes sobre las reglas. En este conflicto y combate, se buscan privilegios, equilibrios precarios o inestables entre intereses colectivos, de grupos, individuales y generales. El papel del Derecho depende de las relaciones de fuerza y la lucha de clases en el marco de los conflictos sociales. Donde hay poder, hay resistencia. La resistencia está en el interior de las relaciones de poder y siempre aparece una dialéctica entre dominadores y dominados, incluidos y excluidos (Lyra Filho, 1982 y Sousa Júnior, 2011). Además, las luchas en esa praxis dialéctica (Machado, 2024), se desdobl原因 dentro del marco normativo y jurídico estatal, con derechos ya legalizados y, también, fuera de él, en el marco normativo establecido por la sociedad y más allá de los aparatos del Estado. Por ello, los nuevos

paradigmas jurídicos deben partir de la aceptación y el reconocimiento de una normatividad plural en pugna, a ser efectivizada por los intereses de las clases populares con sus luchas frente a los intereses de las clases dominantes.

En definitiva, las desigualdades y los poderes que las sostienen, demanda un pensamiento que actúe, no sin riesgos, contradicciones, ambivalencias y errores, mediante reflexiones y prácticas preocupadas por visibilizar, subrayar, resistir y confrontar la permanente presencia del ejercicio legítimo e ilegítimo de la violencia, de las relaciones de poder y de los sistemas, las estructuras y los dispositivos de control, de sujeción y de dominio que provocan injusticia y que se mueven en todas las esferas sociales, bien bajo dinámicas de exclusión con las que nos tramamos unos a otros como objetos, o bien bajo dinámicas de inclusión con las que todos nos tratamos como sujetos. Esta dimensión acompaña epistemológicamente el mundo de las acciones, las relaciones, las interrelaciones, los procesos y entornos relacionales que son los que, verdaderamente, dan la justa medida del contenido real y práctico referido al hacer y al deshacer de los derechos humanos, al grado de modulación en términos de violación, vulneración, reconocimiento, efectividad y realización. De poco sirve y para poc@s denunciar sin un mínimo actuación y de praxis, que contribuya a transformar las sociabilidades y ámbitos convivenciales desde dinámicas de emancipación y de liberación que generan el goce, el disfrute y la celebración de una dignidad radical para tod@s.

El mundo que queremos construir y el papel activo o pasivo, de ser protagonistas o de ser espectadores que adoptamos, se manifiesta y queda reflejado por medio de los discursos, los argumentos, las interpretaciones, las prácticas, las actuaciones y los entornos relacionales que, como ciudadanos, desarrollamos día a día dentro y fuera de los aparatos del Estado.

3. La lucha y la sensibilidad por derechos humanos contra cinismos y tecnocracias

Muy relacionado con lo dicho hasta ahora, está el componente de lucha de los derechos humanos. Cuando reflexionamos sobre ellos, sucede algo similar a la imagen que tenemos de un iceberg. Si pensamos en este gran bloque de hielo, percibimos que hay un tercio de su estructura que está en la superficie y que vemos, pero existe otra parte bajo el agua que está oculta y que no conocemos. Desde el inicio partimos de una idea equivocada se nos viene inmediatamente a la cabeza: parece como si solo la punta del iceberg fuera la única parte que realmente existe. No tenemos en cuenta los dos tercios que se ocultan debajo del agua y que son sus verdaderos cimientos. Comprender para actuar haciendo derechos humanos de un modo complejo, completo e integral, requiere explicar y facilitar, tanto los elementos que forman parte de la superficie que está a la vista, como los elementos existentes en su estructura y que permanecen debajo del agua y que, por ello hay que visibilizar y mostrar. Al igual que el iceberg, los derechos humanos esconden todo un mundo de matices y riquezas que no nos son ajenos, extraños ni desconocidos, sino que están muy cerca o forman parte de nosotros, en nuestro vivir cotidiano, en nuestros comportamientos y en el modo como desplegamos nuestras acciones, ya seamos estudiantes o profesores, padres de familia o hijos, empresarios o abogadas, jueces y juezas o policías, funcionarios, representantes políticos, sindicalistas o ciudadan@s.

Ya he reiterado en otras ocasiones, confluyendo con otras voces que, generalmente, para entender derechos humanos se suele acudir a una idea teórica y filosóficamente armada de los mismos, basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el Estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento

(como la libertad, la igualdad y la solidaridad), y que están o bien cimentados en la misma condición humana o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales. La parte del iceberg que vemos enfoca derechos humanos como si fueran solo aquellos derechos reflexionados por teóricos/as y filósofos/as y reconocidos tanto en el ámbito internacional como nacional, por las constituciones, normas fundamentales, cartas magnas, tratados y declaraciones basadas en valores. Con todo ello nos encontramos con una comprensión y concepción normativista, estatista, formalista, teórico-abstracta, delegativa, burocrática (en el sentido de que son las instancias estatales y sus funcionarios las únicas responsables de garantizarlos), y pos-violatoria, es decir, que derechos humanos se protegen cuando se violan, no antes (Sánchez, 2011 y 2015). De ahí que debamos abrir el horizonte a estadios pre-violatorios y a instancias multigarantistas, que van más allá de lo instituido, de lo teórico, lo normativo, lo formal y lo estatal-funcionario, otorgándonos más poder y protagonismos a nosotros mismos, los seres humanos, en tanto sujetos relacionales empoderados y con capacidad constante y permanente de crear y significar realidades.

Cuando hablo de luchas me refiero tanto a la lucha y a la acción social colectiva, expresada en forma de movimiento social en su diversa expresión, como a la lucha individual y cotidiana. Ambas son los ámbitos y los lugares que dan origen a los derechos humanos y los mantiene vivos en tanto procesos relacionales y de contrastes. En los dos casos, los derechos humanos tienen más que ver con la definición de Joaquín Herrera (2005), entendidos como procesos de lucha por abrir y consolidar espacios de libertad y dignidad humanas, es decir, como procesos de apertura y de consolidación de espacios de lucha en favor de la dignidad. En concreto, pueden ser concebidos como el conjunto de prácticas, acciones y actuaciones sociopolíticas, simbólicas, culturales e institucionales tanto jurídicas como no jurídicas, realizadas por seres humanos cuando reaccionan contra los excesos de cualquier tipo de poder que les impide que puedan autoconstituirse como sujetos plurales y diferenciados. En este caso, las luchas se manifiestan por medio de demandas y reivindicaciones populares en forma de movimientos sociales.

Según Helio Gallardo, estas luchas parten del imaginario burgués en el tránsito a la Modernidad, pero van más allá de ese imaginario y trascienden el molde trazado por la lucha burguesa, extendiéndose los imaginarios a toda movilización y reacción frente a cualquier expresión de poder. La matriz y la base de derechos humanos están constituida socio-históricamente por la formación social moderna, por sus instituciones, dinámicas y lógicas. La lucha de la burguesía como sociedad civil emergente y moderna, fundamentó derechos humanos a través de su dinámica reivindicativa de liberación frente a todo impedimento ilegítimo establecido por los reyes, los señores feudales y la Iglesia, quienes no reconocían la ampliación de las experiencias de humanidad expresadas en las particularidades de la vida burguesa (Gallardo, 2007 y Sánchez, 2018). Pero esta matriz, que posee un horizonte de esperanza y posibilidades muy fuerte, en su origen y posterior desarrollo, estuvo y continúa estando desgarrada por tensiones, oposiciones y conflictos diversos. Ejemplos los tenemos en los pueblos indígenas, los colectivos de mujeres y las luchas feministas, los movimientos LGTB+, las luchas del proletariado y la clase trabajadora, los colectivos y movimientos contra el racismo, la colonización y la esclavitud, las luchas de los estudiantes, de los grupos ambientalistas, etc. Por tanto, nos encontramos con unos derechos humanos generados desde múltiples colectivos que reaccionan contra distintas y plurales expresiones de poderes que se exceden y se extralimitan, incluso con el asesinato, violando y agrediendo la dignidad de los seres humanos, así como también impidiendo la posibilidad de su goce, su disfrute y su celebración.

En cuanto a las luchas cotidianas e individuales, que también son políticas, no solo jurídicas, tenemos que percibir el hecho de que todos estamos implicados en las prácticas y en los diversos modos de efectividad que hacen realidad los derechos humanos. De hecho, esta dimensión enfrenta el efecto estático y congelado o puntual y azaroso de las formas jurídicas expresadas en leyes y reglamentos, por medio del conjunto de actuaciones y relaciones personales, concretas y cercanas encaminadas a hacer efectivos los derechos proclamados y objetivados jurídico-positivamente. Incluso desde nuestras acciones del día a día que reconocen y hacen derechos, que no los violan, se enfrenta mejor esa deficiencia generalizada de entender derechos humanos a partir de bellos discursos de inclusiones abstractas, pero que poseen un suelo y un terreno cimentado en exclusiones y asimetrías concretas y particulares, que están estructuralmente establecidas.

Si con el primer tipo de lucha por los derechos, a través de los movimientos sociales, nos encontramos con unos derechos humanos generados desde poderes constituyentes e instituyentes populares con una potencial y mayor fuerza colectiva transformadora, en este segundo tipo de lucha relacional del día a día, que empieza desde el desayuno y desde cuando nos despertamos y nos levantamos, los derechos humanos son ejercidos por poderes instituyentes de carácter más «cotidianistas», expresados con la facultad o potencialidad individual y personal y las acciones particulares desenvueltas por cada persona, diariamente, en cada espacio social (Sánchez, 2018). Por medio de ellas, las inclusiones de reconocimiento y realización concretas y particulares se pueden extender, fortaleciéndose, a nivel más estructural.

Por otro lado, una de las versiones formales y positivistas de los derechos humanos y que está generalizada, se manifiesta en un discurso que denomino tecnocrático y que provoca la pasividad y la inacción ciudadana. Se basa en el sentido político de la gobernanza, entendida como gobierno de tecnócratas que debe gestionarlo todo en términos económicos y de austeridad. La tecnocracia y la deudocracia –el pago de la deuda pública y sus intereses– marcan las acciones institucionales en torno a los derechos humanos que solo se garantizan en función del presupuesto público y el coste económico que conllevan (Holmes y Sunstein, 2011). Solo pueden ser reconocidos, arbitrariamente, por una especie de sentimiento caritativo de burocracias públicas y privadas que consideran a los derechos humanos como regalos para quien realmente se lo merecen por criterios de eficiencia, ideológicos y de benevolencia. Son los técnicos, inspirados desde consideraciones financieras, especulativas y económicas crematísticas quienes dan y quitan la mano, atacando y quebrando la legalidad y la normatividad de los estados constitucionales de derecho, haciendo retroceder el papel de la ley, del derecho, de los estados sociales de derecho y de las constituciones garantistas (Zagrebel'sky, 2017). Irónicamente, el buenismo ético de los ilusos idealistas y utópicos se sustituye por otro buenismo, el empresarial. La bondad de los empresarios y los tecnócratas se impone frente a cualquier propuesta de justicia social.

Frente a esa concepción autores como Ignacio Ellacuría y Helio Gallardo, entre otros, tratan de complejizar esa estructura de derechos humanos estrecha, reducida y simplificada que hay que saber ampliar para que la teoría vaya de la mano con una práctica no discriminadora ni excluyente. Helio Gallardo señala, al menos, cinco partes o cinco elementos que conforman la estructura de derechos humanos: a) la reflexión filosófica o dimensión teórica y doctrinal; b) el reconocimiento jurídico-positivo e institucional a nivel nacional e internacional; c) la eficacia y efectividad jurídica estatal –políticas públicas y sentencias judiciales–; d) la lucha social; y e) la sensibilidad sociocultural (Gallardo, 2000, 2006a, 2006b y 2007).

El mismo Ignacio Ellacuría, reconociendo lo complejo y ambiguo de su significado por ser enfocado desde múltiples perspectivas, amplía la comprensión de los derechos humanos diversificándolas a partir de varias dimensiones, algunas coincidentes con los elementos arriba subrayados: a) como necesidades de la convivencia social y política en tanto elemento biológico; b) como exigencia física antes que moral aludiendo a su carácter material; c) como producto histórico y que continuamente hay que historizar, siendo fruto y parte de procesos y praxis de colectivos humanos, expresando una dimensión de producción socio-histórica y relacional; d) como aspiraciones naturales que se van actualizando de manera desigual; e) como prescripciones éticas, valores e ideales utópicos que se cumplen o incumplen, se aplican o inaplican, provocando mayores o menores dosis de humanidad; f) como momentos ideológicos y momentos ideologizados en el instante que se hacen exclusivos de una minoría. Derechos humanos pueden ser privilegio para unos pocos y no ser garantizados ni realizados para muchos; g) como derechos positivos gestionados por instancias estatales e internacionales; y h) como convenciones y contratos entre individuos y/o estados (Ellacuría, 2012). Estas cinco últimas dimensiones explicitan la tensión y la posible reversibilidad entre lo teórico-axiológico y lo práctico y lo realmente efectivizado, además de explicitar a qué colectivos se les reconoce e incluye más y qué colectivos se les excluye, no se les reconoce y se les discrimina en la praxis y en lo socio-material.

Una vez incorporados estos distintos elementos que conforman la estructura global y abierta del iceberg de los derechos humanos, se puede enfrentar mejor y con más contundencia el paradigma iuspositivista y, en cierta medida, también garantista, aunque este es mucho más emancipador, que predomina en la cultura jurídica y también social. Este paradigma los aquilata, los estrecha y los enmarca blindándolos desde un prisma exclusivamente formal, estatal y normativo. Incluso sus discursos vienen acompañados por un lenguaje excesivamente técnico, poco claro y muy difícil de entender para cualquier ciudadano de a pie (Arenas, J. y Wences, I., 2024).

Uno de los errores de enseñar, pensar y concebir derechos humanos aparece cuando se reduce al imaginario institucionalizado, oficial y generalizado cimentado en los tres primeros elementos señalados por Helio Gallardo con sus matices: a) la dimensión normativa e institucional –derecho positivo, convenciones y contratos en la terminología de Ellacuría–; b) la dimensión teórico-filosófica y la eficacia jurídico-estatal –circuitos judiciales–, sumado el elemento de los valores (f), pero solo en relación a aquellos valores objetivados y positivizados en normas y teorizados por técnicos, operadores jurídicos y filósofos/as especialistas. Aunque sean elementos necesarios, son insuficientes.

De esta manera se desconsidera o se da escasa importancia a otros ámbitos fundamentales, al situarlos por debajo del tercio del iceberg que aparece en la superficie. Es lo que sucede, por ejemplo, con la lucha social y su dimensión sociohistórica e instituyente, que, incluso cuando se reconoce, se hace de manera muy puntual y reducida, limitada a un momento originario y fundante. También ocurre con la eficacia no jurídica y la eficacia jurídica no estatal al descartarse el carácter político y pluralista tanto del Derecho como de los derechos humanos y que, también, pueden ser hechos y deshechos fuera de las instancias estatales. Los pueblos indígenas son un claro ejemplo de ello con sus propios sistemas normativos.

Igualmente, lo mismo pasa cuando se desconsidera la cultura, el saber y la sensibilidad popular, ya que son básicos para poder entender y conocer mejor derechos humanos y ponerlos más coherentemente en práctica, aludiendo a esa dimensión o componente utópico positivo y situado, que ayuda a la gente caminar frente a todo aquello que achica, reduce o aniquila la condición plural, abierta,

procesual y diferenciada de lo humano. Hay que tener en cuenta que la cultura y el saber popular también objetivan y reflejan sus valores y principios éticos en fuentes artísticas y productos culturales como música o canciones, fiestas, bailes, pinturas, refranes y otras expresiones que no se ciñen al patrón normativo-jurídico. Expresan la dimensión creadora, instituyente y constructora de realidad. El caso es que todos estos insumos infravalorados hay que supervisibilizarlos y mostrarlos, porque nos pueden permitir superar y/o enfrentar esa separación estructural que existe entre lo que se dice y lo que se hace sobre derechos humanos, y que impiden desarrollarnos como sujetos autónomos plurales y diferenciados.

Para finalizar, una de las causas de que la práctica se separe de los discursos sobre derechos humanos, procede de la despolitización de la vida pública y en común. Se prefieren ciudadanos siervos y esclavos que sean solo consumidores de todo lo que ofrezca el mercado capitalista. Es más, junto a un ataque a lo público, se despolitiza a la sociedad civil por lo que he dicho arriba sobre la gobernanza. La política pasa a ser también un asunto de tecnócratas, que no únicamente controlan la distribución en el reconocimiento de los derechos humanos. Se privatizan las instituciones del Estado bajo el dogma de la eficiencia. Zygmunt Bauman lo explica con la pérdida del espacio del *ágora* griega que servía de mediación entre la *ecclesia* –lo público institucional– y el *oikos* –el ámbito de lo privado– (Bauman, 2002) y que considera que es la base para desarrollar la autonomía de seres humanos libres. Lo público y lo privado discutido participativamente entre la ciudadanía se disminuye y se hace desaparecer, restringiendo la democracia deliberativa y más presencial a su mínima expresión, siendo sustituida por la deudocracia y la eficienocracia. El mundo económico aparentemente despolitizado, termina fagocitando al mundo político, pasando las instituciones a ser su brazo derecho y anulándose la capacidad instituyente de la ciudadanía (Sánchez, 2018).

Los políticos ya no definen la política y los gobiernos dependen menos de los parlamentos y de las elecciones, puesto que se deciden en otras esferas –mundo de los negocios y *lex mercatoria*–. Se nos retira en tanto ciudadan@s nuestra capacidad de significar y constituir nuestras realidades. Además, el mundo virtual con su incremento azuzado por la crisis generada con ocasión del COVID-19, fortalece el biopoder digital al crear nuestras propias prisiones en nuestras casas. El *ágora* tradicional se sustituye por el *ágora* de sala de estar o de cuarto de baño. Las máquinas portátiles de telecomunicaciones se convierten en nuestros nuevos carceleros y como bien denuncia Paul Preciado, la política ciudadana pasa a ser una telerrepública de nuestras casas (Preciado, 2020), cuyo basamento son las mónadas conectadas en las redes sociales sin una cultura ciudadana previa estructurada socio-materialmente de manera presencial y realmente participativa.

Por todos estos motivos, considero que, junto con un concepto complejo, sociohistórico y relacional de derechos humanos basado en sus prácticas, sus procesos instituyentes, sus entornos relacionales y sus tramas sociales, hay que articular una idea de democracia entendida como *demoarquía* (Rodríguez, 2005a y 2005b). No se trata de entenderla como el gobierno del pueblo y para el pueblo, tal como señaló Abraham Lincoln en 1863 en su discurso de Gettysburg, sino como el poder del pueblo, para el pueblo, con el pueblo y desde el pueblo. La democracia y sus procesos de democratización no solo se conciben como una forma de gobierno, sino, mejor como un conjunto de acciones, conceptos y mediaciones que tienen como objetivo posibilitar el poder del pueblo para el pueblo (*demos*) y desde el pueblo, desde la lucha, la reclamación y la reivindicación de los miembros de una comunidad o una sociedad que construye directamente comunidad en sus espacios de convivencia, en el sentido de la democracia radical de Douglas Lummis (2002) y que se sitúa y parte de lo local y lo cotidiano. Con la democracia debe ser la ciudadanía y

el pueblo en su conjunto, no entendido cuantitativamente solo como masa, sino como sujetos con poder soberano, quienes asuman su responsabilidad y el deber de autogobernarse por sus propios medios, tanto a nivel local, como regional y nacional. Todo ser humano tiene que participar directamente en todo aquello que le afecta en el ámbito de lo público no estatal y en los ámbitos comunales (Esteve, 2025), sin que sea incompatible con el apoyo complementario de mecanismos de representación. Por ello, esta idea de democracia se opone a cualquier tentación de la ciudadanía y del pueblo a abandonarse, como única expresión, en manos de expertos o de un número limitado de ciudadanos en aquellos espacios en donde se desarrollan las relaciones humanas y que se incardinan en torno al ámbito de lo público estatal. Democracia entendida como práctica plural de control y ejercicio del poder por parte de ciudadan@s soberan@s y como modo, forma y proyecto de vida, no solo concebida como gobernabilidad.

4. Humanismo de la praxis frente a éticas funcionales a las instituciones

Arriba comenté que los criterios de discernimiento éticos y morales, junto con los constructos teóricos y simbólicos que están conformados con componentes ideológicos y culturales, son muy importantes y nunca hay que desmerecerlos de cara a lo que hacemos diariamente y en relación con nuestras prácticas. Nos sirven como muletas mentales con los que poder orientar y encaminar las acciones humanas, para decantarlas hacia un camino u otro, en el modo de relacionarnos con el mundo. Las posibles pautas de conducta que señalan los marcos éticos y los epistémicos, se encuentran insertos en tramas sociales y en entornos relacionales que son la base de nuestra experiencia existencial.

Franz Hinkelammert, en muchos de sus trabajos (1985, 2007 y 2022), ha ido diferenciando entre una ética, con su racionalidad, que es funcional a las instituciones y las producciones humanas, y otra racionalidad que posee una ética funcional al ser humano y a la Naturaleza. La denomina como un «humanismo de la praxis». No es un humanismo del sentimiento o emocional, ni un juicio de valor. Se basa en el amor al prójimo y posee muchas expresiones (Hinkelammert, 2022, pp. 202-203, 228-229 y 316). Sirve de criterio orientativo para lograr la mejor convivencia social posible, bajo el referente de construir un mundo en el que quepamos todos y en el que quepan muchos mundos. Por ética entiende el conjunto de criterios, de dispositivos y de elementos normativos que hay que tener en cuenta para que el ser humano, como ser que es parte de una sociedad, pueda vivir. Toda sociedad posee una o varias éticas, por muy inhumanas e injustas que sean. Cada institución también posee una ética para que pueda existir. El problema es saber cuál es la más humana y cuál es la mejor convivencia entre los seres humanos, con el objetivo de que haga posible la producción y la distribución de bienes y servicios suficientes para tod@s, sin que las éticas con sus conceptos trascendentales de perfección se reduzcan a desarrollarse como meros mecanismos de funcionamiento de las instituciones, en tanto éticas del mercado o éticas del Estado, por ejemplo (Hinkelammert, 2022, pp. 92-94 y 202).

El pensador tico-alemán distingue dos métodos de acceso, de reacción y de gestión de la realidad sociable y relacional (Hinkelammert, 1985, pp. 21, 23, 26-27 y 2002; Sánchez Rubio, 1999, pp. 191-195): a) en primer lugar, el establecido por los marcos categoriales de las ciencias sociales y empíricas, apuntalados por los conceptos trascendentales con los que, desde lo imposible, entendido como límite que el ser humano nunca va a poder rebasar y superar, se logra avanzar en el horizonte de lo posible y la práctico. Hinkelammert retoma el concepto de orientación trascendental de Kant, pero los pasa del individuo particular y dirigido a sí mismo y consigo mismo, hacia las relaciones sociales e intersubjetivas entre los individuos, es decir, los traslada de términos morales al ámbito de la praxis social (2022, pp. 52-54);

y b) el segundo, por medio de la razón utópica de los proyectos modernos de sociedades ideales, plenas y perfectas y su relación con el arte de la política que juega con lo que es posible, lo que es deseable, lo que es imposible y lo que es factible en el reconocimiento de las necesidades y las capacidades humanas, todas articuladas relacional y socio-materialmente.

Para entender ambos métodos de acceso y gestión, hay que partir de la idea de que el ser humano tiene una serie de límites de conocimiento, epistemológicos y prácticos para acceder a la realidad. No puede abarcarla toda. En esos casos, lo que podemos y no podemos pensar o hacer, viene expresado en términos de condiciones de vida humana real y concreta –*conditio humana*–. Pese a que en nuestra forma de pensar intentamos trascender la realidad, nuestro carácter socio-material limita los conceptos universales que conforman los marcos categoriales de las ciencias empíricas que funcionan con tendencias trascendentales. Hay una relación continua entre la totalidad desconocida a los que aluden esos conceptos universales, y la real posibilidad de observar y experimentar lo que esos marcos trascendentales, potencialmente, nos indican como idealidad que nunca podemos abarcar y captar. Entre lo imposible y lo posible se establece una tensión, concretizada entre los seres actuantes, prácticos y relacionales que somos y el campo infinito y trascendente de opciones que creamos para transformar nuestra realidad finita en función de esas imposibilidades que nos sirven de criterios de orientación, y que permite al ser humano, a través de sus tramas sociales, transformar la realidad en una *empiria* por medio las producciones humanas materiales, institucionales y tecnológicas. Por esta razón, para Hinkelammert el estar vivos y la vida de todo ser humano, sin excepciones, posibilita articular los fines posibles que nuestra condición finita y contingente nos permite, y que desde lo factible se materializa en los entornos relacionales y en las tramas sociales. Solo si estamos vivos, podemos proyectar y realizar fines. Es nuestro modo de realidad que posibilita el establecimiento de opciones y fines posibles y factibles. Sirve de condición de posibilidad para todo lo que experimentamos, generamos y producimos (Hinkelammert, 1985, pp. 22 y 23, 56 y 57).

También hay que tener en cuenta, que somos seres que vivimos en sociedad, somos seres sociales, nos interrelacionamos unos con otros. Cada sociedad tiene un marco concreto de relaciones en el que el acceso a los medios o bienes materiales que se producen –división social del trabajo, el modo de producción, la distribución de los ingresos y el producto social– es fundamental para saber quién tiene más y mejores, o quién posee menos y peores opciones para vivir una vida digna de ser vivida. Dependiendo de cómo se organice el sistema de necesidades y de capacidades humanas, con sus satisfactores posibilitadores, comprobaremos si nos encontramos con un orden social o un proyecto de vida que incluye y reconoce a todos sus miembros o solo a unos pocos. Aquí aparece el elemento relativo al arte de lo posible de la política. Elaboramos proyectos de sociedades ideales, diseñadas en función de una ordenación adecuada de las relaciones humanas. Implica una tendencia de la naturaleza humana a lograr lo perfecto, a conseguir lo mejor. Desde ella construimos las utopías con las que elaboramos mundos sin imperfecciones y abstractos. El error y el problema aparece cuando perdemos la funcionalidad y el propósito de esos ideales de perfección que están destinados a establecer el marco de lo que es posible y de lo que es factible. No hay que entenderlos como fines en sí mismos a los que hay que acudir como destino final. Eso implicaría arrasar con todo lo que impide lograrlo. Se convierten en procesos de mala infinitud por ser inalcanzables. En cambio, hay que usarlos como mapas mentales con los que poder modificar, mudar, transformar la realidad en función de la vida de los sujetos humanos y las condiciones que la posibilitan. La ilusión de perseguir y realizar lo ideal, lo perfecto y lo imposible desvirtúa la persecución y la realización de lo que sí es posible

para poder existir. Por ello, el ideal de progreso infinito y asintótico, tan propio del pensamiento occidental en muchas de sus expresiones ideológicas, políticas y científicas, provoca la destrucción de lo humano y sacrifica la realidad de lo posible y de lo factible, al caer en un proceso de mala infinitud. Como fin en sí mismo y perfecto, es imposible de alcanzar. Por ello, perseguirlo cueste lo que cueste, implica la eliminación de cualquier hipotética o real quiebra y fractura, es decir, de toda amenaza humana que pueda distorsionarlo y/o impedirlo.

A partir de todo este razonamiento, Hinkelammert concibe su humanismo de la praxis en tanto racionalidad preocupada por el reconocimiento de las condiciones de existencia dignas de los seres humanos. Posee un fuerte potencial para desenvolver espacios de convivencia en donde quepamos tod@s, mucho mayor a los espacios idolatrados desarrollados por las que, denomina, éticas y políticas funcionales a las instituciones como mercado, el dinero o el Estado, más preocupadas por el perfecto funcionamiento de estas. Dicho humanismo lo estructura a partir de varias fuentes, siendo una de las principales de Karl Marx (1974, p. 100), quien en su crítica a la religión abre el camino doctrinal para que el hombre sea la esencia suprema para el hombre, haciéndose eco, junto a otros autores, como Goethe y Feuerbach, del espíritu que se tenía de la Revolución Francesa como acto de liberación. Consiste en la afirmación de que el ser humano sea el ser supremo para el ser humano desde el imperativo de echar por tierra, cuestionar y criticar todas las relaciones en el que el ser humano sea humillado, sojuzgado, abandonado y despreciado (Hinkelammert, 2022, pp. 59, 66 y 67). En el mismo sentido, para Reyes Mate, el que el hombre sea la esencia suprema para el hombre tiene que dar respuesta a cualquier situación de humillación, esclavitud, abandono o desprecio del ser humano. Cuando la soberanía del ser humano es negada, esta soberanía se muestra realmente cuando enfrenta las situaciones de negación. Entonces, el sufrimiento se convierte en el lugar filosófico de la verdad (Mate, 2018, p. 80).

La otra fuente en la que basa el humanismo de la praxis es Pablo de Tarso. La hipótesis de trabajo de Hinkelammert es que la rebelión en nombre de la igualdad, que es uno de los grandes emblemas de los procesos revolucionarios, viene de la tradición judía y cristiana, en concreto de la tradición profético-mesiánica y apocalíptica que entra en conflicto con la tradición imperial colonizadora, que es la que se hace hegemónica. Centrándose en Pablo de Tarso, el Reino de Dios y la fe de Jesús –no la fe en Jesús–, en concreto en *Gálatas*, 3, 26-29 cuando dice que «ya no hay judío ni griego, ni esclavo ni libre, ni hombre ni mujer», en el que los elegidos son los pobres, los plebeyos y los despreciados, nos encontramos con la raíz de los derechos humanos, siendo la primera declaración de estos en la historia. Se trata, como ya he señalado, de un proyecto y de una racionalidad de, y para, la praxis con el que se discierne las mejores condiciones de convivencia. Este humanismo de la praxis es un proyecto universal de justicia e igualdad para toda la Humanidad. Sirve de criterio de orientación contra cualquier manifestación de discriminación individual y cultural, en base a el reconocimiento de las diversidades y las diferencias humanas. La igualdad no se entiende como uniformidad, más bien significa que no se acepta usar las diferencias, ni de las mujeres, como pretexto de discriminaciones, sin inferiorizar a nadie. Su eje y centro es el amor al prójimo (Hinkelammert, 2022, pp. 13, 19 y 40 y ss.).

En realidad, el humanismo de la praxis aglutina múltiples expresiones y especificaciones en tanto criterios de orientación. Hinkelammert señala la existencia de muchas versiones de conceptos trascendentales de perfección de la convivencia humana, que giran en torno al amor al prójimo: el «yo soy, si tú eres» del teólogo surafricano de Desmond Tutú y la tradición africana del Ubuntu; «el ama al prójimo, porque tú mismo eres él» de Levinas; el «de cada uno según sus capacidades y a

cada uno según sus necesidades» marxiano con su imperativo categórico contra cualquier proceso de victimización, etc. (Hinkelammert, 2022, pp. 204 y 228-230).

Por medio del humanismo de la praxis, las instituciones como el mercado, el dinero, la propiedad privada o el Estado, que siempre amenazan la vida humana por convertirse en autorreferentes y por beneficiar solo a unos pocos, ahora se articulan y desarrollan como condiciones de posibilidad de la vida humana, sin excepciones, que es el referente que los limita en su realización automática, ciega y excluyente (Hinkelammert, 2022, pp. 204 y 225-228). El ser humano, junto con la Naturaleza, a partir de los entornos relacionales y sus sociabilidades, ofrecen racionalidades con las que discernir, orientar y producir realidades convivenciales en donde ambos son los seres supremos para todos los seres humanos y, por tanto, tratados con dignidad plena. En cambio, con las éticas funcionales se establecen las condiciones de posibilidad para que las instituciones funcionen, y puedan existir y desarrollarse, por medio de mecanismo de funcionamiento perfecto cuyos valores no son ni derechos humanos ni la dignidad, ni la libertad. No los tienen como objetivo principal y central.

Concluyendo, este referente de la racionalidad del humanismo de la praxis, con sus distintas versiones, nos pone en guardia y sienta las bases para confrontar y evitar las fetichizaciones de nuestras propias producciones o mediaciones que se manifiestan de múltiples maneras: en forma de instituciones –mercado, propiedad privada, dinero, Estado–; o como valores, principios –libertad, igualdad, tolerancia–; en forma de teorías, creencias, saberes –fe, razón, ciencia, teoría filosófica–; o como un producto cultural –como ejemplo, la tecnología o la idea de patria o nación–. Por diversas razones, todas ellas terminan idolatrándose, convirtiéndolas en algo superior, y rebajando la condición humana a objeto o a algo inferior. En estos casos, las éticas sobre las que se construyen sus posibilidades de funcionamiento pueden ser injustas e inhumanas por el sesgo decantado hacia lo institucional y el sacrificio que justifican de la misma condición de vivir, haciendo prescindible al ser humano. Los derechos humanos no son el objetivo ni la finalidad, sino el funcionamiento perfecto de las instituciones y los «derechos» que lo hacen posible. Por el contrario, con el humanismo de la praxis, aunque los riesgos de injusticia siempre aparecen debido a la contingencia humana y sus contradicciones, reversiones, contrastes y ambivalencias continuas, se hacen potencialmente menos presentes o se disminuyen por representar una racionalidad que permite discernir mejor la modulación de lo universal y la presencia de la inversión/reversión ideológica de los derechos humanos. Si el ser humano debe ser siempre el referente en toda producción y entorno relacional, el problema aparece cuando no se le reconoce, se le rechaza y se le pierde como horizonte de sentido y como bandera en los objetivos y medios destinados a gestionar las sociedades.

En definitiva, la naturaleza humana se caracteriza por ser relacional. Desde las relaciones humanas se expresan los ámbitos de convivencia excluyentes y discriminadores o incluyentes e integradores tanto con nosotros mismos, con nuestros semejantes y con la Naturaleza. El hacer, la acción, la actuación y la praxis de relaciones construyen los medios con los que los procesos culturales y simbólicos crean los valores, los principios, los saberes, los poderes y las instituciones con las que dar curso al sistema de necesidades y capacidades humanas. Estas pueden estar dirigidas a todos los miembros de una sociedad o solo a unos pocos desde lógicas de desigualdad y jerarquía o desde lógicas de igualdad y horizontalidad. El humanismo de la praxis ofrece criterios para que la práctica sea haciendo y posibilitando derechos humanos, no violándolos.

Bibliografía

- Arenas Arias, G.J. y Wences, I. (coords.) (2024). *¿Cómo puede alguien cumplir una ley que no entiende?* Marcial Pons.
- Barrère Unzueta, M^a A. (2019). *Feminismo y Derecho. Fragmentos para un Derecho antisubordiscriminatorio*. Ediciones Olejnik.
- Bauman, Z. (2002). *En busca de la política*. F.C.E.
- Clavero, B. (2007). *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*. Trotta.
- Demo, P. (2019). Direitos humanos supremacistas a brasileira. De como fabrica cidadanías privilegiadas. Mimeo. 2019. Disponible en: <https://pedrodemo.blogspot.com/2019/10/ensaio-450-direitos-humanos.html>
- Ellacuría, I. (2012). Hacia una conceptualización de los derechos humanos. En J.A. Senent de Frutos (Ed.), *La lucha por la justicia social. Selección de textos en Ellacuría (1969-1989)*. Universidad de Deusto.
- Esteva, G. (2025). *Zapatismo/EZLN. Antologías de la dignidad. Textos de 1994-2021*. Akal.
- Foucault, M. (2025). *Microfísica del poder*. Siglo XXI.
- Freire, P. (1972). *La educación como práctica de la libertad*. Siglo XXI.
- Gallardo, H. (2000). *Política y transformación social. Discusión sobre derechos humanos*. Editorial Tierra Nueva.
- Gallardo, H. (2005). *Siglo XXI: militar en la izquierda*. Arlekin.
- Gallardo, H. (2006a). *Siglo XXI: producir un mundo*. Arlekin.
- Gallardo, H. (2006b). *Derechos humanos como movimiento social*. Ediciones desde abajo.
- Gallardo, H. (2007). *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Imprenta Francisco Gómez.
- González Casanova, P. (2000). *Las nuevas ciencias y las humanidades: de la academia a la política*. Anthropos.
- Grosfoguel, R. (2014). La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global. En B. Sousa Santos y P. Meneses (Ed.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Akal.
- Han, B.Ch. (2016). *Sobre el poder*. Herder.
- Han, B.Ch. (2017). *Psicopolítica*. Herder.
- Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Los Libros de la Catarata.
- Hinkelammert, F. (1985). *Crítica de la razón utópica*. DEI.
- Hinkelammert, F. (1998). *El grito del sujeto: del teatro-mundo del Evangelio de Juan al perro-mundo de la globalización*. DEI.
- Hinkelammert, F. (2007). *Hacia una crítica de la razón mítica: el laberinto de la modernidad*. Arlekin.
- Hinkelammert, F. (2022). *Cuando Dios se hace hombre, el ser humano hace la Modernidad. Crítica a la razón mítica en la historia occidental*, 2ª edición. Escuela de Economía, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad Nacional.
- Holmes, S. y Sunstein, C.R. (2011). *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*. Siglo XXI.
- López Petit, S. (2020). El coronavirus como declaración de guerra. En VV.AA, *La sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Lugones, M^a (2008). Colonialidad y género. *Tabula Rasa*, 9, 73-101.
- Lummis, C. D. (2002). Siglo XXI.
- Lyra Filho, R. (1982). *O que é direito?* Brasiliense.
- Machado, A. A. (2024). *A teoria do direito, hoje*. Cultura Académica Editora.

- Marx, K. y Engels, F. (1974). *Escritos sobre la religión*. Sígueme. Salamanca.
- Mate, R. (2018). *El tiempo, tribunal de la Historia*. Trotta.
- Medici, A. (2011). *El malestar en la cultura jurídica*. Editorial de la Universidad de La Plata.
- Moro, G. (2010). "Introducción" al libro de Kennedy, D., *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*. Siglo XXI.
- Preciado, P. (2020). Aprendiendo del virus. En VV.AA, *La sopa de Wuhan. Pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. ASPO (Aislamiento Social Preventivo y Obligatorio).
- Rodríguez Prieto, R. (2005a). *Ciudadanos soberanos*. Almuzara.
- Rodríguez Prieto, R. (2005b). *Construyendo democracia: una propuesta para el debate*. Aconcagua libros.
- Sánchez Rubio, D. (1999). *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Desclee de Brouwer.
- Sánchez Rubio, D. (2011). *Encantos y desencantos de los derechos humanos*. Icaria.
- Sánchez Rubio, D. (2015). Contra una cultura estática y anestesiada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos. *Derechos y libertades*, 33, 99-133. <https://www.dykinson.com/revistas/revista-derechos-y-libertades/539/10.14679/1013>
- Sánchez Rubio, D. (2018). *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Akal.
- Sousa Junior, J.G. (2011). *Direito como liberdade. O direito achado na rua*. Sergio Antonio Fabris.
- Wolkmer, A.C. (2017). *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*. Akal.
- Zagrebelsky, G. (2017). *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*. Trotta.

Enfoques reticulares y piramidales. Soberanía y (des)globalización*

Reticular and Pyramidal Approaches. Sovereignty and (de)Globalisation

Ivan Daldoss**

Universidad de Granada

ORCID ID 0000-0002-5324-8099

ivandaldoss@ugr.es

Cita recomendada:

Daldoss, I. (2025). Enfoques reticulares y piramidales. Soberanía y (des)globalización. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 31-47.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9843>

Recibido / received: 27-12-2024
Aceptado / accepted: 28-04-2025

Resumen

Este artículo ofrece una exploración teórica de las formas contemporáneas de soberanía estatal y extraestatal, respecto a los fenómenos normativos durante la globalización y la desglobalización. La investigación se centra en el paradigma de la red y en el modelo piramidal, analizando su capacidad para representar la evolución normativa y los nuevos modos de ejercicio del poder. El texto argumenta que el primero, caracterizado por el policentrismo y la descentralización del poder, es más efectivo en contextos de alta interdependencia global, mientras que el segundo, con su estructura jerárquica y centralizada, posee una mayor capacidad para ilustrar entornos desglobalizados en que resurgen nacionalismos y el monocentrismo estatal. Se concluye que ambos modelos son relevantes según el contexto, y su interacción puede ofrecer una comprensión más completa del intrincado mundo actual, con un énfasis en la necesidad de una legislación y jurisdicción universales para realmente garantizar la paz y los derechos fundamentales.

Palabras clave

Soberanía, poder, fenómenos normativos, globalización, desglobalización, policentrismo, monocentrismo, jerarquía, pirámide, red.

* Este trabajo ha sido desarrollado en el marco del proyecto competitivo *Transiciones. Desmontaje de dictaduras y construcción de democracias en perspectiva comparada* (Referencia: PID2022-140112NB-I00), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (convocatoria: Proyectos de Investigación del Plan Nacional).

** Profesor en la Universidad de Granada, Facultad de Derecho, Departamento de Filosofía del Derecho, plaza de la Universidad, 1, 18001, Granada (España). El autor agradece a su compañera, Lucía, su valioso apoyo y su amor resplandeciente.

Abstract

This article presents a theoretical exploration of contemporary forms of state and extra-state sovereignty concerning normative phenomena during globalisation and de-globalisation. The research focuses on the network paradigm and the pyramid model, respectively, examining their ability to represent normative evolution and new methods of exercising power. It argues that the former, characterised by polycentrism and decentralisation of power, proves more effective in contexts of high global interdependence, while the latter, with its hierarchical and centralised structure, better illustrates de-globalised environments where nationalism and state monocentrism are resurging. This work concludes that both models are contextually pertinent, and their interplay can provide a more comprehensive understanding of today's complex world, underscoring the need for universal legislation and jurisdiction to genuinely ensure peace and fundamental rights.

Keywords

Sovereignty, power, normative phenomena, globalisation, de-globalisation, polycentrism, monocentrism, hierarchy, pyramid, network.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Sobre «soberanía» y «globalización». 3. «Red» y globalización. 4. «Pirámide» y desglobalización. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Este trabajo aborda las formas de ilustración teórica de la soberanía contemporánea, tanto estatal como extraestatal, en relación con los fenómenos normativos y en conexión con los procesos económicos y socioculturales de globalización y desglobalización.

La noción de soberanía será empleada en un doble sentido: por un lado, en pos de identificar cualquier entidad dotada de una cierta autoridad, a saber, cada centro de poder; por otro lado, para evidenciar la primacía espacial de un polo de gobernanza con respecto a los demás que existen en un contexto institucional.

Considerando a la soberanía como centro de poder, cabe destacar dos fenómenos que se han intensificado a partir de las últimas décadas del siglo XX: un creciente policentrismo, es decir, una proliferación de autoridades heterogéneas en diferentes escenarios entrelazados, y una progresiva descentralización del poder, por la cual éste no se concentra solo en la autoridad del Estado, sino que, más bien, se difunde y se muestra en múltiples centros de gobierno distribuidos dentro y fuera de su territorio, tanto a nivel transnacional y comunitario, como internacional. Estos fenómenos plantean a la ciencia jurídica la necesidad de repensar y reelaborar los modelos teóricos de referencia, capaces de representar tales dinámicas de desarrollo político-administrativo y normativo.

Al mismo tiempo, el segundo sentido asociado a la expresión soberanía, anteriormente indicado, parece entrar en crisis. Es decir, la idea de primacía espacial de un centro de poder sobre aquellos que posiblemente resulten subordinados a él pierde eficacia representativa. La razón de eso corresponde a la perspectiva crecientemente «horizontal» y diversamente jerárquica (de hecho, el criterio de la jerarquía sigue existiendo, pero asume nuevas formas) que, desde hace varias décadas, inspira y caracteriza, a diferentes niveles y a intensidad mutable, realidades distintas, pero conectadas entre sí. Éstas son: las autoridades, como puntos de «gobernanza», que existen y operan entre sistemas normativos siempre más entrelazados y comunicantes; las fuentes del derecho ubicadas en ordenamientos

jurídicos distintos, pero que a menudo interactúan unos con otros; y, por tanto, las normas que de ahí derivan, observables, comprensibles e interpretables en una red (o en más redes) de conexiones jurídicas.

Estos fenómenos requieren una atenta consideración de aquellas teorías, esbozadas particularmente en el campo de la sociología del derecho, que muestran una común esencia «reticular», a fin de visualizar e ilustrar las nuevas dinámicas de las realidades ordinamentales (no solo nacionales), el nacimiento de autoridades extraestatales progresivamente más relevantes para el ejercicio del poder, también a nivel global, y la presencia de fenómenos normativos que superan el concepto tradicional-vertical de jerarquía.

Sin embargo, como se subrayará a lo largo de ese trabajo, detrás de la «máscara» (¿o de la ilusión?) *flat*, horizontal, que todo o casi promete enmarcar y explicar, la eficacia representativa y realista de la pirámide parece resistir y perdurar. En efecto, este paradigma sigue desempeñando un papel central hoy en día, especialmente a la luz de un endurecimiento de los nacionalismos y populismos, y, por lo tanto, de un posible «retorno forzado» dentro del ámbito estatal (por medio de una especie de *advocatio*) de prerrogativas y poderes que el Estado había progresivamente otorgado a otras autoridades, fuera de sí mismo –en modo particular, a la Unión Europea, en caso de ser un Estado miembro, y a la comunidad internacional–.

Por estas razones, se considera fundamental sopesar la capacidad explicativa y la actualidad de los modelos teóricos que se pueden reconducir, por un lado, al planteamiento «piramidal» y, por otro lado, al «reticular». De esta forma, se puede conseguir representar, gracias a un aparato idóneo de instrumentos conceptuales, la evolución normativa más reciente y así reflejar las nuevas formas de soberanía.

Con respecto a los perfiles metodológicos, en definitiva, este trabajo tiene un carácter teórico-dogmático. Por tanto, para sus propósitos se ampara en la ilustración de unos modelos teóricos relevantes en la ciencia del derecho, al tiempo que se ancla en múltiples referencias empíricas a las que cabe remitirse *en passant*. En efecto, a la luz de los cambiantes escenarios contemporáneos, valora la fuerza explicativa de dos modelos teóricos particulares. En primer lugar, se centra en una de las teorías más destacadas del paradigma de la «red». A continuación, examina la renovada pertinencia de muchos perfiles adscribibles al modelo de la «pirámide». En fin, esta contribución presenta al lector dos macro alternativas para representar las nuevas dinámicas normativas y los modos de ejercicio de la soberanía en el actual escenario (post-)globalizado.

2. Sobre «soberanía» y «globalización»

Lejos de proponer tentativas definitorias con respecto al viejo y «atormentado» concepto de «soberanía», aceptando así la invitación implícita de un ilustre historiador del derecho en la medida en que advierte contra el riesgo de «definiciones que, incluso en sus mejores expresiones, tienden a asumir las connotaciones de cualquier proposición convencional y escolástica» (Quaglioni, 2004, p. 5)¹, ofreceré una «no-definición» del término en cuestión.

¹ El pasaje original en italiano es el siguiente: «*definizioni che, anche nelle loro migliori espressioni, tendono ad assumere i connotati di ogni proposizione convenzionale e scolastica*». Es conveniente precisar que todas las citas en este artículo han sido traducida al castellano por mí.

Más concretamente y fuera de metáfora, al explicar el contexto teórico que aquí se toma como referencia, así como su perspectiva axiológica intrínseca, quedará claro que el alcance semántico de la expresión «soberanía» es, a lo sumo, relevante marginalmente.

Se coincide con el enfoque según el cual este concepto, vinculado al surgimiento del Estado moderno², «nace [...] y se desvanece, encontrando históricamente en Bodin su formulación más conocida (*“summa legibusque absoluta potestas”*, 1567) y en Kelsen su crítica radical, su transformación final y su culminación» (Kelsen, 1989, p. IX). Es precisamente el autor de la *Reine Rechtslehre* quien a partir de la década de 1920 trazó las coordenadas para la «superación» de la soberanía, categoría ontológicamente en crisis desde sus orígenes y en perenne contradicción con la idea misma de derecho (como más tarde sostendría Ferrajoli, *infra*). Tal «ocurrencia» (más allá del sentido etimológico de la palabra como «acontecer», para designar algo que se espera como necesario), interpretando el pensamiento de Kelsen, es pródromo para fundar una doctrina del orden jurídico internacional con vocación «monista» que asuma y, al mismo tiempo, permita afirmar la «primacía» del derecho internacional sobre los derechos nacionales individuales de los diversos Estados. Lo que anima al célebre jurista praguense, en términos de un deseable horizonte axiológico, y que es posible gracias al abandono del «fetiche» llamado soberanía, es precisamente el objetivo de demostrar que (todo) el derecho integra un único ordenamiento jurídico «unitario», resultado que desacreditaría en el plano científico la llamada tesis «dualista» (aún hoy mayoritaria y que postula la coexistencia armónica del derecho estatal y del derecho internacional)³.

En la estela de esta tradición de pensamiento, se sitúa hoy un destacado exponente italiano del constitucionalismo mundial, Luigi Ferrajoli. Por lo que aquí interesa resaltar, su obra es esclarecedora sobre todo en la parte en la que ofrece un encuadre crítico del concepto de «soberanía», ilustrando tres aporías diferentes que inexorablemente lo invisten: lo estigmatiza, en primer lugar, en el plano filosófico-jurídico, considerándolo una «reliquia premoderna que está en el origen de la modernidad jurídica y, al mismo tiempo, con ella, virtualmente en contraposición» (Ferrajoli, 1995, pp. 8-9)⁴, en cuanto categoría del pensamiento iusnaturalista que acaba contribuyendo a la construcción de la visión iuspositivista del Estado y del modelo moderno de derecho internacional.

En segundo lugar, observa cómo las vicisitudes históricas de la idea de soberanía, entendida como poder libre de ataduras *superiorem non recognoscens*, se despliegan en dos vertientes distintas, que ni siquiera coinciden cronológicamente: por un lado, su historia «interna», en la que decae y se derrumba con la progresiva afirmación de las actuales democracias y Estados constitucionales de derecho; por otro, su historia «externa», aún lejos de concluir, en la que se ha ido progresivamente acentuando y absolutizando, hasta la culminación alcanzada en la primera mitad del siglo pasado con ocasión de las dos guerras mundiales.

² Véase a este respecto Ferrajoli (1995, pp. 7-8), según el cual: «es indudable que la noción de soberanía como *suprema potestas superiorem non recognoscens* se remonta al nacimiento de los grandes estados nacionales europeos y al correlativo derrumbe, en el umbral de la edad moderna, de la idea de un ordenamiento jurídico universal que la cultura medieval había heredado del romano. Hablar de soberanía y de sus vicisitudes históricas y teóricas significa, por tanto, hablar de las vicisitudes de esa particular formación político-jurídica que es el Estado-nación moderno, nacido en Europa hace algo más de cuatro siglos, exportado en este siglo a todo el planeta y ahora en sus años “crepusculares”» (la traducción y estas últimas comillas son mías).

³ Sobre este punto, véase de nuevo Kelsen (1989, p. VII, pp. 14-15).

⁴ El texto original de la cita es el siguiente: «*reliitto premoderno che è all'origine della modernità giuridica e insieme, con essa, virtualmente in contrasto*».

Por último, especialmente destacable aquí, es la tercera aporía identificada por Ferrajoli, que se aplica a la teoría del derecho y se refiere al desafortunado binomio «derecho» – «soberanía». Consiste, en definitiva, en una «antinomía» estructural e irreductible entre los dos conceptos del binomio en cuestión, que se declina tanto en el frente «interno», donde la soberanía choca inexorablemente con el modelo de Estado (constitucional) de derecho y, por definición, no puede conciliarse con su presupuesto garantista de «sometimiento de todos los poderes» a las limitaciones trazadas por la ley (es decir, el reverso conceptual de la idea de soberanía como poder absoluto), pero también del lado «externo», ya guarnecido, aunque con dificultad y al menos «sobre el papel», por el derecho internacional, ámbito en el que la soberanía estatal está (o al menos debería estar) fuertemente comprimida, debilitada, incluso resuelta⁵, dado el marco jurídico delineado por la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1945 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el que bien puede reconocerse «una constitución embrionaria del mundo» (Ferrajoli, 1995, p. 57).

Por tanto, en el plano de la teoría jurídica, puede compartirse la apreciación de que la soberanía es ahora «una categoría antijurídica»⁶. Si bien es cierto que esta antinomia se ha resuelto a favor del «derecho» en el panorama de los distintos derechos «internos» o estatales (en la medida en que, con el advenimiento de las democracias constitucionales actuales, el poder está sometido a la ley y el derecho, a través de los diversos niveles del sistema, se frena y regula a sí mismo), también lo es que se sigue asomando en el escenario jurídico internacional, determinando el predominio de la «soberanía estatal»⁷ en detrimento del derecho y de los derechos sancionados en los actos jurídicos internacionales antes mencionados.

En efecto, mientras que «[e]n el Estado de Derecho no hay, pues, soberano» (Ferrajoli, 1995, p. 44)⁸, historiándose así internamente la idea de soberanía, externamente este arduo pero deseable proceso está aún por realizar. Para llevar a cabo un atractivo proyecto de «constitucionalismo mundial» que dé efectividad a las cartas de derechos fundamentales, hasta ahora, en gran medida desatendidas, es necesario materializar aquella perspectiva que Kelsen ya esbozó a mediados del siglo pasado⁹, promoviendo además un papel crítico y normativo de la ciencia del derecho

⁵ Pudiéndose superar así, gracias a una ciencia del derecho (internacional) capaz finalmente de ejercer un papel «crítico-normativo» y planificador, esa «falacia realista» representada por el tan invocado «principio de eficacia» (Ferrajoli, 1995, p. 56).

⁶ Cf. Ferrajoli (1995, p. 43), según el cual la crisis de la soberanía «comienza precisamente, en su dimensión interna como externa, en el momento mismo en que entra en relación con el derecho, puesto que es la negación del derecho, así como el derecho es su negación. (...) Por eso la historia jurídica de la soberanía es la historia de una antinomia entre dos términos –derecho y soberanía– lógicamente incompatibles e históricamente enfrentados» / «*inizia per l'appunto, nella sua dimensione interna come in quella esterna, nel momento stesso in cui essa entra in rapporto con il diritto, dato che del diritto essa è la negazione, così come il diritto è la sua negazione. (...) Per questo la storia giuridica della sovranità è la storia di un'antinomia tra due termini – diritto e sovranità – logicamente incompatibili e storicamente in lotta tra loro*».

⁷ En particular, en forma de violaciones de los derechos fundamentales y de la paz perpetradas por los Estados y mediante la correspondiente falta de garantías adecuadas para remediarlas.

⁸ Del mismo modo, Zagrebelsky, en su célebre obra *Il diritto mite*, evoca una «constitución sin soberano» para referirse al hecho de que en los actuales Estados constitucionales de derecho se ha perdido un «centro» de referencia (Zagrebelsky, 1992, pp. 8-11).

⁹ Identificable con el firme contrapeso de la soberanía estatal mediante el establecimiento o fortalecimiento de un aparato de garantías jurisdiccionales capaz de proteger a los sujetos políticos y a los individuos contra las violaciones de la paz y de los derechos humanos. Véase Kelsen (1990, *passim*). Sobre la «remoción» del concepto de soberanía, entendida como «la revolución en la conciencia cultural que primero necesitamos», véase Kelsen (1989, p. 469).

(internacional), para que los juristas puedan dedicarse a rastrear antinomias y lagunas jurídicas y así planificar su superación¹⁰.

A los efectos de nuestro trabajo, abogamos por ir más allá del concepto de soberanía. Esta expresión, a lo sumo, se aplica para referirse al resultado de su desenmascaramiento o desvelamiento, es decir, para indicar «lo que el concepto oculta tras de sí». La soberanía como el «poder» que oculta¹¹. Así pues, puede utilizarse y entenderse en un sentido amplio y revelado, como *potestas* hoy difusa y repartida, para reflejar cualquier centro de poder que, por tanto, está investido de ella, o para subrayar la posible primacía espacial de un polo de gobernanza sobre los considerados en un determinado contexto institucional (sin que ello implique, de todas formas, que ese polo no reconozca poderes superiores a él).

En conclusión, tratando ahora de relacionar la «soberanía» con los procesos de «globalización»¹², cabe hacer una doble consideración: en su acepción «tradicional», ampliamente criticada aquí, como idea vinculada al auge del Estado-nación, que se encuentra en una condición de eterna crisis conceptual, resulta anticuada, perjudicial y poco útil para el mundo globalizado, en el que imperan la descentralización administrativa, los procesos de desregulación y, sobre todo, el «policentrismo» en la toma de decisiones, que opera a varios niveles y a menudo fuera de la habitual lógica jerárquica y vertical¹³. Además, concebida como no

¹⁰ «Es, pues, este constitucionalismo mundial el que se impone hoy a los juristas como horizonte axiológico de su trabajo. Esto significa, para la doctrina internacionalista, liberarse de aquella falacia realista del achatamiento del derecho al hecho que aún sigue pesando sobre ella bajo la forma del “principio de efectividad”, y asumir como tarea científica a la vez que política la crítica jurídica de los perfiles de invalidez e incompletitud del derecho vigente y el diseño de garantías del derecho futuro» / «È dunque questo costituzionalismo mondiale che oggi s’impone ai giuristi come orizzonte assiologico del loro lavoro. Ciò significa, per la dottrina internazionalistica, liberarsi da quella fallacia realistica dell’appiattimento del diritto sul fatto che continua tuttora a pesare su di essa sotto forma di “principio di effettività”, ed assumere come compito scientifico oltre che politico la critica giuridica dei profili d’invalidità e d’incompletezza del diritto vigente e la progettazione delle garanzie del diritto futuro» (Ferrajoli, 1995, pp. 57-58).

¹¹ En este sentido, se comparte la «postura» veinteañera ilustrada por Alfieri y atribuible a Foucault, descrita así: «El final del siglo XX creyó ser el primero en descubrir que la soberanía es una sombra y que el verdadero problema es el “poder”, del que la soberanía es una máscara. (...) No hay “soberano”, hay nuestra necesidad, en gran parte descifrada, de pensarlo, de imaginarlo, de construirlo. Casi tanto para ocultarnos a nosotros mismos que el poder es “nuestro” como que somos “del poder”» / «Il tardo Novecento ha creduto di aver scoperto per primo che la sovranità è un’ombra e che il vero problema è il “potere”, di cui la sovranità è una maschera. (...) Non c’è il “sovrano”, c’è il nostro bisogno, largamente indeciffrato, di pensarlo, di immaginarlo, di costruirlo. Quasi per nascondere a noi stessi tanto che il potere è “nostro” quanto che noi siamo “del potere”» (Alfieri, 2021, pp. 44-45).

¹² Para ofrecer una referencia semántica del término «globalización», véase el trabajo de Giannuli (2012, prólogo), que, sin embargo, circunscribe el fenómeno al periodo de transformaciones sociales, políticas y económicas que se inició en particular a principios de los años noventa. Desde el punto de vista de la definición, considero más adecuadas y, por tanto, preferibles, las aportaciones más «inclusivas» y «abiertas» de Crouch (2019, p. 7) y Della Porta (2021, pp. 12-13). El primero emplea la expresión en cuestión para describir el «desarrollo en buenas partes del planeta de relaciones económicas relativamente irrestrictas, pero este proceso tiene implicaciones sociales y políticas más amplias. Personas de diferentes culturas se encuentran unas junto a otras y los sistemas nacionales de gobernanza económica se ponen a prueba. La globalización va acompañada de perturbaciones de diversa índole –económicas, culturales y políticas– (...)» / «sviluppo in buone parte del pianeta di relazioni economiche relativamente senza restrizioni, ma questo processo comporta implicazioni sociali e politiche più ampie. Persone di diversa cultura vengono a trovarsi l’una accanto all’altra e i sistemi nazionali di governo dell’economia sono messi a dura prova. Sconvolgimenti di varia natura – economici, culturali e politici – accompagnano la globalizzazione (...)». El segundo autor, Della Porta, es partidario de una visión «discreta» de la globalización: la caracteriza como un proceso de «flujos y reflujos» alternados y recurrentes, y, por tanto, la considera un proceso «a largo plazo». Para una reflexión sobre filosofía y globalización cf. Marramao (2003). En cuanto a este fenómeno y su relación con la teoría jurídica, considérese respectivamente Beck (1998) y Twining (2000).

¹³ Así pues, los elementos de la realidad socio-jurídica y económica se comunican, interactúan e incluso pueden «modificarse mutuamente» con independencia de su ubicación en el sistema general, por

soberanía, es decir, como «poder desenmascarado», revelado, la idea es funcional para representar las «porciones» de poder que se distribuyen o se crean en la red de un mundo globalizado y, por tanto, también la primacía espacial «precaria» (en la medida en que susceptible de ser derrocada) que pueden ostentar en ella. Curiosamente, esta idoneidad, siempre que se llame al concepto por su nombre, se encuentra también en momentos (o fases) de «desglobalización» (*infra*), en los que asistimos a procesos de centralización del poder, de revigorización de los nacionalismos y de pérdida (o empobrecimiento) de las identidades colectivas supranacionales (como está ocurriendo con la denostada «identidad común europea»), en beneficio de los orgullos locales¹⁴. En este sentido, ahora parece cierto que la coyuntura actual integra una fase de este último tipo: es evidente el desfase perceptible entre los procesos reales en curso y las previsiones neoliberalistas asociadas a la idea de un mundo globalizado (Giannuli, 2012, párrs. 1-4), por ejemplo, porque la «decadencia» de los Estados nacionales se ha producido solo parcialmente, sin homogeneidad, y la devolución de soberanía (a saber, poder) a organismos supranacionales se ha producido solo en determinados contextos, como Europa, pero no en otros (considérese el lado oriental del mundo). Se observa que «la unificación de los mercados financieros y de las redes de telecomunicaciones no ha ido acompañada de una unificación política similar del mundo, al contrario, se ha producido un retroceso en este sentido» (Giannuli, 2012, párrs. 2.c.)¹⁵. Por no mencionar de nuevo la falta de eficacia que a menudo afecta a las instituciones jurídicas internacionales y a sus actos jurídicos fundacionales.

Además, cabe preguntarse por qué, habiendo alcanzado un cierto nivel de desarrollo económico, no se están produciendo «los procesos sociales, políticos y culturales que caracterizaron la experiencia europea primero y la norteamericana después» (Giannuli, 2012, párr. 4)¹⁶, al tiempo que se intuye la «fragilidad» de las prácticas de «trasplante» del modelo «fórmula mágica» para todos los países del mundo¹⁷. Otros señalan que «se está produciendo un choque épico entre la globalización y un nacionalismo resucitado», capaz de transformar «las identidades y los conflictos políticos en todo el mundo» (Crouch, 2019, p. 7) y, al mismo tiempo, advierten de que, para evitar una deriva caótica, solo es posible ejercer algún tipo de control «sobre un mundo caracterizado por una interdependencia cada vez mayor mediante el desarrollo de identidades democráticas e instituciones de gobernanza capaces de superar la dimensión del Estado-nación» (Crouch, 2019, p. 9)¹⁸.

ejemplo, cuando una costumbre o una práctica reglamentaria llegan a modificar con el tiempo la interpretación normativa de una disposición legal. Para profundizar en el tema del «policentrismo» y el «pluralismo jurídico», véanse Petersen y Zahle (1995), Hirvonen (1998), Teubner (1996) y Berman (2007).

¹⁴ Bajo el perfil jurídico, ya a partir de los primeros años del nuevo siglo la «delicada» relación entre derechos nacionales y normativas supranacionales, que puede incluso calificarse como «turbulenta», ha sido evidenciada e investigada por Losano (2005).

¹⁵ El texto original italiano es el siguiente: «*all'unificazione dei mercati finanziari e delle reti di telecomunicazione non ha corrisposto una analoga unificazione politica del Mondo, anzi, al contrario, si registra un regresso da questo punto di vista*».

¹⁶ En italiano: «*i processi sociali, politici e culturali che hanno caratterizzato l'esperienza europea prima e nord-americana dopo*».

¹⁷ En este sentido y con gran fuerza icástica, se afirma que: «El proyecto de globalización fue una carta que el Occidente envió al resto del Mundo, identificado como el "Occidente imperfecto" o rezagado. Esa carta fue devuelta al remitente y nos obliga a un profundo replanteamiento no solo de ese proyecto sino de las teorías en las que se basaba y de la propia idea de modernidad que lo sustentaba» / «*Il progetto di globalizzazione è stata una lettera che l'Occidente ha mandato al resto del Mondo, individuato come "Occidente imperfetto" o in ritardo. Quella lettera è stata respinta al mittente e ci obbliga ad un ripensamento profondo non solo di quel progetto ma delle teorie su cui esso si fondava e della stessa idea di modernità che era alla base*» (Giannuli, 2012, párr. 13).

¹⁸ En italiano los tres pasajes de Crouch se corresponden a: «*Uno scontro epico tra globalizzazione e un risuscitato nazionalismo*»; «*le identità e i conflitti politici in tutto il mondo*»; «*su un mondo caratterizzato*

Por ello, para equilibrar o corregir los desequilibrios generados por el proceso de globalización¹⁹, actualmente en crisis o «ralentizado»²⁰, es importante: superar el concepto de soberanía anclado en la idea de Estado-nación²¹, fortalecer las identidades supranacionales y las instituciones democráticas (así como las prácticas participativas), implementar las garantías que asisten a las instituciones jurídicas globales, para aumentar su eficacia y permitir la construcción de un horizonte mundial verdaderamente pacífico y respetuoso con los derechos fundamentales²².

Llegados a este punto, y de acuerdo con las intenciones explicitadas en la introducción, se plantea la cuestión de qué modelos teóricos, entre los ofrecidos por la literatura jurídica filosófica y sociológica, pueden explicar la actual distribución (o concentración) del poder y la realidad socio-jurídica tal y como aparece durante las fases alternas de los procesos de globalización. Como sugiere también el título de esta contribución, a continuación se tomarán en consideración los paradigmas de la «red» y de la «pirámide», con el fin de comprender si uno de ellos es preferible al otro (también desde una perspectiva axiológica, no solo descriptiva) o si ambos pueden asociarse, aunque con «distinta intensidad» y con las oportunas precisiones, al complejo escenario jurídico contemporáneo²³, que ya es instrumental para un mundo (que quisiera ser) fuertemente interdependiente y globalizado, pero que, al mismo tiempo, se sustenta en mecanismos frágiles y particulares.

3. «Red» y globalización

Para dar cuenta teóricamente de una serie de fenómenos y tendencias que caracterizan el proceso de globalización al menos en su (última) fase expansiva y más estimulante, en la que aún no se vislumbraban las criticidades antes señaladas, he optado por referirme a un modelo reticular particular, que, a continuación, se explicará e ilustrará.

Varios factores de cambio, al menos en las últimas décadas del siglo XX, han contribuido a crear una realidad más «generalizada» y «policéntrica». Sin pretender ser exhaustivos, entre ellos cabe citar: la creciente interdependencia de los mercados financieros y las economías a escala mundial, el correspondiente intento, aunque en gran medida infructuoso, de amalgamar culturas, acercar sociedades y desarrollar procesos de integración política. Asimismo, hay que mencionar la llamada sociedad de la información, la reducción del papel del Estado (aunque solo en algunos de los contextos más «virtuosos») y, a la inversa, el fortalecimiento de las entidades privadas

da un'interdipendenza sempre maggiore solo attraverso lo sviluppo di identità e istituzioni democratiche e di governo in grado di spingersi oltre la dimensione dello Stato-nazione».

¹⁹ De hecho, es necesario «reformular las apariencias que ha tomado este proceso» / «*rimodellare le sembianze che questo processo ha assunto*» (Crouch, 2019, p. 10), al tiempo que se defiende la globalización y se lucha contra los nuevos levantamientos del nacionalismo autoritario.

²⁰ Como ya se ha explicado, el enfoque ofrecido por Della Porta (2021, pp. 12-13) se considera razonable.

²¹ Donde en los Estados de derecho es a lo sumo la constitución la que es soberana (Zagrebelsky, 1992, pp. 8-11), entendida como un sistema de limitaciones y garantías erigido para proteger a los ciudadanos y a las instituciones contra el ejercicio arbitrario del poder. Sobre la necesidad de superar la categoría de «nación», como no íntimamente esencial al orden democrático, ya que no integra una comunidad que precede a la política, sino que representa su «producto contingente», véase Habermas (1999).

²² Sean del hombre o de la «Tierra». En apoyo de este horizonte deseable y urgente están los recientes trabajos de Ferrajoli, a los que nos remitimos, que pueden insertarse en el marco del «constitucionalismo global» (Ferrajoli, 2020; 2022).

²³ Con respecto a la «complejidad» del derecho contemporáneo, determinada por el pluralismo jurídico y el policentrismo de poderes y fuentes normativas, véase Pastore (2024, pp. 178-182) que incide sobre la existencia de un «derecho intrincado». El insigne autor propone una lectura del escenario jurídico actual en clave claramente reticular, apostando por la completa superación del modelo piramidal (Pastore, 2024, pp. 182-187). Mientras que en este artículo se sostiene la oportunidad de encontrar un equilibrio entre los dos paradigmas teóricos, tanto a nivel ilustrativo como orientativo (*infra*).

en la estructura extraestatal (empresas transnacionales, ONG, etc.), así como una mayor descentralización administrativa, también gracias a órganos de «gobernanza» territorialmente desubicados (piénsese en las «autoridades administrativas independientes» y en su capacidad de autorregulación), ráfagas de multiculturalismo en el seno de las formaciones estatales tradicionales y la «judicialización» de la política, que a veces se ha producido en algunas ramas del derecho inspirándose en un cierto iusrealismo empirista.

En mi opinión, la obra que mejor representa estas transformaciones es *la teoría dialéctica del derecho* de François Ost y Michel Van de Kerchove (2002), concebida por los dos autores belgas como un proyecto de refundación de la teoría general del derecho²⁴. Ellos evocan el paso figurado de la «pirámide» a la «red», calificando los primeros años del siglo actual de momento de transición, en primer lugar para describir los cambios que han afectado a la esfera del poder: de formas de ejercicio centradas en la autoridad (estatal), las jerarquías tradicionales y la verticalidad, se procede (o parece que se proceda) hacia modalidades consensuales, negociadas y horizontales –donde estas últimas serían las manifestaciones más «civilizadas», pero también las más complejas del poder–²⁵.

El paradigma teórico alternativo en cuestión, con su planteamiento reticular, puede ilustrarse en los siguientes elementos clave. En cuanto a sus «pilares fundacionales», relativiza los postulados de la soberanía y la racionalidad del legislador en favor de la «proporcionalidad» y la «subsidiariedad» como piedras angulares cada vez más fundamentales en los procesos de validación, interpretación y aplicación jurídicas. A diferencia del modelo piramidal (*infra*), los «valores» que inspiran esta teoría son la creatividad, la flexibilidad, el pluralismo y la «suavidad», entendida esta última como la propensión de los principios generales (a diferencia de las normas jurídicas clásicas) a permitir la «coexistencia» en concreto de posiciones valorativas diferentes, incluso diametralmente opuestas²⁶.

Además, este modelo reticular se basa en una dimensión relacional y cibernética, conectada con el pragmatismo de la comunicación y la intersubjetividad, y emplea otras expresiones metafóricas para describir su choque con los cánones jurídicos tradicionales. De hecho, pretende representar un «derecho líquido» o un «archipiélago de normas». En su construcción teórica, los dos autores retoman partes de una doctrina de fuentes presentadas en trabajos anteriores (Ost y Van de Kerchove, 1987; Van de Kerchove y Ost, 1988) e inspiradas en las peculiares imágenes de los «extraños anillos» y las «jerarquías enmarañadas»: con ellas, pretenden ofrecer un punto de vista diferente, para designar y poder comprender algunas nuevas dinámicas normativas, que se expresan en clave «horizontal-circular» y pueden observarse abarcando una dimensión «plana» (*flat*) de la realidad. Aplicando estas herramientas conceptuales al universo jurídico, por ejemplo, podría captarse una «jerarquía enmarañada» (o incluso «invertida») en la que un órgano

²⁴ Para explorar otras teorías con enfoque reticular, véase la teoría sociológica del «actor inmerso en la red», es decir, la conocida *Actor-Network-Theory* (Latour, 2005; 2011; Law, 1992; Law y Hassard, 1999; para algunos pródromos véase Callon y Latour, 1981). Asimismo, me remito a las lecturas reticulares de Cassese, especialmente sobre economía, mercados y globalización (Cassese, 1999; 2002; 2003), así como a las obras de Ferrarese (2000; 2006), dedicadas a la evolución jurídica en la sociedad transnacional que hace posible un «derecho sin fronteras». Sobre la red como modelo interpretativo en el derecho transnacional cf. Russo (2011).

²⁵ Los dos autores recuerdan el análisis de Ramonet (1999) y su *Geopolítica del caos*.

²⁶ En este sentido, solo los principios generales presupondrían una axiomática «fluida», la única capaz de producir la moderación recíproca, la «templanza» indispensable para las sociedades pluralistas y multiculturales. Obsérvese una fuerte asonancia entre la «suavidad», como precisada arriba, y el significado original de «dialéctica», es decir, lo que mantiene unidos, al tiempo que los distingue, términos opuestos y relacionados. Cf. Sommaggio (2012).

determinado, destinatario de una norma producida por una autoridad superior, está llamado a reconocerla o aplicarla y, en el curso de este *iter*, determina su destino, afectando a su validez, aplicación, modificación, ineficacia o «rechazo». Es evidente que tal eventualidad subvierte (o al menos ignora) los principios clave del procedimiento de atribución de «validez» de las normas jurídicas tal como fue concebido por el positivismo jurídico tradicional. Según los dos autores belgas, en efecto, la validez de la norma no solo existe en presencia de requisitos formales (competencia y procedimiento), sino también a la luz de condiciones «empíricas» y «axiológicas»²⁷.

Otro aspecto que caracteriza la concepción reticular de Ost y Van de Kerchove es el rasgo que también distingue su nomenclatura: la «dialéctica». Se concibe como un método que favorece la interacción de diferentes términos, haciendo hincapié en los puntos de contacto o de coincidencia que puedan estar presentes. De este modo, cada elemento, a través de un proceso de «interacción» y «mediación», propicia la transformación de los demás elementos implicados y se transforma a sí mismo. La dinámica descrita, informada por un movimiento de generación o transformación recíproca, permite identificar «soluciones intermedias» (entre términos opuestos dicotómicos) y, por lo tanto, puede contribuir bien a explicar la complejidad de la realidad socio-jurídica contemporánea. Según los dos autores, en efecto, la dialéctica evita la arriesgada tendencia a absolutizar (en el sentido de extremar, radicalizar) las posiciones «en juego» (Ost y Van De Kerchove, 2002, p. 37), favoreciendo en cambio su «encuentro mediador» y constructivo –de acuerdo con el criterio inspirador de la «suavidad» recordado más arriba, como coexistencia de valores diferentes, incluso opuestos–.

Casi como para concretar los últimos aspectos ahora descritos, dialéctica y suavidad, en su discurso con vocación reticular, Ost y Van de Kerchove formulan tres hipótesis que parecen conciliar «valoraciones intermedias» o «híbridas» respecto al paradigma piramidal tradicional (ilustrado en el próximo apartado), según las cuales: 1) el criterio de «jerarquía» se mantiene en cierta medida, aunque muestra varias limitaciones (incompletitud, discontinuidad) y, por tanto, se sustituye parcialmente por formas de coordinación y colaboración (también espacialmente atípicas, piénsese en los «extraños anillos» o las «jerarquías enmarañadas») entre los elementos normativos considerados; 2) la «linealidad» no desaparece por completo, sino que se relativiza fuertemente, teniendo que coexistir con momentos de «circularidad» (de nuevo, se aplican las herramientas conceptuales que acabamos de mencionar); 3) la «forma piramidal» pierde consistencia (aún si parece permanecer), ya que varias de las fuentes de derecho actuales no derivan de (y en este sentido no encuentran legitimidad en) un centro de poder único y soberano. A partir de estas observaciones hipotéticas, las características del «nuevo» universo jurídico quedarían bien representadas a través de la figura de la red.

Además, mientras que el «movimiento normativo» es hasta cierto punto limitado y siempre el mismo en el esquema piramidal, de modo que procede de arriba abajo, según una lógica descendente (*top-down*) típica de la «construcción escalonada» del ordenamiento jurídico (*infra*), en la red, cada centro, cada nodo de conexiones es (o puede ser) relevante en una perspectiva de intercambio e interacción horizontal e incluso ascendente (*bottom-up*). Por último, mientras que el concepto de «sistema», al que está anclada toda la tradición kelseniana, tiende a

²⁷ Por ello, el proceso de validación de normas se configura en términos «plurales» y «circulares» y conduce a normas legítimas en la medida en que en él se aprecian factores nuevos y distintos, procedentes tanto de abajo como de arriba de la trama jurídica y derivados de la incesante interacción de todos los «actores» realmente implicados. Cf. Van De Kerchove y Ost (1988, pp. 158-159; 1995, pp. 129-130).

implicar una definición de campo (en el sentido de que circunscribe inevitablemente su propia extensión), la red no implica ni requiere *a priori* un «cierre» o delimitación, por lo que podría incluso aspirar a trascender la finitud espacial.

En cualquier caso, dada la imposibilidad ontológica de encontrar modelos teóricos «puros» capaces de reflejar plenamente la realidad, Ost y Van de Kerchove reconocen que existen, en la práctica, tipos de redes «diversamente jerarquizados» y sistemas «más o menos abiertos». Esta observación, compatible, puede abrir la posibilidad de enuclear «modelos híbridos», potencialmente capaces, ante un esfuerzo conjunto, de ilustrar un mayor número de perfiles de la realidad jurídica contemporánea, tan compleja y heterogénea, y de reflejarla así con mayor verosimilitud (si no, también, de «orientarla» en términos prescriptivos, hacia un horizonte considerado deseable)²⁸. Según los dos autores belgas, no es casualidad que las recientes transformaciones acaecidas en el universo jurídico no requieran (y, por tanto, ni siquiera legitimen) un cambio radical de paradigma en la ciencia jurídica (un *paradigm shift*), sino que más bien exijan una «combinación» o «mezcla» de los aspectos más exitosos y eficaces, en términos representativo-explicativos, de los dos enfoques teóricos examinados en este artículo (Ost y Van De Kerchove, 2002, p. 37)²⁹. Asimismo, eso conlleva que los paradigmas de la pirámide y de la red, sin excluirse recíprocamente, al menos en cierta medida deban coexistir dialécticamente en el escenario de la teoría jurídica (Daldoss, 2024), hasta el punto de que se imagine y propicie su combinación en modelos híbridos.

A partir de esta consideración, tras recordar los perfiles que caracterizan la fase «decreciente» (o de fluctuación negativa) del proceso de globalización observable en las últimas décadas, en el siguiente apartado, se plantea la renovada capacidad explicativa del modelo piramidal respecto de muchos aspectos y dinámicas que caracterizan la vida de los sistemas jurídicos y, más en general, de la realidad socio-jurídica, así como su «instrumentalidad» en clave axiológica para fundamentar teóricamente y fortalecer las instituciones jurídicas globales en el plano de las garantías (y, por tanto, de la eficacia). Al mismo tiempo, se destaca la oportunidad de buscar una «interacción híbrida» entre los paradigmas de la red y de la pirámide.

4. «Pirámide» y desglobalización

Por lo que respecta al modelo piramidal, nos remitimos, en su mayor parte, al marco teórico ya explicado anteriormente sobre el tema de la «soberanía», que hunde sus raíces en el pensamiento de Kelsen³⁰ y se extiende hasta las elaboraciones más

²⁸ En este sentido, como se desprenderá del tenor de estas páginas, el horizonte deseable al que personalmente pretendo referirme es el del respeto planetario a los derechos fundamentales y a la paz, ya sea a través del modelo piramidal erigido por Kelsen y luego desarrollado por Ferrajoli con vistas a un constitucionalismo global o mediante la interacción funcional de este paradigma con el reticular más reciente, ante una «mezcla híbrida» de ambos.

²⁹ La (supuesta) transición de la pirámide a la red, aunque «gradual», por tanto, y no radical –de ahí que, en mi opinión, sería más apropiado hablar de una «coexistencia» de modelos teóricos, según una dinámica originalmente dialéctica, véase Daldoss (2024)– representa algunos cambios destacados, que se mencionarán a continuación: de la «legislación» a la «regulación» y del «gobierno» a la «gobernanza». La «regulación» integraría el nuevo mecanismo de producción jurídica: desvinculada de la centralidad de los preceptos del Estado soberano, favorece una ordenación más flexible, difusa, adaptable y a menudo negociada. La «gobernanza», estructuralmente funcional al modelo reticular, ofrece un lugar de aterrizaje conceptual para las dinámicas que pretenden encontrar un equilibrio entre las distintas fuentes de derecho y de poder, que compiten entre sí y, al mismo tiempo, se complementan. Ello permite que se produzcan fenómenos de «autorregulación», en el ámbito jurídico trazables, por ejemplo, a la gobernanza ejercida por las autoridades administrativas independientes y, en ocasiones, por los Tribunales Supremos que se encuentran en los distintos Estados. Véase Ost y Van De Kerchove (2002, pp. 26-27).

³⁰ Véase Kelsen (1952; 1967; 1989; 1990), Kelsen y Losano (2021).

recientes de Ferrajoli³¹, rastreables hasta el «constitucionalismo global». Para lo que aún no se ha representado aquí y merece ser recordado, procederemos en estas próximas páginas.

La hipótesis que queremos plantear, de carácter descriptivo, es que, en los momentos de crisis o en las fases de «decrecimiento» que acompañan a un proceso de globalización (que se convierte, por tanto, en «desglobalización»), la pirámide recobra fuerza icónica y vuelve a ser la principal referencia teórico-explicativa, en cierto modo también inspiradora, de la realidad de las instituciones políticas y jurídicas, especialmente de las estatales³².

Como se ha puesto de manifiesto en las últimas décadas (*supra*), una serie de procesos sociales, políticos, económicos, jurídicos y culturales han socavado en cierta medida, no sin consecuencias, el proceso de globalización tal como lo imaginaba el neoliberalismo. Se ha dado lugar, así, a una respuesta amarga (pero no necesariamente exacerbada) al mito de la «red global», a la valorización de los procesos de regulación espontáneos y atípicos (desde abajo hacia arriba, es decir, *bottom-up*) y al dogma de la interdependencia entre mercados, pueblos, identidades y culturas. En este sentido, cabe citar el debilitamiento de las identidades supranacionales y de los procesos de integración política, las crisis económico-financieras y el desempleo que conllevan, el extrañamiento «antropológico» de los individuos y de los trabajadores en un mundo cada vez más competitivo, despersonalizado y virtual, así como el renacimiento de los nacionalismos³³ y, por ende, del Estado-nación. Por último, siendo especialmente relevante para las teorías del derecho, se observa: un retorno preponderante a los criterios tradicionales de coherencia lógica, jerarquía y, por tanto, verticalidad (lo que implica un enfoque *top-down*) en la organización del sistema de fuentes del derecho; una considerable ineficacia de los mecanismos de control y sanción previstos a escala internacional contra las violaciones de los derechos fundamentales y de la paz; la reactivación de procesos centralizadores hacia un nuevo «monocentrismo»; una mayor «clausura» de los sistemas normativos y una producción jurídica según procedimientos estrictamente reglamentados. En este marco, resurge –por su valor tanto descriptivo como prescriptivo– la figura de la pirámide.

Quizás sea necesaria una aclaración. A pesar de la etiqueta que a menudo se atribuye al modelo piramidal, y si bien es cierto que se presta a representar la típica organización estatal de las fuentes del derecho, la «construcción escalonada» del ordenamiento jurídico (que precisamente debería elevarse a la cúspide del derecho

³¹ La teoría formal del derecho de Ferrajoli comenzó a esbozarse en 1970, en uno de sus primeros escritos, *Teoría axiomatizada del derecho*, para desarrollarse significativamente en 1989 en *Derecho y razón*, al menos en lo que concierne a las esferas garantista y penal, y finalmente realizarse plenamente en 2007 en *Principia iuris*, un monumental aparato teórico-conceptual construido por axiomas, definiciones, postulados y tesis derivadas. Debidamente tratado, gracias a una triple interpretación empírico-semántica, se transforma en su *Teoría de la democracia*, capaz de orientar prescriptivamente los Estados constitucionales de derecho y favorecer así la superación de las antinomias y lagunas que inevitablemente se forman en la nomodinámica de tales sistemas. Sobre la superación del concepto moderno de soberanía y el proyecto de una constitución global, de la «Tierra», véase Ferrajoli (1995; 2020; 2022).

³² Sin embargo, entendido en su sentido original y supranacional, el modelo teórico piramidal implica la existencia de un solo orden jurídico mundial (en el plano de la teoría jurídica) y debería favorecer la constitución (en el plano político, desgraciadamente todavía muy lejano) de lo que Kelsen denominó el Estado «federal» o «mundial».

³³ Les une, por ejemplo, la lucha contra los movimientos migratorios y la libre circulación de personas, las políticas restrictivas que reafirman el «mito» moderno de la soberanía estatal, la afirmación de las prerrogativas y poderes estatales en detrimento de las organizaciones internacionales y sus agentes de control, fomentando así los procesos de rearme, las violaciones de los derechos humanos y los comportamientos beligerantes.

internacional) y las tradicionales jerarquías verticales marcadas por la lógica y la coherencia, en las intenciones de Kelsen (y también hoy, de Ferrajoli), no actúan como baluarte del paradigma del Estado-nación y del concepto moderno de soberanía (como se ha señalado abundantemente más arriba). Por el contrario, se basan en el «repudio» del estatismo como concepción ideológica y en la «denuncia» de una legitimidad meramente «derivativa» de los Estados, en función de una soberanía exclusiva del orden internacional (tesis «monista») ³⁴, hoy identificado por las instituciones jurídicas globales. Todo ello para representar, en el plano de la teoría jurídica, «la unidad del sistema jurídico universal» / «*l'unità del sistema giuridico universale*» (Kelsen, 1967, p. 168) y propiciar, en el plano de la reflexión política, el (renovado) proyecto kantiano de pacificación universal mediante la unión de los pueblos.

Despejado el campo de posibles aporías y simplificaciones, las características de la «pirámide» como construcción teórica, en su versión más reciente elaborada por Ferrajoli, pueden representarse como sigue, aunque de forma extremadamente sintética y breve. El insigne jurista, para empezar, se ocupa de la «nomodinámica» que caracteriza los diversos planos normativos de los Estados constitucionales de derecho, gracias a la cual «el derecho se regula a sí mismo» y un mismo fenómeno normativo (como una ley) según la perspectiva que se adopte resulta un objeto de naturaleza diferente: es a la vez una norma que regula fenómenos (como procedimientos, actos, normas) que le están jerárquicamente subordinados y también un hecho que está regulado por los planos normativos superiores (como la constitución de un Estado) y debe ajustarse a ellos formalmente, pero sobre todo sustancialmente, para aspirar al estatuto de «norma válida». Esta dinámica de producción jurídica delinea la «construcción escalonada», por tanto piramidal, del ordenamiento jurídico, claramente inspirada en Kelsen, pero con perfiles divergentes de centralidad absoluta: Ferrajoli elabora la categoría del «vigor» para designar aquellas normas que, aun satisfaciendo las condiciones de legitimidad formal (competencia y procedimiento), violan con su propio significado normativo contenidos (y valores) sustanciales sancionados y protegidos por normas de rango superior.

Ello abre inevitablemente la existencia, hasta cierto punto fisiológica en los Estados con Constitución, de un «derecho ilegítimo», constituido por antinomias y lagunas normativas y determinado por la «brecha» entre las disposiciones (las promesas) constitucionales y la legislación ordinaria, entre el «deber ser» y el «ser» en el derecho. Una brecha que la ciencia jurídica, finalmente concebida en un sentido «crítico-normativo» y planificador, debería denunciar y ayudar a resolver (mediante la activación de una serie de garantías primarias y secundarias) ³⁵. La «coherencia lógica» y la «completitud», como precisa en la obra que da cuerpo a su teoría formal del derecho (Ferrajoli, 2007), son *principia iuris tantum*, principios extraídos de la lógica deóntica que no son propios del universo jurídico, pero en los que el derecho

³⁴ Cfr. Kelsen (1967, p. 154), donde considera que el derecho internacional y las diversas leyes estatales integran «un sistema unitario de normas» / «*un sistema unitario di norme*», afirmando al mismo tiempo la primacía del primero sobre las segundas (p. 163). Precisamente en la medida en que considera al Estado «un ordenamiento jurídico parcial derivado del Derecho internacional» / «*un ordinamento giuridico parziale derivato dal diritto internazionale*», designándolo como «un órgano de la comunidad jurídica internacional» / «*organo della comunità giuridica internazionale*» (p. 166), aboga por la superación, en el plano político, fáctico y organizativo, del «dogma de la soberanía estatal» / «*Il dogma della sovranità dello stato*» (p. 159), cuya «disolución teórica» / «*dissoluzione teoretica*» (p. 168) ya ha sido alcanzada y es señalada por Kelsen como uno de los resultados más destacados de su doctrina pura del derecho.

³⁵ Un discurso parecido, con respecto al papel de los juristas y en relación con el derecho internacional, es el pronunciado por Ferrajoli cuando afirma que es necesario «recuperar la dimensión normativa y axiológica de la ciencia jurídica internacional que era propia de Vitoria y Kant» / «*recuperare la dimensione normativa e assiologica della scienza giuridica internazionale che fu propria di Vitoria e di Kant*», véase Ferrajoli (1995, pp. 55-59).

debería inspirarse, precisamente para expurgar (o al menos contener) el mencionado índice de ilegitimidad jurídica.

Su teoría del derecho, que integra un rico aparato conceptual, es formal en el sentido de que está construida íntegramente con el «método axiomático», con el fin de eliminar (o al menos circunscribir) la ambigüedad estructural del lenguaje jurídico, caracterizada por la vaguedad y la imprecisión terminológica, pero también para permitir evaluaciones *ex post* en cuanto a la capacidad de los enunciados normativos de afirmarse lógicamente y en pos de favorecer mecanismos analíticos de control y diseño de la política normativa. En definitiva, Ferrajoli ofrece una reconstrucción rigurosa del léxico de la ciencia jurídica mediante la «formalización» del lenguaje técnico-jurídico. Además, su teoría jurídica es formal, primero, porque estudia la «forma extrínseca» del derecho, sin considerar los valores ético-políticos que pueda contener la disposición jurídica (de ello se encarga, en cambio, su «teoría de la democracia»)³⁶, y, segundo, porque elabora definiciones que ilustran conceptos «en abstracto», sin especificar qué significan (o qué contenido tienen) en concreto para un ordenamiento jurídico determinado. Es a través de una «triple interpretación empírico-semántica», ofrecida por distintos enfoques del estudio del derecho, que la teoría formal del derecho se convierte en una «teoría de la democracia», es decir, en un «paradigma normativo» capaz de orientar prescriptivamente las democracias constitucionales actuales.

Gracias a ella, las eventuales «brechas deónticas» (las lagunas contingentes) entre el «ser» y el «deber ser» del derecho, en el derecho y de derecho, pueden ser rastreadas y puestas de relieve por la ciencia jurídica, con vistas a su progresiva superación.

Es tangible cómo, en el modelo teórico aquí examinado, la «jerarquía» (de las fuentes del derecho) en sentido «tradicional-vertical», la tendencia *top-down* que se observa en los mecanismos de producción jurídica, y los principios de estricta «coherencia lógica» y «completitud» que deben inspirar las relaciones entre los distintos niveles normativos son piedras angulares fundamentales. En mi opinión, junto con el modelo piramidal del que forman parte, son perfiles que vuelven a reflejar eficazmente las dinámicas y los procesos que caracterizan la realidad socio-jurídica de los últimos quince años, según una valoración que, sin embargo, no excluye a la «red», aunque ésta haya «perdido representatividad», especialmente ante los acontecimientos adversos que han afectado a los mecanismos de interdependencia global. Además, como se explicará más adelante en las conclusiones, en términos más «axiológicos» que descriptivos, razonando respecto a un horizonte deseable, parece oportuno preferir el modelo piramidal, por ser el instrumento más idóneo para inspirar, aproximar y salvaguardar ese horizonte de pacificación universal y garantista, más urgente que nunca, que solo puede asegurarse mediante el fortalecimiento de las instituciones jurídicas globales y la protección firme de los niveles normativos más elevados³⁷ dentro de todo ordenamiento jurídico.

5. Conclusiones

Considerando el fenómeno de la globalización en términos «dinámicos» —en el sentido de que está sujeto a fluctuaciones de dirección y magnitud variables y sus momentos de «crisis», a menudo etiquetados como desglobalización, pueden

³⁶ Como ya he aclarado en la nota 31, a la que me remito.

³⁷ A saber, los que suelen incorporar y reconocer los derechos y libertades fundamentales.

entenderse como la cara negativa o «menguante» de un proceso de larga duración³⁸ que como tal también puede recuperarse o mejorar³⁹—, creo que los dos modelos teóricos aquí considerados pueden desempeñar una adecuada función representativa de los procesos socioeconómicos y normativos actuales. Tendrá mayor prevalencia ahora uno, ahora el otro, según que el ritmo de «interdependencia global» (determinado en gran medida, pero no solo, por los fenómenos de globalización económica)⁴⁰ sea más o menos elevado en la concreta y específica coyuntura histórico-temporal considerada.

Por consiguiente, en pleno auge del mercado único mundial y de la interconexión funcional de los agentes económicos, políticos y sociales (aunque con todas las deficiencias o cuellos de botella que se han señalado desde hace tiempo, en cuanto a la circulación del modelo euroamericano de democracia liberal, los desequilibrios sociales relacionados con la falta de convergencia de los pueblos, etc.), el paradigma de la red, considero, puede desplegar una mayor fuerza icástica. Así es porque describe el policentrismo administrativo (de los múltiples «nodos» de gobernanza), la descentralización respecto al fulcro de poder históricamente representado por el Estado, y las múltiples conexiones que pueden observarse horizontalmente entre los diversos «actores», individuales y colectivos, que operan e interactúan en la perspectiva de una red global.

Por otra parte, en un momento como el actual, en el que asistimos al resurgimiento del nacionalismo y de los orgullos locales, y en el que los Estados, en lugar de delegar competencias y abdicar del concepto de soberanía, reivindican a menudo prerrogativas heterogéneas, reclaman fronteras, centralidad, poderes exclusivos y llevan a cabo políticas «propietarias» y beligerantes (tolerando difícilmente en el propio ámbito la supuesta «injerencia» de las instituciones jurídicas internacionales), el modelo piramidal, a pesar de su estructural vocación planetaria, redescubre una notable eficacia representativa. Ello se debe a que ilustra excelentemente una jerarquía de las fuentes del derecho en sentido «tradicional-vertical», capaz de adaptarse muy bien a la típica configuración estatal, a que postula como fundamental la categoría jurídica de «validez»⁴¹ y a que refleja mejor la lógica típica del Estado-nación, generalmente inspirada en el monocentrismo político-administrativo.

³⁸ En este sentido, como se ha señalado anteriormente, es relevante el marco ofrecido por Della Porta (2021, pp. 12-13), defensor de una visión «discreta» de la globalización, según la cual ésta se caracterizaría por alternar flujos y reflujos, siendo un proceso a largo plazo.

³⁹ Con las correcciones adecuadas que se hayan podido hacer o producir espontáneamente a nivel social, político, cultural, normativo y económico.

⁴⁰ El progresivo «abandono» o superación del concepto de «soberanía» en sentido moderno, íntimamente ligado a la esencia del Estado-nación, facilitaría una interconexión político-normativa planetaria. Y ello porque tal noción integra una triple aporía, en los planos político, filosófico-jurídico y teórico-jurídico (Ferrajoli, 1995, pp. 8-9), que actúa como obstáculo (casi) insalvable para el progreso de (y hacia) un constitucionalismo global. Tal eventualidad, la resolución del concepto en cuestión, conduciría a un fortalecimiento de las instituciones jurídicas globales (léase en primer lugar la ONU, pero sin olvidar el papel creciente ejercido por una jurisprudencia con «vocación universal» ya que se funda en el respeto y la protección de los derechos fundamentales del hombre y del planeta —en esta perspectiva podemos imaginar una «jurisdicción universal» en la cúspide de una pirámide global, más que un poder legislativo en el sentido tradicional o una asamblea constituyente—). Adoptar el enfoque «monista» ya propuesto y defendido por Kelsen desde la década de 1920 (*supra*), a favor de un único orden jurídico unitario, fortalecería sin duda ese orden global descrito por Bauman, es decir, «un orden consensuado y plausiblemente sostenible de coexistencia pacífica a escala planetaria, la Carta de las Naciones Unidas» / «*un ordine consensuale e plausibilmente sostenibile di coesistenza pacifica su scala planetaria, lo Statuto dell'ONU*» (Bauman, 2019, p. 11).

⁴¹ En detrimento de los procesos normativos espontáneos de abajo arriba (*bottom-up*) y favoreciendo así los métodos habituales de producción jurídica estatal de arriba abajo (*top-down*).

En el plano axiológico de los horizontes deseables, queda por hacer una consideración. Retomando la idea (de matriz kelseniana) de un solo orden jurídico global⁴², que nos gustaría ver inspirado en «el arte de la mutua convivencia» del que habla Bauman –el legado más importante que Europa puede dejar a un mundo interdependiente y globalizado para que pueda aspirar a realizar ese ideal kantiano de unificación del género humano y de paz universal (Bauman, 2019, pp. 17-18)–, en mi opinión, a lo largo de todo el transcurso del proceso de globalización (y, por tanto, con independencia de sus «fluctuaciones») permanece como marco y así se vislumbra transversalmente, en las mallas de las múltiples estructuras de red existentes, al menos un fondo piramidal. En cuyo vértice, o en su nodo reticular preeminente (si queremos convertir en «híbrida» la referencia visual de que disponemos), bien deberían residir la legislación y la jurisdicción «universales», encargadas de la protección de la paz y de los derechos fundamentales.

Bibliografía

- Alfieri, L. (2021). *L'ombra della sovranità. Da Hobbes a Canetti e ritorno*. Treccani.
- Bauman, Z. (2019). *Oltre le nazioni. L'Europa tra sovranità e solidarietà*. Laterza.
- Beck, U. (1998). *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*. Paidós.
- Berman, P. S. (2007). Global Legal Pluralism. *Southern California Law Review*, 80, 1155-1238.
- Callon, M. y Latour, B. (1981). Unscrewing the big Leviathan: How actors macrostructure reality and how sociologists help them to do so. En K. Knorr-Cetina y A. V. Cicourel (Eds.), *Advances in Social Theory and Methodology: Toward and Integration of Micro- and Macro-Sociologies* (pp. 277-303). Routledge and Kegan Paul.
- Cassese, S. (1999). Gli Stati nella rete internazionale dei poteri pubblici. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 49(2), 321-330.
- Cassese, S. (2002). *La crisi dello Stato*. Laterza.
- Cassese, S. (2003). *Lo spazio giuridico globale*. Laterza.
- Crouch, C. (2019). *Identità perdute. Globalizzazione e nazionalismo*. Laterza.
- Daldoss, I. (2024). Piramide e rete nella scienza giuridica: tra cambi di paradigma e compresenza dialettica. *Sociologia del diritto*, 51(2). <https://doi.org/10.54103/1972-5760/27492>
- Della Porta, F. (2021). *Una breve storia della globalizzazione*. Ronzani.
- Ferrajoli, L. (1970). *Teoria assiomatica del diritto: parte generale*. Giuffrè.
- Ferrajoli, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (1995). *La sovranità nel mondo moderno. Nascita e crisi dello Stato nazionale*. Anabasi.
- Ferrajoli, L. (2007). *Principia iuris: teoria del diritto e della democrazia*. Laterza.
- Ferrajoli, L. (2020). Per una Costituzione della Terra. *Teoria politica. Nuova serie Annali*, 10, 39-57.
- Ferrajoli, L. (2022). *Per una Costituzione della Terra. L'umanità al bivio*. Feltrinelli.
- Ferrarese, M. R. (2000). *Le istituzioni della globalizzazione. Diritto e diritti nella società transnazionale*. Il Mulino.
- Ferrarese, M. R. (2006). *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*. Laterza.
- Giannuli, A. (2012, 30 de noviembre). Appunti per una discussione su Modernità, Modernizzazione, Globalizzazione. *AldoGiannuli*. <https://aldogiannuli.it/appunti-per-una-discussione-su-modernita-modernizzazione-globalizzazione/>

⁴² Presumiblemente, pero no necesariamente solo, contruidos en «grados», lo que supone un cierto alejamiento de la tradición formalista y, por tanto, una transformación parcial de la idea geométrica de Kelsen y Ferrajoli.

- Habermas, J. (1999). *La costellazione postnazionale: mercato globale, nazioni e democrazia*. Feltrinelli.
- Hirvonen, A. (Ed.). (1998). *Polycentricity: The Multiple Scenes of Law*. Pluto Press.
- Kelsen, H. (1952). *Teoria generale del diritto e dello stato* (S. Cotta & G. Treves, Trads.). Edizioni di Comunità. (Trabajo original publicado en 1945).
- Kelsen, H. (1967). *Lineamenti di dottrina pura del diritto* (R. Treves, Pref. y Trad.). Einaudi. (Trabajo original publicado en 1934).
- Kelsen, H. (1989). *Il problema della sovranità e la teoria del diritto internazionale: contributo per una dottrina pura del diritto* (A. Carrino, Pres. y Trad.). Giuffrè. (Trabajo original publicado en 1920).
- Kelsen, H. (1990). *La pace attraverso il diritto* (L. Ciaurro, Nota introd. y Trad.). Giappichelli. (Trabajo original publicado en 1944).
- Kelsen, H. y Losano, M. G. (2021). *La dottrina pura del diritto* (M. G. Losano, Ensayo introd. y Trad.). Einaudi. (Trabajo original publicado en 1960).
- Latour, B. (2005). *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford University Press.
- Latour, B. (2011). Networks, Societies, Spheres: Reflections of an Actor-Network Theorist. *International Journal of Communication*, 5, 796-810.
- Law, J. (1992). Notes on the Theory of the Actor-Network: Ordering, Strategy, and Heterogeneity. *Systems practice*, 5(4), 379-393.
- Law, J. y Hassard, J. (1999). *Actor Network Theory and After*. Wiley-Blackwell.
- Losano, M. G. (2005). Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali. *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 82(3), 403-430.
- Marramao, G. (2003). *Passaggio a Occidente. Filosofia e globalizzazione*. Bollati Boringhieri.
- Ost, F. y Van de Kerchove, M. (1987). *Jalons pour une théorie critique du droit*. Presses Universitaires Saint-Louis.
- Ost, F. y Van de Kerchove, M. (2002). *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*. Presses universitaires Saint-Louis.
- Pastore, B. (2024). Complessità della rete e soft law. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 74(288), 175-200. <https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2024.288.87586>
- Petersen, H. y Zahle, H. (Eds.). (1995). *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*. Dartmouth.
- Quaglion, D. (2004). *La sovranità*. Laterza.
- Ramonet, I. (1999). *Géopolitique du chaos*. Gallimard.
- Russo, A. M. (2011). La "rete" come paradigma interpretativo nel diritto transnazionale: implicazioni giuridiche di concetti polisemici. *Panóptica*, 6, 91-111.
- Sommaggio, P. (2012). *Contraddittorio Giudizio Mediazione. La danza del demone mediano*. FrancoAngeli.
- Teubner, G. (1996). Global Bukowina: Legal Pluralism in the World-Society. En G. Teubner (Ed.), *Global Law without a State* (3-28). Dartmouth. <https://ssrn.com/abstract=896478>
- Twining, W. (2000). *Globalisation and Legal Theory*. Butterworths.
- Van de Kerchove, M. y Ost, F. (1988). *Le système juridique entre ordre et désordre*. Presses universitaires de France.
- Van de Kerchove, M. y Ost, F. (1995). *Il diritto ovvero i paradossi del gioco* (Trad. S. Andriani y G. Lucidi). Giuffrè. (Trabajo original publicado en 1992).
- Zagrebelsky, G. (1992). *Il diritto mite*. Einaudi.

Self-reference in International Law

La autoreferencia en el Derecho Internacional

Pablo Zapatero

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-0495-1183

pablozm@der-pu.uc3m.es

Cita recomendada:

Zapatero, P. (2025). Self-reference in International Law. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 48-92.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9844>

Recibido / received: 29/07/2025
Aceptado / accepted: 16/09/2025

Resumen

La autorreferencia permea el derecho internacional. Los regímenes basados en tratados –las formas más sólidas de autoridad internacional– suelen coexistir, exhibiendo patrones de pluralismo jurídico. Como construcciones autorreferenciales, los regímenes especiales operan como subsistemas abiertos del derecho internacional que gestionan la incorporación de otras normas y decisiones internacionales. Su autonomía relativa encarna la lógica del funcionalismo intergubernamental. En ausencia de órganos o procedimientos generales para su integración, esta situación permite crear perspectivas jurídicas internacionales igualmente válidas –aunque potencialmente divergentes– sobre cuestiones y casos. A pesar de las interpretaciones armonizadoras (i.e., la denominada integración sistémica) por parte de los órganos de los tratados, avanzar la consistencia jurídica internacional, o equilibrar eficazmente los bienes y valores públicos globales, sigue siendo un significativo desafío colectivo. La competencia y el arbitraje normativo resultantes de los regímenes basados en tratados lo ilustran con claridad, revelando las limitaciones de la falta de integración procedimental general representa para el Estado de derecho moderno.

Palabras clave

Autoreferencia, régimen de autonomía, incorporación, apertura, pluralismo legal internacional, arbitraje regulatorio.

Abstract

Self-reference pervades international law. Treaty-based regimes –the most robust forms of international authority– typically coexist, exhibiting patterns of legal pluralism. As self-referential constructs, special regimes operate as open subsystems of international law that manage the incorporation of other international rules and decisions. Their relative autonomy embodies the logic of intergovernmental functionalism. In the absence of general organs or procedures for their integration, this situation enables equally valid –yet potentially divergent– international legal perspectives. Despite harmonizing interpretations (i.e., so-called systemic



integration) by treaty bodies, achieving a measure of consistency, or effectively balancing global public goods and values, remains a significant collective challenge. This is further illustrated by regulatory competition and arbitration arising from treaty forms, underscoring the difficulties that the absence of general procedural integration poses for the modern rule of law.

Keywords

Self-reference, regime autonomy, incorporation, openness, international legal pluralism, regulatory arbitration.

SUMMARY. 1. Analytical legal pluralism. 2. The horizontality and relative autonomy of regimes. 3. Variable degrees of openness. 4. A kaleidoscope of legal perspectives. 5. Inventory of 'international jurisdictions'. 6. The elusiveness of international jurisdiction. 7. Such a thing as general international legislation. 8. The hard case of treaty-led regulatory arbitration.

1. Analytical legal pluralism

Self-reference has long occupied a central place in legal theory, raising foundational questions about the authority and limits of legal systems.¹ As H.L.A. Hart famously observed, every legal system must ultimately provide its own criteria of validity, leading to a situation in which the system is, to some extent, both the source and the subject of its own rules (Hart, 1961, pp. 94–96). This paradox –whereby law authorizes itself– becomes particularly acute in the context of international law, since it lacks the general organs and procedures necessary to ensure its formal validity within domestic legal systems. Furthermore, its current layers of institutionalization (*international institutional law*), primarily structured through the treaty form, are not subject to any meaningful general procedural integration.² As a result, international law constitutes a procedurally non-integrated plurality of self-referential international authorities. This condition stands in fundamental tension with modern conceptions of the rule of law and,³ arguably, with the interests and legitimacy of the international community as a whole.⁴

On a related but distinct note, by sustaining a narrative of systemic unity in international law, the «integrated» among public jurists –in Eco's sense⁵– have perpetuated the mantra of two systems: domestic law and international law, with the former conceived as incorporating the latter. Accordingly, it falls to domestic legal systems to determine the conditions under which international law as a whole acquires binding force within them. In other words, each domestic legal system defines its own criteria for the reception –and thus *incorporation*– of international rules and decisions. In this context, domestic legal systems incorporate international law on their own

¹ Examining logical objections to self-referring laws and arguing against their wholesale rejection, using constitutional examples, see also Hart (1983), as well as the different position of Alf Ross (1969). For analysis see, in particular, Suber (1990, 1999) and Sauca (2001).

² See e.g. Klabbers, (2008, pp. 1–23 and 13–14) (various laws (legal orders) of international organizations, but no such thing as a coherent body of international institutional law).

³ In this context, the integrity and effectiveness of a legal system depend on the enactment of well-crafted general legislation. For a comprehensive analysis see Zapatero (2019).

⁴ For the procedural conceptions of the rule of law see Laporta (2007) and Tamanaha (2004). For approaches incorporating substantive values –such as fundamental rights– see Díaz (1966) and Bingham (2010).

⁵ The popular culture surrounding international law is largely produced by the integrated jurists themselves—an evolution that calls for analysis through the lens of cultural studies, in line with Eco's distinction between the apocalyptic and the integrated. See Eco (1994) and the insightful comments of the editor Robert Lumley, at pp. 1–25 ('Introduction').

terms, with state organs conveniently performing enforcement functions through the so-called *dédoulement fonctionnel*, or *role splitting*.⁶

Against this backdrop, the reception of international law emerged as a salient concern in the twentieth century, particularly as global interdependence deepened in the aftermath of the First World War (1914–1918). The formal incorporation of international law into domestic legal systems was increasingly presented as a logical means of rendering international commitments credible and enforceable. Yet, even in the first quarter of the twentieth century, it was already apparent that the mere recognition by states, at the international level, of treaties and customary law as binding was insufficient. Diplomatic declarations and the signatures of plenipotentiaries no longer sufficed to domestically manage the growing complexity and scope of treaty-based commitments.

Consequently, the process of incorporating international law into domestic law gained momentum, ostensibly aiming to foster greater uniformity in the enforcement of international rules and decisions by state organs. By binding state organs to the mast of international law –analogous to Ulysses securing himself against the Sirens’ call– public administration and domestic courts were, at least in normative terms, rendered better able to resist parochial pressures and thus fulfil international commitments.⁷

In brief, after the Second World War, policymakers and state lawyers across nations succeeded in mainstreaming the idea of *incorporating* international law into domestic law through formal rules, procedures and practices, thus *de facto* overcoming the doctrinal debates on monism or dualism in favour of the latter.⁸ As a result, today all domestic legal systems contain a set of *relational rules* (and concomitant procedures and practices) that give form –*à la carte*– to the incorporation of international law into domestic law. As needs have arisen, these relational rules have become increasingly structured (and refined) to administer the relationship with international law. Even today, however, there is no general international legislation defining the conditions for such a process of incorporation into domestic legal systems.

Nonetheless, the edifice of dualism is grounded on the conventional recognition that, for centuries –and particularly since Jeremy Bentham coined the term *international law* in 1789⁹– two basic and closely related legal orders have existed: the domestic and the international. The former governs the domestic political community constituted by individual states, while the latter regulates the international political community composed of those very states. In other words, on one side lies the community of states conceived as modern tribes; on the other, the tribes themselves;

⁶ The theory of *dédoulement fonctionnel* elaborated by George Scelle posits that, in the absence of dedicated international organs, state officials and institutions perform a dual role: they act both as agents of their national legal order and as functionaries of the international legal order. This ‘role-splitting’ mechanism allows domestic organs to implement international legal rules, thereby compensating for the institutional deficits of international law. See Scelle (1932, pp. 43, 54–56, 217; 1934, pp. 10, 319, 450; 1956, pp. 324–342).

⁷ This binding of state organs to international law can be understood as a form of precommitment, akin to Ulysses binding himself to the mast to resist the Sirens’ call—a classic metaphor for rational self-constraint against future pressures or preference shifts. See Elster (1979).

⁸ For a fine overview of the debates, see (d’Aspremont, 2018, last modified 27 June).

⁹ Jeremy Bentham, in his *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* –completed in 1780 but published in 1789– introduced the term ‘international law’ to designate matters ‘between nation and nation,’ describing it as ‘a new though not inexpressive appellation.’ Its novelty lay both in the adjective ‘international’ and in its association with jurisprudence. In the 1823 edition, Bentham explicitly asserted authorship of the term, noting its subsequent adoption and expansion. See Bentham (1823, vol. 2, pp. 260–261).

and, in between, humanity –and with it the human condition– whose interests are, more often than not, lost in translation.

Turning from the critical philosophical and moral dimensions of these social constructs to their doctrinal development, dualism –though theorized in the nineteenth century by scholars such as Triepel and Anzilotti (Triepel, 1899; Anzilotti, 1923)– became particularly entrenched in practice during the mid-twentieth century.

During this period, states increasingly adopted detailed relational rules to structure the interface between domestic and international law, largely in response to the growing reliance on the treaty form as the principal instrument of inter-state coordination across multiple domains.

Consequently, with the rise of treaty-based regimes –and the concomitant construction of new forms of international public authority– states' alignment of domestic with international law has come to include not only treaty provisions but also an expanding body of international rules and decisions adopted by treaty organs. As a result, the once distinct domains of domestic and international law are increasingly overlaid by a densely populated environment of public law forms:

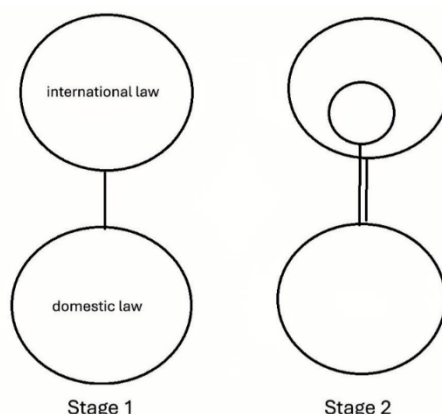


Figure 1: from dualism to pluralism

In this way, a sub-process emerged within international law itself –anchored in treaty lawmaking– that would, in time, reshape the relationship between domestic and international law and, by extension, the paradigm of dualism. This development gave rise to a new reality of international institutional law, gradually opening the door to international legal pluralism. Contemporary international law now consists of a general regime –i.e. general international law– alongside a diverse array of special treaty-based regimes –i.e. ‘special regimes’– which, structured around specific subject-matter domains, typically reflect the logic of intergovernmental functionalism.¹⁰ As a result, the exercise of public law in today’s interdependent world unfolds within a more complex environment comprising three distinct bodies of public law, each with its own structural features:

1. The traditional *general regime of international law*, which is primarily custom-based, codified and progressively developed through multilateral treaties;

¹⁰ For a comprehensive treatment of functionalism as the paradigmatic conception of international institutional law –including its historical development, foundational premises, and a critical assessment of its limitations– see Klabbbers (2015); and for a further elaboration on its shortcomings, see Klabbbers (2016).

2. The *special regimes of international law*, which are self-referentially constructed and administered, primarily on the basis of their respective treaty provisions;
3. The *domestic legal systems* of states, which are likewise self-referentially constructed and administered, primarily on the basis of their respective constitutional texts.

The defining characteristic of this scenario is the dynamic interaction among these bodies of public law, each influencing and being influenced by the others in a continuous feedback loop that collectively –and often elusively– serves to define ordinary legality. As a result, the original dual interplay (1) between domestic legal systems and ‘international law as a whole’ has now been transcended by a far more complex and plural set of interactions: (2) between special regimes of international law and domestic law (e.g. EU law and the domestic law of EU Member States); (3) among the special regimes themselves (e.g. WTO law and ILO law, or EU law and multilateral environmental agreements); and, last but not least, (4) between each special regime and the general regime of international law:

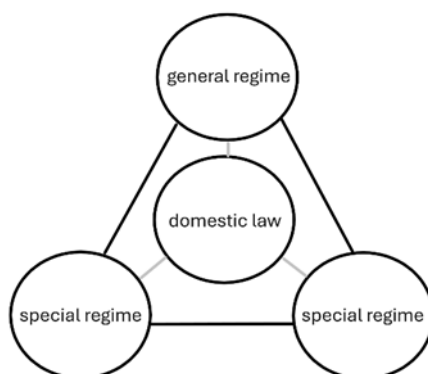


Figure 2: a more crowded legal environment

In turn, this development has led to the emergence of a fundamentally relational paradigm, in which the *new normal* consists of domestic legal systems and special regimes, each ultimately incorporating rules both from the general regime of international law and from other special regimes. This process manifests itself in at least four principal forms of incorporation:

1. The incorporation of the rules and decisions of general international law into domestic law;
2. The incorporation of the rules and decisions of certain qualified special treaty-based regimes into domestic law (e.g. EU law into the domestic law of EU Member States);
3. The incorporation of the rules and decisions of the general regime of international law into special treaty-based regimes; and
4. The incorporation of the rules and decisions of special treaty-based regimes into one another.

In essence, the conventional conception of dualism –and with it the simplified notion of a unitary, one-way process of incorporation– that emerged in the first half of the twentieth century, when international law was largely flat in terms of special secondary rules, has given way to the mainstream acceptance of international legal pluralism as the prevailing condition of ordinary legality. As a result, the relationship between the legal systems of states (domestic law) and international law as a whole –

and thus the incorporation of the latter into the former— is no longer the only relevant interplay. Significant differences may arise in how domestic legal systems incorporate both general international law (i.e., the general regime of international law) and the plurality of special treaty-based regimes.

At the same time, a similar phenomenon occurs within the normative systems established by treaty-based regimes themselves: each such regime operates under its own distinct legal conditions, and thus incorporates both general international law and the law of other special regimes through its institutional procedures for adopting international rules and decisions. By their very existence as public law forms, treaty-based regimes self-referentially incorporate rules of the general regime of international law as well as those of other special regimes. They do so in much the same way that domestic legal systems incorporate rules of the general regime of international law and, in certain cases, the law of special regimes—that is, by following their own relational rules, procedures, and practices of incorporation.

In establishing a wide variety of treaty-based regimes, states have expanded and greatly transformed the Westphalian landscape (see Grewe, 2000).¹¹ By employing treaty law in all its myriad forms, the possibilities for innovation in public law have become virtually limitless.¹² In this way, traditional international organizations represent only the most formal manifestation of the diverse array of structures that treaty-based regimes can produce.¹³ Structured as unities of primary and secondary rules (see Hart, 1961, chapter V), their secondary rules of adjudication and change are capable of self-referential construction and adaptation, and thus foster their relative autonomy. Drawing on these regime-building practices, the potential for certain treaty-based regimes to evolve into sophisticated (international) legal systems is best exemplified by the ongoing process of European integration.¹⁴

Indeed, the emergence of treaty-based regimes as a form of public law constitutes a critical development—and a significant challenge—for understanding the rule of law in its foundational, procedural form. By giving concrete form and structure to the exercise of international authority, and thereby generating a plurality of such authorities, each of these entities is called upon to relate to its counterparts in systemic terms. How this is to be achieved, however, in the absence of general international organs and procedures, and thus general international legislation designed for that

¹¹ For an analysis of the development of the state, see in particular, van Creveld (1999: chapter 2). While the classical narrative emphasizes the centrality of the state and the Westphalian order, critical and intellectual histories highlight the evolving role of jurists and legal imagination in shaping international law. See Koskeniemi (2021 and 2002).

¹² For a nuanced reflection on how international law enables states to do things they could not otherwise do—including the production of public goods across borders—see Hurd (2017).

¹³ See, for example, the influential analysis by Churchill and Ulfstein (2000).

¹⁴ The treaty-based regime of the European Union, which gradually evolved through decades of iterative and incremental processes, stands out as a remarkable case of institutional transformation. Despite its ups and downs, the regime has deeply embedded nation-states within a procedurally integrated and complex set of law-making and law-applying entities—a sophisticated machinery of secondary rules rooted in treaty law. Over time, it has demonstrated to generations of public law and policy practitioners the capacity for social transformation through international legislation. By assembling its own primary and secondary rules, the regime has given rise to (1) a highly developed, specialized legal system of international law; (2) a variety of procedurally integrated treaty bodies—including the European Commission, the Council, the European Parliament, and the Court of Justice—; and (3) an entirely new subject of international law—the European Union itself. Yet, for all its innovations, the entire construct remains, at its core, a treaty-based regime. A historical precursor to this vision of institutional transformation can be found in the *Project for a Constitution of the United States of Europe* (New York, March 25, 1944), drafted by Fernando de los Ríos, former Minister of Justice and Foreign Affairs of the Spanish Republic, in collaboration with Richard Coudenhove-Kalergi and Arnold J. Zurcher as part of the Legal Committee of the Pan Europa Conference.

very object and purpose, remains an open question –a question that becomes particularly salient when the rule of law is taken as the relevant lens for analysis.

A horizontal relational paradigm appears to be taking hold –one that characterizes not only the relationship between domestic and international law, as traditionally conceived, but also the interactions among special regimes of international law. Accordingly, this characterization generally applies to inter-regime relations, unless otherwise specified in their *relational rules* (e.g. the conflict clause in Article 103 of the UN Charter). In other words, these relations are typically understood as «horizontal in nature» (see Seidl-Hohenveldern, 1998, pp. 8-9, 12-13 and 18):

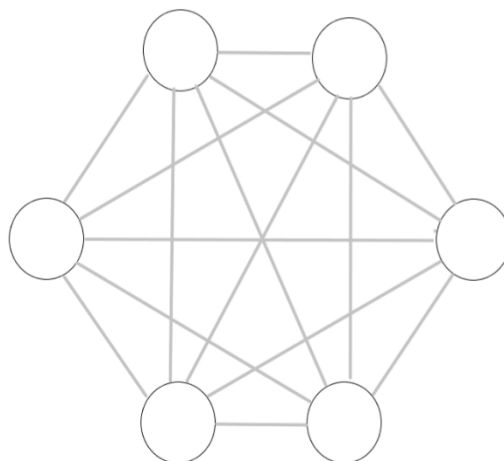


Figure 3: special regimes as horizontal legal systems

The notion of horizontality in inter-regime relations began to emerge in conventional legal thought during the 1980s. As Max Sørensen observed as early as 1983, some treaties upon which regimes are built erect legal subsystems, with international organizations representing the most formalized distillation of such a development (Sørensen, 1983). The Scandinavian jurist explicitly addressed the issue of *autonomous* «legal orders» or «subsystems» within international law, questioning whether the legal order of the European Community was truly «unique» or if other instances of *autonomous* «new legal orders» had already been established by treaty law.

To determine the autonomy of a legal order, Sørensen proposed analyzing three basic elements: (a) the creation of law, (b) the application of law, and (c) the settlement of disputes. Anticipating later debates, he suggested that the analysis of specific cases could potentially reveal the existence, in practice, of a variety of «independent legal systems» (Sørensen, 1983, p. 575). In order to elucidate this question, a number of issues had to be considered:

It is impossible through comparative law alone to answer [...] whether autonomous legal orders have been created. For that purpose, it is necessary to understand each individual organization in its entirety, that is to say, to examine the interplay of such relevant factors as organizational structures, powers and organs and practical working method, just as much as each individual factor in itself (Sørensen, 1983, p. 563).

A first structured case study exploring the construction of diverse legal perspectives across treaty-based regimes was offered the following year by Richard Lauwaars: the selected case study of regime interaction was none other than South

African Apartheid and the refusal of the Netherlands to apply United Nations Sanctions against South Africa on the grounds of incompatibility with the 1957 Treaty of Rome establishing the European Economic Community (EEC), the 1951 Treaty establishing the European Coal and Steel Community (ECSC), the 1958 Treaty of the Benelux Economic Union, and the 1947 General Agreement on Trade and Tariffs (GATT): an issue which proper legal conclusion required, in Lauwaars' words, «a painstaking analysis of each relevant set of organizational laws» (Lauwaars, 1984).¹⁵

2. The horizontality and relative autonomy of regimes

The 1980s saw the gradual emergence of the issue of how treaty-based regimes relate to each other on the international public agenda, both in terms of the relationship between the general regime of international law and special regimes, and among the special regimes themselves. At that time, the concept of 'self-contained regimes' – most influentially articulated by Bruno Simma in his 1985 work, building on the analysis of ILC Special Rapporteur Willem Riphagen (Simma, 1985)¹⁶ – marked a watershed in the understanding of regime autonomy within international law, albeit perhaps unintentionally.¹⁷ Their original use of the concept of 'self-containment' was circumscribed to the debated exclusivity of the sanctioning mechanisms of certain special regimes, specifically regarding the use of countermeasures under the general law of State responsibility when enforcement within the special regime failed. In other words, the notion was technically limited to addressing whether the parties to a treaty intended to «contract out» of the general regime of countermeasures by establishing their own autonomous enforcement and dispute settlement mechanisms» (see Kuijper, 1994, pp. 229–230 and 242–245, in particular). In Hartian terms, therefore, the debate was initially confined to the legal validity of applying general secondary rules of adjudication to the enforcement of the primary rules established by certain special regimes.¹⁸

Nonetheless, the popularization of the evocative term 'self-containment' unintentionally paved the way for far-reaching interpretations of regime autonomy vis-à-vis the general regime of international law. As a result, 'self-containment' soon became a terminological proxy – particularly during the 1990s – for the notion that the specialization of certain regimes of international law (i.e., special treaty-based regimes) might have entirely disconnected them from both general international law and other special regimes. By the early 2000s, however, both the practical operation of special regimes and the ILC's authoritative 2006 analysis had demonstrated the

¹⁵ This was a study published shortly before Lauwaars succeeded Henry Schermers as Chair of International Organizations Law at the University of Amsterdam (UvA).

¹⁶ See also a later reflection in Simma and Pulkowski (2006).

¹⁷ Riphagen had specifically observed that, in some cases, treaties may establish a self-contained regime of responsibility, thereby excluding the application of the general law of state responsibility. See W. Riphagen, Third Report on State responsibility, in ILC Yearbook 1982, Vol. II Part One, 24 para 16 and ILC Yearbook 1982, Vol. I at 202, para. 16 ('A theoretical answer might be that a system was an ordered set of conduct rules, procedural rules and status provisions, which formed a closed legal circuit for a particular field of factual relationships. A subsystem, then, was the same as a system, but not closed in as much as it had an interrelationship with other subsystems').

¹⁸ This is to say, the legal validity of default enforcement arises when a special regime prescribes exclusive recourse to its own secondary rules of adjudication, but those mechanisms fail to operate effectively. Arguably, and notwithstanding Article 55 (*Lex Specialis*) of the final ILC Draft Articles adopted in 2001, the possibility of a fall back to general international law is not excluded. The provision, in any case, stipulates that the general rules codified by the ILC do not apply 'where and to the extent that the conditions for the existence of an internationally wrongful act or the content or implementation of the international responsibility of a State are governed by special rules of international law'. See International Law Commission (ILC), *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries*, YBILC, 2001, Vol. II, Part Two, UN Doc. A/56/10.

inner shortcomings of this conceptualization, making it clear that the notion of ‘self-contained regimes’ was a legal oxymoron.¹⁹

Interestingly, while international legal scholars over the past decades have largely rejected the narrative of self-containment, they have not overlooked the *relative autonomy* exhibited in the practices of international institutional law –and thus, treaty-based regimes– in relation to the systemic concept of public international law. The demands of interstate cooperation amid growing global interdependence have provided strong incentives for the progressive deepening of this specialization.

In this context, as both practitioners and scholars sought to understand the functioning of these regimes in systemic legal terms, the idea of horizontality in their relationships began to gain traction in international legal practice and theory. This development is evident, for example, in the late 1980s, when Philippe Cahier argued that the internal law of international organizations constituted an autonomous legal order with respect to both domestic law and international law (Cahier, 1988). Similarly, at the turn of the century, Nicolás Valticós observed that these ‘particular international legal orders’ were, in somewhat puzzling words, ‘somehow associated’ with general international law (Valticós, 1996).

The aim of these international lawyers was primarily to rationalize the impact of special treaty-based regimes –especially their secondary rules of adjudication and change (i.e., the emergence of distinct secondary rules of international law)– on the functioning of international law, as envisioned at that time by conventional legal thinking: that is, as a normative system in the making. Nonetheless, and notwithstanding that no treaty-based regime is an island, the operationalization of this very ‘somehow’ –as articulated by Valticós– poses critical questions for the modern rule of law, given that general international law currently lacks the organs and procedures to perform that operation.²⁰

From a strictly public law perspective, the past century and a half of the institutionalization of international law –and thus of international institutional law– has produced a reality characterized by horizontal legal systems, within which several distinct patterns can be identified:²¹ (1) domestic law incorporates international law; (2) international law itself is disaggregated into special regimes, which in turn incorporate rules of other special regimes; (3) all such regimes incorporate the rules of the general regime of international law. To complicate matters further, certain special regimes assert a form of self-referential primacy in their relationship with (a) the domestic legal systems of participating states, (b) other special regimes, and (c) the general regime of international law (as exemplified by EU law).

Therefore, focusing on the analytical dimensions of this phenomenon, public law –as the formal manifestation, and thus exercise, of public authority– no longer operates within an orderly and singular interplay between domestic and international law. At the international law end of this relationship, there is simply no unitary construct

¹⁹ It is not surprising that the refutation of self-contained regimes (the idea of *self-containment* in treaty-based regimes) plays a prominent role in the ILC’s 2006 debates on the fragmentation of international law. See ILC 2006 (especially, paras. 278–293). Indeed, this reflects the very idea of common rules for all, which, at a high conceptual level, has underpinned the universalist narrative of international legal scholarship since its early modern inception.

²⁰ In Trachtman’s words, the present international legal system is rudimentary in that it tends to make and administer rules «in separate functional categories, often without a clear and effective system for integrating the resulting rules». See Trachtman (2013, pp. 30–35).

²¹ For the concept of horizontality see Falk (1959).

to be incorporated into domestic law.²² In this respect, the traditional conception of a domestic legal system incorporating a unitary construct of «international law»²³ –in the sense of a consistent, and thus procedurally integrated, whole– is subject to challenge.

Today, the exercise of public authority is disaggregated across a plurality of regimes, each potentially characterized by specific normative relationships with others, which may differ qualitatively due to their distinct and self-referential relational rules and practices. As a result, the incorporation of international law into domestic legal systems is no longer a straightforward process: there is no unitary construct of international law to be incorporated, but rather an assemblage of rules and decisions. Similarly, the incorporation of the rules of the general regime of international law into any given special regime –alongside those of multiple other special regimes– is equally diverse.

Undoubtedly, much has been written about the socio-legal notion of legal pluralism. Without delving into the debate over whether this concept has historically encompassed phenomena that were not, strictly speaking, law²⁴ –and acknowledging that it often referred to non-law (see, in particular, Tamanaha, 1993 and 2000)– it is clear that today we are confronted with a genuine form of international legal pluralism, which is unmistakably a phenomenon of public law. Paradoxically, this international legal pluralism is grounded in public law forms and is, as such, structurally orchestrated by public authority –or to be precise, by public authorities and their specialized bureaucracies. Consequently, the overall picture of normative relationships that emerges today in the international legal sphere can only be depicted as a profusion of lines and dots, perhaps too many, reflecting both its increasingly technocratic character and complexity:

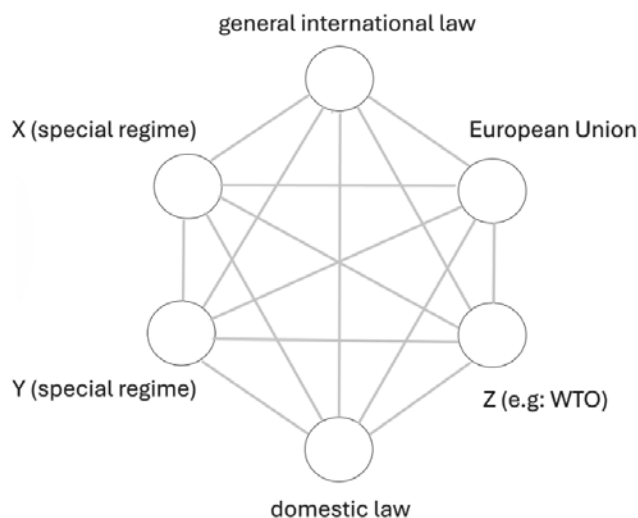


Figure 4: its all about relationships

²² For a classic and canonical contribution to the debate on whether international law constitutes a system or merely an assemblage of disparate rules, see Combacau (1986) in particular.

²³ Mario Prost provides a critical analysis of the elusive and contested nature of unity in international law, identifying and comparing several competing conceptions of unity. See Prost (2012).

²⁴ On this see prominent figures such as Falk Moore (2005, p. 357) and Griffiths (2005, pp. 49, 63–64), who, while underscoring the analytical value of normative pluralism in understanding non-state norms, critically argue for restricting the use of the term *legal pluralism* to state-based normative systems.

The shift from the traditional dual legal perspective –between domestic law and international law (i.e. dualism)– to multiple legal perspectives within international law itself (i.e. international legal pluralism) complicates the exercise of public authority when measured against rule-of-law standards. This complication affects not only the exercise of public authority at the domestic level –where state organs must incorporate the ongoing flux of international legal rules and decisions– but also the exercise of public authority by special regimes themselves.

Special regimes are increasingly expected to incorporate other international legal rules and decisions in order to align their operations with ordinary international legality, much as domestic legal systems do. Nonetheless, and somewhat paradoxically, this reasonable expectation presupposes the consistency of international rules and decisions—when, in reality, general procedures and organs to ensure the systemic integration between special regimes and the general regime simply do not exist:

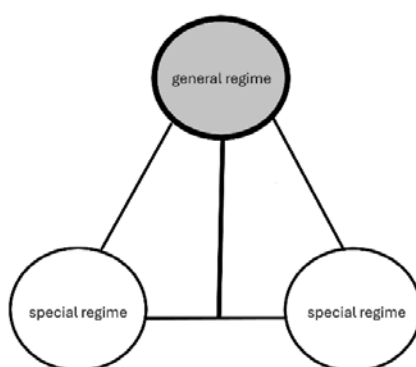


Figure 5: the case for general procedural integration

Indeed, their lack of procedural integration –and, consequently, their procedural inadequacy in ensuring a modicum of consistency– stands in marked contrast to domestic law. In domestic legal systems, the procedural integration of constitutional organs –most notably the formal interplay among the legislature, judiciary, and executive– is designed not only to secure the separation of powers and checks and balances,²⁵ but also to sustain the systemic operation of domestic law, and thus its consistency, through clear and complete procedures.

As Sabino Cassese notes, a fair procedure plays an important role in building social consensus: «Process control or voice encourage people’s cooperation with authorities and lead to legitimacy» (Cassese, 2011, p. 6). This assertion could indeed also be applied to the inter-institutional dimensions of international law, where general procedural integration is pending. Still today, as von Bogdandy and Venzke observe, the procedural law of international institutions is largely of their own making (von Bogdandy and Venzke, 2012); and it should be added that there is no general body of international procedural law systemically governing their inter-institutional relations.

In this context, states –and particularly their governments– have collectively and gradually embedded our societies in an amorphous, if not rhizomatic, global

²⁵ For distinct critical perspectives on checks and balances in relation to international institutional law, see Klabbers (2007) and Benvenisti and Downs (2009). For Benvenisti’s broader theorization of international institutional law, see Benvenisti (2014).

normative environment of public law: that of international legal pluralism. This outcome stems from privileging the layering of special international legislation –namely, special treaty-based regimes– over general international legislation,²⁶ while neglecting the systemic integration of the entire legal construct; that is, its general procedural integration.

In standard technical terms, this phenomenon is essentially the by-product of the reification of intergovernmental functionalism within international institutional law. This reification was originally designed –and is now deliberately sustained– by governments and, by extension, their departments, agencies, and technocracies, capitalizing on the privileged position historically enjoyed by executives –particularly during the emergence of the nation-state and absolutist monarchies in the sixteenth century– in the formation (and *administration*) of international law.

Whatever emerges from this complex web of normative relations makes any meaningful balancing of the global public goods and values recognized by international primary rules exceedingly difficult.²⁷ From the perspective of international legal consistency –conceived as an intrinsic procedural quality of the rule of law– the lack of general procedural integration in international law –or, more precisely, in international institutional law– is not only problematic but also arguably unreasonable in public law terms. Indeed, the absence of appropriate general secondary rules in international law to address these inherent inconsistencies threatens the coherence of domestic legal systems, thereby undermining the very foundations of the modern conception of the rule of law. Arguably, resolving this problem in international law entails grappling with the procedural challenges represented by the following arrows:

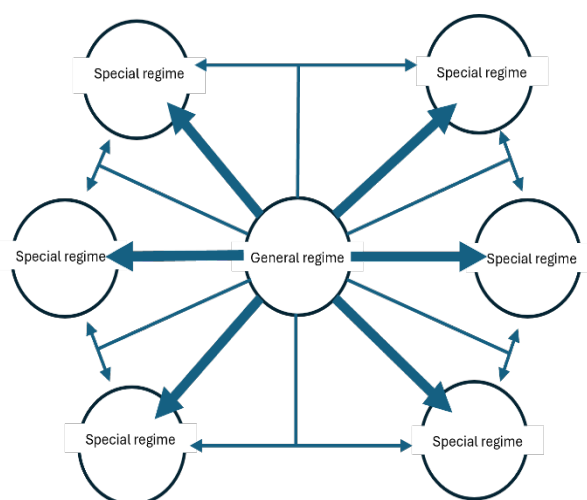


Figure 6: a one-stop shop to connect all dots

Indeed, to ensure procedural completeness in international institutional law, and thereby international legal consistency, it would be reasonable for inter-institutional legal relations to be governed by general international legislation. This approach would avoid reliance on ad hoc, self-referential rules, constructed anew with each treaty negotiation, including any resulting inter-institutional procedure. That is, all

²⁶ The strategy of ‘layering’—adding new arrangements alongside existing ones rather than replacing them—is well documented in institutionalist analyses. See Mahoney and Thelen (2010, p. 16).

²⁷ As Dunoff observes, «international law is made in a highly decentralised manner, often in specialized regimes [...] [and] the values and interests advanced by any particular regime are not necessarily consistent with those advanced by a different specialized regime» (Dunoff, 2017, p. 187).

interactions should reasonably be regulated by general rules of adjudication and change.

3. Variable degrees of openness

From a general legal-theoretical perspective, Hart's distinction between primary and secondary rules is particularly instructive for analysing treaty design and practice, and thus for addressing the problem of self-reference in international law (see Hart, 1961, Chapter 5). In Hart's terms, primary rules prescribe or prohibit conduct, whereas secondary rules –such as rules of recognition, change, and adjudication– are «rules about rules» that govern how primary rules are identified, modified, or enforced.²⁸ Hart's framework thereby offers a valuable tool for understanding the structure of international law,²⁹ enabling a comparative analysis of the secondary rules of both the general regime and the special regimes –and, consequently, of the state of the rule of law, viewed through the lens of comparative international law.³⁰

The first comprehensive analyses of the systemic notion of international law that explicitly employed Hart's categories were produced mainly in the 1990s.³¹ Prior to this, a distinction between primary and secondary rules had already been recognized and applied in the work of the International Law Commission (ILC) on state responsibility, though in a more limited sense.³² Building on these theoretical advances, the 'Hartian' studies of the 1990s –which explicitly employed Hart's distinction– began to examine the possible effects of special secondary rules within special treaty-based regimes on the so-called unity of international law. In doing so, they analysed the relationship between the general regime and special regimes from that perspective, while paying less attention to the normative relationships among the special regimes themselves (see Wellens, 1994, pp. 4-5) –a subject that, due to the lack of procedural integration, exhibits its own distinctive dynamics.

In this context, the controversial term «self-contained regime» –as discussed in the previous section–was increasingly being used in a loose and expansive manner

²⁸ Interestingly, Jeremy Waldron has argued that, within legal philosophy, public international law remains the only major domain that has not been sufficiently explored through the lens of Hartian analytical theory. See Waldron (2008, p. 67 and 2013).

²⁹ Incidentally, for a critical analysis of Hart's approach to international law, see (Brownlie, 1998, pp. 3-8), Abi Saab (1987, pp. 119-126), and Gottlieb (1972). More recently, see in particular Payandeh (2011) and Pave (2018).

³⁰ For seminal works advancing the field of comparative international law, see Koskeniemi (2009a), Mamlyuk and Mattei (2011), and Roberts, Stephan, Verdier, and Versteeg (2015 and 2017).

³¹ The editorial board of the *Netherlands Yearbook of International Law* took an important step in this direction when, on the occasion of its 25th anniversary, it dedicated a special issue to discussing, in Hartian terms, the emergence of so-called closed and semi-closed «legal systems» in international law. See «Presentation», 25 *Netherlands Yearbook of International Law* (1994), and in particular Wellens (1994, pp. 3–37, at 4).

³² Roberto Ago introduced the distinction between «primary rules» (imposing substantive obligations on States) and «secondary rules» (determining the legal consequences of breaches of such obligations) in the context of state responsibility. Unlike H.L.A. Hart's broader typology of secondary rules, Ago's framework narrowly focused on rules governing the legal consequences of internationally wrongful acts. These rules regulate the new legal relationships arising from breaches, such as obligations of cessation, reparation, and non-repetition. His distinction was further developed and elaborated in the 1980s by the International Law Commission, particularly in the work of successive Special Rapporteurs Willem Riphagen and Gaetano Arangio-Ruiz, before being authoritatively codified in the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts. See Roberto Ago, *Third Report on State Responsibility*, YBIL 1971, vol. II(1), UN Doc. A/CN.4/246, paras. 12–15; Willem Riphagen, *Fourth Report on State Responsibility*, YBIL 1983, vol. II(1), UN Doc. A/CN.4/380, paras. 59–66; Gaetano Arangio-Ruiz, *Seventh Report on State Responsibility*, YBIL 1995, vol. II(1), UN Doc. A/CN.4/469, paras. 1–50; YBIL, *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries*, YBIL 2001, vol. II(2), art. 1, cmt. 1.

to differentiate certain special regimes as, so to speak, «closed systems» of international law, in contrast to «open subsystems» of international law; a distinction that was based on their special secondary rules.³³ This way of framing special regimes risked being interpreted as granting them *carte blanche*, thereby reinforcing their traditional *relative autonomy*—a feature already embedded in functionalist logic—and enabling their disengagement from the general regime of international law as well as from other special regimes.

In light of the well-established intergovernmental reluctance to procedurally strengthen the general regime of international law in its relations with special regimes, narratives of self-containment attracted considerable critical attention, and in some quarters even explicit recognition. The 2000s thus witnessed numerous explorations of how the plurality of special secondary rules affected the general regime of international law and, consequently, the capacity of the international legal architecture to ensure a modicum of consistency. Although these explorations often did not employ standard analytical legal terminology, they shared a common feature: the application of systemic concepts of law—understood as internally consistent sets of rules—to an increasingly complex international legal sphere.

A decisive moment in the recognition of these concerns came with the International Law Commission's 2006 Report on the so-called «fragmentation of international law» (ILC, 2006). This comprehensive effort addressed the challenges posed by the diversification and expansion of international law and the resulting emergence of special regimes. It provided a thorough analysis of the phenomenon and sought to moderate regime-based narratives by anchoring the debate in the conventional discourse of international law. In essence, responding to some narratives and institutional signals favouring self-containment,³⁴ the ILC authoritatively clarified that, in practice, special regimes are not strictly self-contained.³⁵

Undoubtedly, a decisive moment in the recognition and analysis of these concerns—and the point at which they were firmly placed on the agenda of international legal analysis—was marked by the International Law Commission's 2006 Report on the so-called «fragmentation of international law» (ILC, 2006). This comprehensive effort to address the challenges posed by the diversification and expansion of international law—and the resulting emergence of special regimes (and thus corresponding secondary rules)—provided a thorough analysis of the phenomenon and sought to moderate the narratives arising within these regimes and their expert communities by anchoring the discussion in the conventional discourse of international law. In essence, reacting to narratives and institutional signals backing

³³ A particularly illustrative example of such a conception can be found in the work of Alex Marschik, who writes: «Self-contained regimes are fully autonomous legal systems. They are part of the general system and created by international law, but they explicitly exclude any application of norms that are not part of the regime.» For the Austrian jurist, in contrast to open subsystems, they are characterized as excluding recourse to the rules of general international law: «Open subsystems [...] require that the internal norms are applied first. However, should there be the situation in which the norms of the subsystem prove inadequate; international law may be applied to achieve the goal for which the special norms failed» (Marschik, 1998, pp. 232-233).

³⁴ See, for example, ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber*, 2 October 1995, para. 11 ('in international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)').

³⁵ The ILC originally included the topic in its work programme in 2000 as '*Risks ensuing from the fragmentation of international law*'. The work culminated in the 2006 Report entitled '*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*', finalized by Martti Koskeniemi and the ILC Study Group. See ILC, *Report of the International Law Commission*, 58th sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006), reprinted in YBILC 2006, vol. II(2), 1–479. Paradoxically, the ILC did not examine the institutionalization and/or special secondary rules of adjudication in international law.

self-containment,³⁶ the Commission authoritatively clarified that, in practice, special regimes do not operate on the basis of strict self-containment.³⁷

Indeed, special regimes are not self-contained. Special regimes exhibit varying degrees of openness both towards each other and towards the general regime, frequently making regular use of general international law as well as the rules of other special regimes. This reflects the prevailing understanding that, while special regimes may claim a measure of autonomy (i.e. *relative autonomy*), they are not sealed off from either the general regime or other special regimes.

Decades before the emergence of international legal pluralism, Santi Romano, in his 1960s theory of the plurality of legal systems, used the concepts of «relevance» and «degree of relevance» (complete relevance, partial relevance, and irrelevance) to explore the nuanced relationships between legal systems (Romano, 1963).³⁸ These ideas remain important for examining both the interplay between the general regime of international law and its special regimes, as well as among the special regimes themselves. The following discussion addresses each in turn.

With respect to the former, mainstream legal thought reasonably conceives the rules of special treaty-based regimes as branches derived from an overarching general regime –namely, general international law. Consequently, *all* rules of general international law are conventionally regarded as requiring no *act of incorporation* to be formally relevant within the internal procedures of special regimes. In other words, it is conventionally accepted that the *automatic* incorporation of general international law operates within special regimes, enabling regime bodies to ensure the *direct applicability* of such norms within their respective domains.

By contrast, with respect to the latter, this is not so clearly the case for the normative relations between special regimes. Logically, if *all* the rules of other special regimes were equally applicable (or applicable on an equal footing) within a given regime, there would be little justification for the establishment of special regimes as distinct functional entities within international law. In practicing the intrinsic logic of functionalism, therefore, special regimes act selectively with respect to non-referred international rules (and thus the *external* special rules of other regimes), precisely because they are designed to fulfil specific functions.

In practical terms, the incorporation of normative outputs (i.e. international rules and decisions) from one regime into the operations of another becomes a self-referential process of selective adjustment and adaptation based on the institutional preferences and interpretive choices of regime bodies. Special treaty-based regimes are designed to advance their respective subject-matter domains self-referentially, through the application of their own secondary rules of adjudication and change. In doing so, they incorporate –and thus grant a measure of deference to– other international rules and decisions, under certain conditions. For non-referred international rules to have the same procedural standing as a regime's own provisions

³⁶ See, for example, ICTY, *Prosecutor v. Duško Tadić, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction*, Appeals Chamber, 2 October 1995, para. 11 ('in international law, every tribunal is a self-contained system (unless otherwise provided)').

³⁷ The ILC originally included the topic in its work programme in 2000 as '*Risks ensuing from the fragmentation of international law*'. The work culminated in the 2006 Report entitled '*Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law*', finalized by Martti Koskeniemi and the ILC Study Group. See ILC, *Report of the International Law Commission*, 58th sess., UN Doc. A/CN.4/L.682 (13 April 2006), reprinted in YBILC 2006, vol. II(2), 1–479. Paradoxically, the ILC did not examine the institutionalization and/or special secondary rules of adjudication in international law.

³⁸ See Romano (1963: 242-243, 248-249 and 305).

within that regime –and thus be applied on an equal footing– *incorporation by reference* into the regime’s treaty rulebook is required.³⁹ This reflects the self-referential construction of special regimes, which are designed to perform selected functions and thus accord internal primacy to their own rules (see Zapatero, 2025a, forthcoming).

Since special regimes are self-referentially constructed to perform selected functions –and thus accord internal primacy to their own rules by default– the incorporation of non-referenced rules from other special regimes into their procedures tends to be both conditioned and, consequently, restrictive. Such incorporation generally occurs only when these international rules are perceived to be (1) plainly consistent with the regime’s rulebook and (2) relevant to the performance of its functions and, therefore, to the attainment of its object and purpose. Inevitably, then, the legal notion of consistency within regimes is primarily conceived and constructed intra-systemically (as *internal legal consistency*), while relevance is likewise conceived and constructed as a predicate of regime functions (as *internal legal relevance*). In sum, it is the practitioners of each respective regime who formally undertake the self-assessment.

Therefore, recourse to binary descriptions of «openness» and «closure» –as if special regimes functioned as institutional mechanisms with simple on/off switches– proves inadequate to capture the diversity and complexity of normative relations that actually exist between special regimes. As a result of their secondary rules and related institutional practices, their reality may be more accurately explained by depicting them as a plurality of open subsystems of international law.

As Sørensen explains, two basic types of references between regimes shape the outcome: (a) normative references formally incorporated in regime rules (i.e., strict incorporation by reference); and (b) references generated in practice by regime bodies –particularly adjudicative bodies– to the rules and decisions of other regimes (Sørensen, 1983, p. 575). It is the interplay between static normative references –such as incorporation by reference– and dynamic references made by qualified regime bodies –such as the case law of adjudicative bodies– to the general regime and to other special regimes that determines each regime’s level of openness. Thus, this combination of rules and practices ultimately renders legal openness both dynamic and diverse.

In consequence, notwithstanding the structural legal limitations of special treaty-based regimes –and thus the practice of intergovernmental functionalism– in engaging with other international rules and decisions, the concept of degrees of openness arguably offers a more nuanced account of how the rules of special regimes interoperate in practice. In essence, the legal relevance that regime bodies attribute to external rules depends on a combination of the regime’s rulebook and the practices associated with the functions the regime is expected to perform, both as originally envisaged in its object and purpose and as subsequently implemented by the governmental departments or agencies competent in the relevant domain.

Therefore, the degree of openness of any given treaty-based regime is shaped by the interplay of these static and dynamic references. In this context, determining a regime’s openness to the general regime and to other special regimes requires mapping both what is formally prescribed by regime rules and the related practices of

³⁹ That is, external special rules attain formal legal relevance on an equal footing with a regime’s own provisions only through incorporation by reference into its treaty rulebook.

regime bodies. That is, analysis should reasonably begin by focusing on relatively static normative questions:

- (1) the design of the normative references contained in the regime's rulebook (i.e. clauses of conflict and incorporation by reference); and
- (2) the design of the regime's secondary rules of adjudication with respect to the formally applicable rule (if any) of its most authoritative law-applying body (i.e. an international adjudicative body).⁴⁰

At the same time, this analysis needs to be supplemented by examining the dynamic institutional practices of regime bodies, focusing on:

- (3) the manner in which the regime's most authoritative law-applying body (i.e. a qualified adjudicative body) applies the regime's rulebook –including its relational rules– and how its case law evolves over time; and
- (4) the ways in which plenary bodies develop subsequent authoritative interpretations and/or, where political will exists, engage in treaty amendment to adapt the regime to correct legal imbalances in relation to global public goods and values regulated in other external primary rules.⁴¹

This combination of rules and institutional practices determines the (potentially variable) degree of openness of a given regime to both the general regime and other special regimes of international law. Accordingly, shifts in the degree of openness arise not only from evolving perceptions among regime practitioners about the regime's functions but also from contestation of regime outcomes by global constituencies concerned with other public goods and values. In their advocacy, these constituencies often invoke the rules of other special regimes regulating different global public goods and values to support their legal positions and arguments.

While this is especially apparent among human rights and environmental constituencies, it is by no means exclusive to them, as illustrated by corporate practices. In a sense –and borrowing a literary license from Dworkin (Dworkin, 1977)– all these actors routinely and strategically rely on the rules of other regimes, or on the global public goods and values those regimes protect –for example, health, culture, or innovation– as trumps to demand deference within targeted regimes. Sometimes this involves invoking specific legal provisions; at other times, it entails appealing to the broader public goods and values underlying those regimes. In both cases, the legitimacy of their claims is reinforced by grounding them in the authority of existing international legal rules.

Nonetheless, the fact that special regimes are open subsystems of international law –and thus, in practice, permeable to both the general regime and other special regimes– does not resolve the issue of international legal consistency in rule of law terms. As observed, regime bodies tend to formally defer to the rules of other special regimes that are explicitly incorporated into their treaty rulebooks. With respect to non-referred rules of international law, those deemed consistent with the regime's rulebook are constructed as such through interpretation and subsequently applied. Conversely, rules perceived as inconsistent are either excluded *ex officio* or, in more diplomatic terms, recharacterized as merely apparent conflicts and thereby interpreted away within the regime's law-applying procedures, in line with the well-

⁴⁰ The existence of a formally defined *applicable rule* in the secondary rules establishing adjudicative bodies (i.e., special secondary rules of adjudication) is necessarily a variable that shapes the degree of openness a special regime displays toward the general regime and toward other special regimes.

⁴¹ See below for a brief illustrative example concerning the WTO/TRIPS amendment.

established presumption against treaty conflicts in international law (see Zapatero, 2025b).

In this context, it may be argued that special treaty-based regimes are, in rule-of-law terms, ill-suited to ensure international legal consistency on their own. These regimes, after all, remain structurally constrained and, as institutional by-products of intergovernmental functionalism, are unable to perform that function effectively.⁴² Accordingly, the decentralized provision of consistency by special regimes is inherently inadequate for this purpose. Because special regimes are not procedurally integrated—either with one another or with the general regime of international law—the principal tool currently available for advancing international legal consistency paradoxically lies within each individual special treaty-based regime. This is achieved primarily through legal interpretation, most notably via systemic integration, or, failing that, through compromised patterns of inter-institutional bargaining.⁴³

In this regard, systemic integration is codified in Article 31(3)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties, which requires interpreters to take into account, together with the context, any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. In its *Report on the Fragmentation of International Law* (2006), the International Law Commission (ILC) characterized systemic integration as an interpretive principle that «call[s] upon ... to situate the rules that are being invoked by those concerned in the context of other rules and principles that might have bearing upon a case». In this process, ‘the more concrete or immediately available sources are read against each other and against the general law «in the background»’. The critical point, according to the ILC, is that the interpretation of a rule «refers back to the wider legal environment, indeed the ‘system’ of international law as a whole»⁴⁴.

Yet interpretive creativity by law-applying bodies cannot resolve all issues. Inevitably, there are situations in which the seams begin to show—regardless of how carefully they may be managed, whether through diplomatic or technical means. Because regime bodies cannot grant primacy to external rules over their own regime rules, plenary bodies—such as Conferences of the Parties, Meetings of the Parties, General Councils, and comparable organs—occasionally function as political safety valves in this context. By producing authoritative interpretations, institutional declarations, and other formal acts and decisions, these plenary bodies enable law-applying regime units to broaden their public rationales and thereby help mitigate potential inter-regime tensions, whether concerning their respective primary rules or, alternatively, the global public goods and values they regulate. A paradigmatic example of such institutional practice is the so-called Paragraph 6 issue in the WTO Ministerial Declaration regarding access to medicines in developing countries, which

⁴² In Koskeniemi's words: «It is not only that the boxes have different rules. Even if they had the same rules, they would be applied differently because each box has a different objective and a different ethos, a different structural bias ... whatever the rules». See Koskeniemi (2007) (emphasis in original).

⁴³ As former WTO Director-General Pascal Lamy has put it, the «disorganized multiplication of international legal sub-systems» cannot be remedied by making coherence depend on ‘ad hoc solutions based on the goodwill and interests of the jurisdictions concerned». See Lamy (2006, p. 984). For a seminal early reflection on these issues, see Jenks (1951).

⁴⁴ See ILC 2006 (para. 479). Campbell McLachlan was probably the first to systematically formulate the principle of systemic integration in international law. See McLachlan (2005). For a comprehensive and updated treatment, see McLachlan (2024). For a critical and in-depth monographic analysis, see Merkouris (2015). For an overview and further references, see Merkouris (2020, last updated, August 2020).

references public health –but not the WHO⁴⁵– and the subsequent agreed reform of the TRIPS rules.⁴⁶

Indeed, consistently balancing global public goods and values across a plurality of regimes on the basis of their respective rules is, in practice, unfeasible. Technocracy –whether exercised within a single regime or through an aggregation of regimes under some elusive form of inter-institutional negotiation– is, by definition, ill-suited to perform such an operation. Each technocratic entity –that is, every special treaty-based regime, much like domestic agencies– is structurally constrained to «follow function» through procedure. As a result, and notwithstanding varying degrees of openness, the global public domain is constructed as a disaggregated multiplicity of regimes whose functional authorities tend to perpetuate suboptimal outcomes in integrating other international rules and decisions–or, in some cases, to engage in compromised patterns of inter-institutional bargaining outside their respective procedures, which may produce outcomes even less satisfactory from a rule-of-law perspective.

4. A kaleidoscope of legal perspectives

The promise of international legal consistency –and, with it, the sustainability of the rule of law in an increasingly interdependent world– appears precarious, and may even be open to serious challenge. The existence of international legal pluralism –and, in consequence, that of non-procedurally integrated special regimes– inevitably implies that potentially different «legal perspectives» on any given international legal issue, question, or case may emerge, depending on the regime to which international legal practitioners ultimately turn. The use of special secondary rules to advance functional domains through treaty-based regimes has paved the way for a rather challenging situation: one in which special treaty-based regimes across a variety of domains (e.g. trade, security, human rights, environment, labour, health, intellectual property, migration, drug control) could develop divergent legal approaches to issues, questions, and cases.

In the absence of procedural integration, special treaty-based regimes –and thus their respective functional bodies, acting on the basis of their own sets of rules– could offer potentially alternative, yet valid, legal perspectives on any given international legal issue, question, or case. As a result, when applying international law self-referentially –as they inevitably do– different special regimes could develop alternative, and potentially equally valid, legal positions.

Adversarial or confrontational approaches among regimes do not usually emerge in a direct or overt manner, as interdepartmental power balances within governments tend to preclude such outcomes.⁴⁷ Within these dynamics, certain governmental actors often prevail –particularly when their technocratic interests or regulatory authority are perceived to be at stake. Notably, it is often economic

⁴⁵ Interestingly, these institutional practices of plenary bodies –in which specialized governmental departments and agencies represent their nation-states– do not necessarily make explicit reference to the articles, sections, or paragraphs of other regimes' rulebooks, or to their functional authority. Rather, they refer more indirectly to the global public goods and values regulated by those regimes.

⁴⁶ See WTO, *Doha Ministerial Declaration* WT/MIN(01)/DEC/1 (20 November 2001); WTO, *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2 (20 November 2001); WTO General Council, *Implementation of Paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health* WT/L/540 and Corr.1 (1 September 2003). For comments see Correa (2004) and Zapatero (2014).

⁴⁷ For a classic account of policymaking as an incremental process shaped by mutual adjustment and negotiation among governmental actors, see Lindblom (1959).

departments and agencies that emerge as the dominant actors in shaping such power balances.

Since treaty-based regimes are neither procedurally integrated with one another nor subject to general international organs exercising legislative oversight or judicial review, it follows that the choice of regime can significantly influence, if not determine, the outcome.⁴⁸ Regimes are functional entities that tend to feedback primarily on their own components. Decision-making is constrained by their treaty provisions, upon which their bodies operate. As functional instruments, their institutional output reflects normative constraints. Consistent with the logic of functionalism, these bodies exercise prescriptive and adjudicative jurisdiction over selected subject matters, *ratione materiae*, grounded in the treaty's object and purpose, its operative provisions, and the interpretative guidance drawn from its preamble.⁴⁹ Therefore, any given regime will invariably discount the application of inconsistent external international rules, since its treaty rulebook serves as its ultimate source of legitimate authority. This necessarily conditions the result, as the reasoning of its organs is guided by the automatism of *internal legal primacy* that characterizes functionalism (see Zapatero, 2025a).

To put it differently, depending on which international authority analyses an issue, question, or case, it will perform the legal operation differently, using its own set of treaty rules on the relevant subject domain as its primary structural reference. That is, the *internal* legal perspective constructed by regime A is, by definition, merely an *external* legal perspective for regime B –and vice versa.

In consequence, the allocation of international authority to a particular special regime both determines and constrains the outcomes to be expected, since regime bodies construct their legal perspectives on issues, questions, and cases on a functionalist basis –granting structural preference to their own rules. Strictly speaking, this situation would not pose a rule-of-law problem were it not compounded by the absence of any higher general international authorities with the competence –that is, general prescriptive and adjudicative jurisdiction– to exercise authority and, where necessary, to (re)balance the rules and decisions of one regime against those of others. This, in turn, produces a *latent* multiplicity of potentially competing international legal perspectives.

In the absence of overarching general international organs and procedures, determinations of international legality by special treaty-based regimes are necessarily contextual but in practice final, as there exist no mechanisms for their external review or challenge. In this context, while the perspective of the general regime of

⁴⁸ A particularly clear illustration appears in the ILC's *Report on the Fragmentation of International Law* (2006, para. 55): «For example, maritime transport of oil has links to both trade and the environment, as well as to rules on the law of the sea. Should the obligations of a ship owner in regard to the technical particularities of a ship, for instance, be determined by reference to what is reasonable from the perspective of oil transport considered as a commercial activity or as an environmentally dangerous activity? The responses are bound to vary depending on which is chosen as the relevant frame of legal interpretation». For another illustrative example of matters that may simultaneously fall within the competence of several specialized agencies, see the Dissenting Opinion of Judge Weeramantry in *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), ICJ Reports 1996, pp. 150–151.

⁴⁹ Central to defining the functions and interpretive boundaries of any treaty-based regime is the concept of object and purpose. It underpins the general rule of interpretation set out in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties—namely, that «a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose». For doctrinal analysis and debate regarding the contours and practical application of this concept in treaty interpretation, see, in particular, Bianchi and Zarbiyev (2024, ch. 6); Buffard and Zemanek (1998); and Hollis (2010).

international law does exist –and can, in principle, be constructed for any given issue, question, or case– it nevertheless operates, at present, in a distinctly limited capacity.⁵⁰ This limitation stems from the absence of international organs and procedures capable of integrating the potentially divergent (and thus alternative) perspectives of international legality that may arise from the operation of special treaty-based regimes.

Therefore, it can be contended that the international legal perspective of the general regime may at times exist in a state of latent competition with special regimes, a situation that parallels the competitive dynamics that may also be observed among the special regimes themselves.⁵¹ Yet, as a matter of general legal theory and practice –measured against basic rule-of-law standards– this ought not to be the case. The problematic, if not paradoxical, nature of this intergovernmental arrangement thereby becomes apparent. On this view, the general regime of international law ought not to operate as a mere *primus inter pares* in its relations with other regimes, and certainly not with such a diminished institutional infrastructure.

At present, the general regime of international law lacks the secondary rules of adjudication and change necessary to procedurally integrate special regimes. Set against the fragile institutional infrastructures of general international law, the plurality of latent legal perspectives within special regimes transforms the international legal order into a kaleidoscope of potentially competing interpretations.⁵²

Since the general regime of international law lacks proper organs and procedures with authority over the prescriptive and adjudicative jurisdiction of special regimes,⁵³ no public law construct ensures international legal consistency, and thus the sustainability of international legality under rule-of-law standards. As a result of this general authority default, the international legal realm comprises an increasingly complex plurality of institutionalized legal perspectives –paradoxically underpinned by forms of public law.

Special regimes operate horizontally, integrating the rules and decisions of other regimes selectively. As a logical legal by-product of functionalism, the degree of openness –and thus internal relevance– to other international rules and decisions within each regime is primarily, and self-referentially, defined by its own rules, decisions, and practices. In other words, law-applying bodies structurally adhere to the legal certainties provided by their own treaty texts when carrying out their operations.

⁵⁰ As Koskeniemi observes, «In order to move confidently in a world of many regimes, one needs some point of reference from which to examine rival regimes and conflicting preferences. In order to compare, one needs a *tertium*» (see Koskeniemi, 2009a, p. 7). See also Koskeniemi (2007, p. 4) («[t]he choice of the frame determine[s] the decision. But for determining the frame there is no meta-regime, directive or rule»). This observation underscores a significant gap in public law. In this respect, constitutional courts should take the advancement of general procedural integration in international law –and thus the procedural dimensions of the general regime – more seriously.

⁵¹ On embedded preferences, see Koskeniemi (2009a, pp. 4-5) and Koskeniemi (2011) (Hegemonic Regimes).

⁵² The metaphor of a «kaleidoscopic world» is employed by Edith Brown Weiss in her conceptualization of contemporary international law; see Brown Weiss (2022). Here, international law itself is referred to as a kaleidoscope.

⁵³ Benvenisti (2014) offers an elaborate –though not unproblematic– defense of external review of international bodies by domestic actors, particularly domestic courts, in the absence of international mechanisms. Such pragmatic conceptions could acquire systemic significance if constitutional state organs –such as constitutional courts– exerted sustained and concerted pressure on governments, yet this solution does not address the structural limitation that not all constitutional organs operate within states committed to rule-of-law standards.

As a result, special regimes accord *de facto* primacy to their own rules over non-referred international rules within their procedures.⁵⁴

Therefore, the lack of general procedural integration in international law is of material significance, particularly for constitutional state organs. In its absence, the self-referential determinations of international legality made by each special regime amount to merely one among several possible international legal perspectives. This situation has significant implications for the rule of law in an increasingly interdependent world.

5. Inventory of ‘international jurisdictions’

Disparities in institutional effectiveness among regimes, or the absence of regimes in certain subject-matter domains, help define the relative position of global public goods and values within the international community. By extension, this process concomitantly shapes the relative status of public goods and values within domestic legal orders, as international rules and decisions are incorporated into them. It is therefore reasonable to argue that the establishment and exercise of ‘international jurisdiction’ –whether prescriptive, adjudicative, or both– through treaty forms constitutes a matter of fundamental significance for public law, and by extension, for the rule of law.

Arguably, few terms capture as precisely as ‘jurisdiction’ the nature of the authority exercised by a treaty body empowered to adjudicate disputes, monitor compliance, adopt binding rules and decisions, or perform other public functions under international law. As F. A. Mann observed in his seminal work *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, «jurisdiction ... is concerned with what has been described as one of the fundamental functions of public international law, viz. the function of regulating and delimiting the respective competences of states» (Mann 1964, p. 15, emphasis added).

The paradox, however, lies in the fact that while states establish international authority through treaties both to ensure cooperation and to mitigate conflicts and overlaps in their respective jurisdictional competences –objectives that are, in practice, mutually reinforcing– no equivalent mechanisms exist to regulate the allocation of competences among treaty bodies themselves, and thus among treaty-based regimes. Put differently, there is an absence of rules governing what might be termed, in a strict legal sense, international jurisdiction. In this light, the formal authority –and hence the jurisdiction– of treaty bodies serves not only to define and delimit competences between states, but also, paradoxically, among the treaty bodies themselves. This secondary function assumes particular importance in domains characterized not only by adjacent but also by overlapping institutional mandates, yet it remains insufficiently addressed in general international legislation, with all the problems this entails for legal certainty and the rule of law.

The first multilateral diplomatic initiative to focus explicitly on the codification of an ‘international law of jurisdiction’ took place at the Hague Conference on the Codification of International Law in 1930.⁵⁵ In the inaugural address at the opening

⁵⁴ Framing regimes as ‘decomposable hierarchies’ see e.g. Keohane and Nye (2001, p. 264).

⁵⁵ Pursuant to a resolution adopted by the Fifth Assembly of the League of Nations on 22 September 1924, the Council established a Committee of Experts, chaired by M. Hammarskjöld, to compile a provisional list of international law subjects whose regulation by treaty was considered desirable. This list formed the basis of the conference programme. Composed of seventeen members, the Committee was tasked with identifying topics ‘the regulation of which by international agreement’ was regarded as most ‘desirable and realizable.’ It was further instructed to review governmental responses to this list and to

session, Beelaerts van Blokland, Minister of Foreign Affairs of the Netherlands, explicitly noted the problem of the absence of rules establishing international jurisdiction. Nonetheless, the understanding of the «international law of jurisdiction» at the time generally referred to, and was thus largely limited to, the ‘international law of state jurisdiction» –with some attention to international adjudicative jurisdiction, but little to international prescriptive jurisdiction.⁵⁶

Despite nearly a century of successful practice with special treaty-based regimes, there has been no significant progress toward the adoption of a general multilateral treaty specifically addressing international jurisdiction –the logical corollary of the ‘international law of state jurisdiction,’ as it concerns the exercise of international authority and, more precisely, the allocation of jurisdictional competences to prescribe and adjudicate at the strictly international level.

All special treaty-based regimes currently exercise international prescriptive and adjudicative jurisdiction by virtue of delegation from states, typically without explicitly invoking the formal term «international jurisdiction» in the course of these operations. Yet, apart from regime-specific provisions on object and purpose, there has been no concerted effort to elaborate a general multilateral treaty addressing the delimitation –and the concomitant general procedural integration– of the international jurisdictions established through treaty form.⁵⁷

As Mann explained, there is no more important way to avoid conflict than to establish clear norms as to which public authority can exercise authority over whom, and under what circumstances: In his words, without this allocation, «all is rancour and chaos» (Mann, 1964, p. 89). Since state jurisdiction has been highly regulated by treaty law in the last century, the point could well be applied to treaty-based regimes and their respective ‘international jurisdictions’. As long as states delegate competences to international entities, these entities operate *de iure* or *de facto* as such at adopting international legal rules and decisions.

However, the allocation of international jurisdiction to special treaty-based regimes –by the very governmental departments and agencies that subsequently administer them– has not been regulated by general international legislation. In particular, neither the international prescriptive nor the international adjudicative jurisdiction of such regimes has been the object or purpose of any general legislative initiative at the international level. As a result, the allocation of jurisdiction to these regimes –and, by extension, to the global public goods and values reflected in their

report on those issues deemed ‘sufficiently ripe,’ as well as on the procedures appropriate for preparing conferences aimed at their resolution. See *League of Nations, Official Journal, Special Supplement*, No. 21, Records of the Conference for the Codification of International Law (Geneva, 1930), p.10.

⁵⁶ See *Acts of the Conference for the Codification of international law*, League of Nations, Official No.: C. 351. M. 145. 1930. Vol. I Plenary Meetings, page 15 (March 13th, 1930): «It was the absence of rules of law which, in 1907, prevented the definite establishment of compulsory arbitration; *it was the absence of rules of law which frustrated the first attempt to create a true world court, the International Prize Court*. Yet again, it was the *absence of rules of international law* which –fortunately– did not frustrate, though it certainly retarded, the materialisation of the plan that the Advisory Committee of Jurists, convened by the League of Nations at the Peace Palace in 1920, had prepared regarding the compulsory jurisdiction of the Permanent Court of International Justice. Now, *owing to the development of law, international jurisdiction will be able, in an ever-greater measure, to extend its sway over the whole domain* which must be entrusted to it if the nations are ever to wrest themselves free from that appalling calamity, war, which, like a nightmare of blood, still haunts one generation after another» (emphasis added).

⁵⁷ For insightful reflections on the extent to which the treaty form does not readily lend itself to accommodating objectives associated with a community perspective, see, e.g., Brölmann (2005), who analyses how the traditional treaty paradigm –grounded in the notion of the treaty as a contract between states– faces limitations when applied to the practice of international institutional law.

subject-matter domains— remains prone to blurring, shifting, and overlapping under the prevailing patterns of intergovernmental bargaining.

Evidently, the world map of state jurisdictions —numbering around 200 today— does not correspond to an equally stable map of international jurisdictions. Even today, allocations of international prescriptive and adjudicative jurisdiction remain relatively fluid. Whereas state jurisdiction over territory and persons has remained largely stable for several centuries —despite the enduring challenge of extraterritorial jurisdiction— the jurisdiction of international regimes over subject-matter domains has not. Rather, it has evolved through organ-led treaty forms that began to emerge in the second half of the nineteenth century and were further developed throughout the twentieth and into the twenty-first. In terms of organizational forms, this timeframe is remarkably brief. As a result, the international legal construct remains in a state of fluid iteration. This helps explain the disaggregation of the exercise of international authority across subject-matter domains, through special treaty-based regimes, particularly in the late twentieth and early twenty-first centuries.

Even at a purely intellectual level, an authoritative mapping of international jurisdictions could help expose the extent to which intergovernmental assertions of international authority —emanating from different treaty-based regimes— may, at times, lack sufficient consistency with rule-of-law standards. While largely aspirational, such an endeavour could at least provide a reference point for diligent and observant constitutional organs of the state —beyond the executive itself— when they scrutinize these assertions and, perhaps, reassert a role for general international legislation in this domain by questioning such inconsistencies.

Understood as the international authority to prescribe and adjudicate, international jurisdiction could be tentatively mapped by developing an analytical chart of the provisions on object and purpose (and related preambles) contained in the constituent treaties of formal international organizations and other treaty-based regimes.⁵⁸ To date, however, there have been few conceptual initiatives to undertake such a mapping. In the early 2000s, the idea of establishing a group of experts ‘without vested interests’ to compile an inventory defining the functions and purposes of existing international organizations was unsuccessfully advanced within the United Nations Administrative Coordination Committee, now the UN Chief Executives Board.⁵⁹

If one accepts the premise that an issue, question, or case can be substantiated as falling within the jurisdictional competences—and therefore within the object and purpose—of a given treaty-based regime, it follows that such regimes, in exercising prescriptive or adjudicative jurisdiction, may give rise to concurrent international jurisdictions. In this context, the absence of a general international

⁵⁸ The allocation of international jurisdiction has important implications for the relative preeminence of particular global public goods and values over others —and, in turn, for the proliferation of strategic manoeuvres when competences are not clearly defined. For an illustration, consider regime-shifting and jurisdictional reallocation in the area of intellectual property —and related proposals for moratoriums— discussed in Helfer (2004) and Zapatero (2013a, 2013b), respectively; see also *infra*.

⁵⁹ See the speaking note of Director-General Mike Moore at the WTO General Council informal meeting, Thursday, 18 January 2001, titled *Coherence in global economic policy-making: WTO cooperation with the IMF and the World Bank*: ‘I have suggested privately that an EPG [Eminent Persons Group] or a group of wise men and women, with no vested interests, could do a study of the goals, objectives and outcomes of all the institutions. How we can do our jobs better, and be more accountable and transparent to our owners, the Governments.’ For the telling alternative concept of ‘coherence’ as inter-institutionally understood within special economic regimes (WTO, IMF, and the World Bank) —particularly in the period of official neo-liberal ascendancy in the 2000s, when liberalization was advocated with remarkable openness and confidence— see Zapatero (2006).

jurisdiction becomes a matter of considerable significance for public law, as the default is, at best, filled by intergovernmental arrangements and technocratic diplomacy. This situation, in turn, raises pressing questions regarding the consistency, accountability, and efficacy of the current protection of global public goods and values under any meaningful conception of the rule of law.

Probably the most significant opportunity in recent decades to move toward a general framework in this regard was the negotiation of the 1986 Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (VCLTIO). However, the issue was only marginally addressed in the final text. Still pending entry into force (Article 24),⁶⁰ the VCLTIO largely replicates the provisions of the 1969 VCLT –such as Article 5 (treaties constituting international organizations and treaties adopted within an international organization), Article 30 (application of successive treaties relating to the same subject matter), and Articles 31 to 33 (interpretation of treaties)– and thus represented a missed opportunity to address the allocation and procedural integration of international jurisdictions.

In essence, because the general regime of international law embodies the general authority rationale of the international community, it should be regarded as a multifunctional authority vis-à-vis special regimes –that is, as a regime entrusted with a higher authority over them. Special treaty-based regimes, by contrast, exercise authority only in functional terms, confined to selected subject-matter domains. Yet the institutional underdevelopment of the general regime prevents it from exercising the elemental functions of general authority –legislation, governance, and adjudication– over those regimes. As a result, international community interests are often lost in translation within special regimes, for there exists no overarching *general* authority capable of procedurally integrating, and thereby balancing, the global public goods and values they administer through their myriad rules and decisions.

Notably, the only explicit institutional attempt within the UN's otherwise documentary *babel* to delimit the domain of general international legislation is the ILC Committee's definition, in its Draft Articles on the 1969 VCLT, of a '*general multilateral treaty*' as

[A] multilateral treaty which concerns general norms of international law or deals with matters of general interest to States as a whole (emphasis added).⁶¹

⁶⁰ In the course of a protracted ratification process, many of its conventional provisions replicate those of the VCLT, which are in any case regarded as reflective of customary international law. The VCLTIO has received formal confirmations from 12 international organizations: the International Atomic Energy Agency (IAEA), International Civil Aviation Organization (ICAO), International Criminal Police Organization (Interpol), International Labour Organization (ILO), International Maritime Organization (IMO), Organisation for the Prohibition of Chemical Weapons (OPCW), Preparatory Commission for the Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty Organization (CTBTO), the United Nations (UN), United Nations Industrial Development Organization (UNIDO), Universal Postal Union (UPU), World Health Organization (WHO), and World Intellectual Property Organization (WIPO). As of July 2025, 33 states have ratified or acceded to the Convention, which requires 35 ratifications to enter into force. Notably, formal confirmations by international organizations do not count towards this threshold, which may partly explain why some organizations have been slow to confirm the Convention. For the current status of ratifications and formal confirmations of the Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations (VCLTIO, 1986), see United Nations Treaty Collection, Chapter XXIII, available at: <https://treaties.un.org>.

⁶¹ See International Law Commission, *Yearbook of the International Law Commission* 1962, vol. II, p. 239. The final draft did not include the provision as a result of the objections of the United States and Great Britain expressed in their observations on the draft circulated to governments for comment.

This principled definition articulates the notion of a legislative category directed to community-wide concerns. However, this conceptual elaboration by the ILC did not make it into the Diplomatic Conference where the VCLT was adopted. The result is that the category persists in latent form: textually acknowledged, but never translated into a procedural or institutional infrastructure. It therefore lacks an international legal architecture capable of completing and ordering general multilateral primary and secondary rules under the very idea of ‘matters of general interest to States as a whole’ – that is, of *international community interest* in its legal sense.⁶²

The significance of this should not escape the attention of constitutional state organs; for the aggregation of their individual state interests ultimately contains a collective and thus general multilateral element. This points towards primary and secondary rules of international community interest. These are embodied substantive and procedural expressions of international community interest, respectively. Their systemic unity can only be secured through general international legislation.

6. The elusiveness of international jurisdiction

Intergovernmental functionalism has played a significant role in facilitating multilateral coordination within selected subject-matter domains, thereby enabling effective, piecemeal state coordination in response to the challenges of an increasingly interdependent world. At the same time, however, it has contributed to the entrenchment and perpetuation of a general authority default in the international legal sphere. As a direct consequence, the international community now faces a persistent and open contestation regarding the relative legal status of competing global public goods and values, and thus the relations of primacy among them. Paradoxically, this contestation is further intensified through the treaty form itself –still the privileged modern form of public international law– via the strategic layering of contractualized geopolitical treaties by hegemonic states, most notably expansive free trade agreements (FTAs) and similar vehicles. In this way, a broad spectrum of subject-matter issues is channelled into intergovernmental bargaining and made subject to the secondary rules of adjudication of those geopolitical legal instruments (see Benvenisti, 2016, and Cottier, 2015).

These ongoing trends in treaty-making –with traditional general international law, to say nothing of general international legislation, remaining in the background– manifest themselves not only in classic regime-building through the treaty form, but also in phenomena such as regime-shifting⁶³ and counter-regime-building (see Morse and Keohane, 2014). Notwithstanding the variety of definitions already available to describe these processes, the concepts of regime-building, regime-shifting, and counter-regime-building most comprehensively capture the fundamental state stances toward the treaty-based regime.⁶⁴ That is, they exacerbate instrumental and opportunistic conceptions of public law, which produce paradoxical competitive forms of international authority anchored in the Westphalian model of treaty-based ordering.⁶⁵

Still today, the rules governing the exercise of international authority within the international community remain unsettled. The definition of the general interest

⁶² For a comprehensive analysis of the evolution and significance of community interests in international law, see Benvenisti and Nolte (2018); and Simma (1994).

⁶³ See first formulations of regime-shifting in Braithwaite and Drahoš (2000), and Helfer (2004).

⁶⁴ Interestingly, the categories of regime-shifting, counter-regime-building, and traditional regime-building closely mirror Albert O. Hirschman’s classic taxonomy of institutional responses: exit, voice, and loyalty, respectively (Hirschman, 1970).

⁶⁵ For a particularly insightful analysis, see Benvenisti and Downs (2007).

through multilateral procedures is difficult to achieve and is regularly contested, notably through public law practices rooted in the treaty form itself, as noted above. Regardless of institutional arrangements, the principal actors in these processes include governmental departments and agencies, the international organizations and technocratic bodies in which they participate, and a range of civil society entities. Importantly, they likewise comprise international corporate forms and structures through which capital holders with controlling interests (or de facto influence) operate across jurisdictions, thereby structuring the global exercise of private power, as a correlate to the global accumulation of capital.⁶⁶

In this challenging global setting, new regimes are established and existing ones reformed to: (1) fill institutional gaps in selected subject-matter domains where no regimes exist; (2) address enforcement gaps of less effective regimes, often by linking issues across domains; and (3) counterbalance the rules and decisions of existing regimes. Through this last function, the international legal status of global public goods and values is not merely refined or expanded, but instead frequently subject to strategic contestation, eventually leading to renegotiation.

In such a setting, governmental departments and agencies may seek to allocate or reallocate prescriptive and adjudicative jurisdiction among special treaty-based regimes –or even establish new ones– to expand their administrative competences, policy priorities, and agendas within ongoing processes of global policy (re)definition. Naturally, such efforts are often aligned with the interests of constituencies connected to the public goods and values subject to their domestic administrative competence. These constituencies may be public or private, profit or non-profit, or some combination thereof.

Building on this dynamic, these constituencies not only strategically leverage rules of other regimes within the internal procedures of targeted regimes to secure greater deference to the public goods and values they prioritize (see Cameron, 2000, p.19); they also frequently lobby for (1) the direct and formal incorporation of the public goods and values they select –thereby introducing new issues and functional objectives– into the rulebook of the targeted regime (so-called issue linkage), or (2) the creation of new regimes to protect those global public goods and values.

Again, a plausible explanation for this situation is the absence of a clear allocation of competences among the international authorities established by special treaty-based regimes (i.e., international jurisdictions). In this context, existing general international law, in its current non-institutional configuration,⁶⁷ proves incapable of providing effective inter-institutional ordering in the interest of the international community. Although it is the body of public law that might reasonably be expected to embody the general authority rationales embodied by constitutional state organs at

⁶⁶ The global expansion of private power increasingly conditions existing forms of public authority, including contemporary international authorities operating through special treaty-based regimes. In today's regulatory environment, as captured by the concept of meta-regulation, societal actors at all levels simultaneously function as both regulators and regulatees. Thus, the same actor may function as regulator in one context and regulatee in another. The state itself illustrates this duality, being subject in certain contexts to oversight by non-state actors such as credit rating agencies –a paradigmatic, yet by no means unique, example of how public authority can be regulated by private actors. More broadly, the interplay of regulatory roles among state and non-state actors permeates all spheres of activity, resulting in a system characterized by regulatory circularity. See, in particular, Drahos (2017, pp. 761–783). For the original idea of states as 'rule takers' as distinct from 'rule makers,' see Braithwaite and Drahos (2000, pp. 3–4).

⁶⁷ Josef L. Kunz described general international law as «a primitive law lacking special organs» highlighting its limited institutional development; see Kunz (1953, p. 457) (General international law is, up to now, a primitive law lacking special organs).

the international level, its present non-institutional configuration leaves the center of institutional activity to the special treaty-based regimes. As a result, consistent with the institutional practice whereby governmental departments represent the state in specialized treaty bodies, the locus of international authority resides in the realm of intergovernmental functionalism.

The environmental movement and its constituencies were among the first to recognize the phenomenon of default international jurisdictions several decades ago, and to draw attention to its far-reaching implications, particularly with respect to the law of the then so-called «world trade system» (i.e., GATT). In the telling words of influential world trade scholar John H. Jackson (1993, p. 516), «it is no surprise [...] that the environment and trade issues are often discussed only in the context of the one comprehensive regime that exists: that governing trade». In Jackson's usage, 'existing' referred to the relatively effective secondary rules of international law in the field of world trade law.

Despite the somewhat sweeping nature of Jackson's assertion, his observation proved prescient, as only a few years later the multilateral treaty-making negotiations underway at the time culminated in the creation of the WTO. Without delving further into that process, this episode stands as a paradigmatic example of the public challenges inherent in the self-referential construction of authority. Such dynamics permeate intergovernmental functionalism, as discussed in these pages. The practice of treaty-making under this logic consolidates into treaty law the structural biases of specialized administrative departments and agencies with regard to other competing global public goods and values. This consolidation occurs as a matter of course, by layering rules of adjudication and change –such as dispute settlement mechanisms, rule-making protocols, and their respective international procedures– upon the primary rules that enshrine those global public goods most closely aligned with domestic administrative authority.⁶⁸

Emerging in the late nineteenth century from the consent of states, special treaty-based regimes constitute a new form of international authority, which lacks a stable constitutional allocation of jurisdictions, such as constitutions do in distributing competences among state organs at the domestic level.⁶⁹ While the United Nations Charter is often described as a constitutional treaty framework for the international community, it does not provide procedural integration for multilateral and plurilateral treaty-making across different subject-matter domains. Nor does it do so for the international rules and decisions subsequently adopted by treaty bodies within those domains, leaving the system without meaningful procedural integration.⁷⁰

Moreover, the principal organs of the United Nations lack the jurisdictional competence to advance this objective on behalf of the international community –with certain qualifications in the case of the ICJ,⁷¹ and, by contrast, with the Security

⁶⁸ On the unorthodox invention and remarkable development of GATT panels, see Hudec (1970, 1990) and Zapatero (2000).

⁶⁹ For a relevant legal analysis of how authority is delegated within international organizations, with special attention to institutional structures and comparative practice (notably in the United Nations and the European Union), see Kuijper (2022). For the principal-agent theoretical framework and empirical patterns of delegation and agency, see Hawkins, Lake, Nielson, and Tierney (2006).

⁷⁰ See, for a comprehensive argument on the constitutional character of the UN Charter, (Fassbender, 1998 and 2009). See also Dupuy (1997), as well as Jürgen Habermas (Habermas, 2006), who appears to endorse this line of argument. For a critic see Klabbers (2017) (no separation of powers neither accountability of the UN or its organs).

⁷¹ The International Court of Justice lacks contentious jurisdiction over international organizations, which may only request advisory opinions through designated UN organs or specialized agencies, as provided under Articles 65 and 96 of the UN Charter. Interestingly, however, through landmark advisory opinions

Council exercising extensive powers that remain constitutionally contentious in its current configuration.⁷² In essence, their powers are circumscribed by the logic of intergovernmental functionalism underpinning most contemporary international institutional law, with the exception of certain organs within regional integration organizations.⁷³

In the absence of a constitutional treaty framework for the international community, multilateral and plurilateral treaty-making across different subject-matter domains remains unfixed. This leaves the question of «who does what» –and thus who decides –relatively unsettled and subject to reconfiguration and change. As a result, the geography of special regimes resembles an interactive map of shifting tectonic plates (see Trachtman, 1992, pp. 459-460), with international jurisdictions layered across functional areas (i.e., treaty-based regimes) that can be subdivided, shifted, and overlapped⁷⁴ –an arrangement that stands in sharp contrast to the relative stability of institutional forms of public authority characteristic of state legal systems.

When examining the shifting map of international jurisdiction,⁷⁵ it becomes evident that the formal exercise of jurisdiction through treaty-based regimes is subject to ongoing renegotiation. Jurisdiction may be subdivided, or reallocated among regimes through mechanisms such as «issue linkage», while overlaps are sometimes deliberately engineered to counterbalance or contest the authority of existing regimes. In this way, treaty-based regimes can be deliberately designed to establish alternative international legal perspectives on particular issues. By doing so, they challenge the authority of incumbent special regimes and, in turn, contribute to the continuing redefinition and repositioning of global public goods and values within the international legal sphere.

Particularly telling examples are the 2005 UNESCO Convention on Cultural Diversity (i.e. culture vis-à-vis trade) and the 2001 Shanghai Cooperation Organization (i.e. national security vis-à-vis human rights), each seeking to rebalance global public

–such as *Reparation for Injuries* (1949), *WHO/Egypt Agreement* (1980), and *Nuclear Weapons* (1996)– the ICJ has contributed to the development of the active dimensions of international organizations' legal personality, as well as their implied powers to fulfill their purposes. By contrast, the Court has addressed the negative dimensions of legal personality only more recently. See, generally, S. Rosenne, *Rosenne's The World Court: What It Is and How It Works*, 7th rev. ed., D. Richemond-Barak ed. (Brill Nijhoff 2021); *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Rep. 1949, p. 174; *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Rep. 1980, p. 73; *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict*, ICJ Rep. 1996, p. 66.

⁷² The entrenched veto power of the permanent members of the Security Council (P5), together with the Charter provision requiring their consent for any reform of this privilege, constitutes perpetual and unamendable procedural obligations unknown to any modern constitution. No constitutional order recognizes unamendable rules of this kind, as public power –and therefore authority– is always delegated and must remain so to preserve its validity. On this basis, it is reasonable to contend that any constitutional state organ may –most recently illustrated by the *Kadi* litigation before the European Court of Justice– challenge the authority of such arrangements under both domestic and general international law, and may accordingly make compliance with Security Council rules and decisions conditional. For Hans Kelsen's analysis see Kelsen (1946: 1121) («[t]he veto right of the five permanent members of the Security Council places them above the law of the United Nations, establishes their legal hegemony over all the other members, and thus stamps the Organization with the mark of an autocratic regime»); Kelsen (1948: 790) (discussing the ICJ being under the political control of the Security Council); and Kelsen (1950, chapter X) (The Security Council).

⁷³ See e.g. Weiler (1991) and Stone Sweet (2004).

⁷⁴ For a strand in political science arguing that 'functional overlaps' between international institutions foster competition, specialization, and coordination among regimes –rather than conflict– thereby enhancing global governance, see Gehring and Faude (2014).

⁷⁵ With the principal exceptions of the amendment rigidity of the UN Charter and the entrenchment of the Security Council, whose permanent members hold a veto over amendments (see note 88 above).

goods and values by creating new regimes that deploy alternative legal categories to reshape the international legal status quo. Respectively:

- A. A treaty-based regime promoted by ministries of culture –initiated by the EU, Canada, and other actors– that seeks to rebalance the international legal conception of culture as distinct from mere goods and services. It does so by introducing the categories of ‘cultural objects’ and ‘cultural expressions’ as alternatives to those of world trade law. Designed to rebalance the conventional market-oriented interpretation of cultural transfers by existing trade treaty bodies, the initiative aims to legitimize restrictions on national treatment and most-favoured-nation obligations within the territories of its member states.
- B. A treaty-based regime promoted by authoritarian governments –initiated by China, Russia, and others– that seeks to rebalance the post-war legal conception of international civil and political rights by introducing an expansive understanding of national security and terrorism. Designed to rebalance the conventional interpretation of civil and political rights by established human rights treaty bodies, the initiative aims to legitimize restrictions on international civil and political rights within the territories of its member states.

Without delving into the notably distinct and contrasting nature of these examples,⁷⁶ the unrestrained use of the treaty form to construct alternative international authority presents an unpromising scenario for the rule of law, as it is exposed –and potentially compromised– by strategically blurred boundaries of international legality within the international community.⁷⁷ Arguably, this is the inevitable legal by-product of the current open-ended approach to the formation, allocation, and reallocation of international jurisdiction through ordinary treaty forms. What ultimately emerges is a highly contractualized conception of public law, reliant on self-referential treaty forms, that risks undermining the rule of law.

In a similar vein, the well-documented proliferation of expansive, multi-issue Free Trade Agreements (FTAs) serves as a salient example of these contested public law practices. A paradigmatic case of the opportunistic deployment of the treaty form by governments is evident in the diverse array of FTAs –whether bilateral, plurilateral, regional, or inter-regional– concluded over recent decades.⁷⁸ These rhizomatic treaty forms, often likened to ‘Christmas trees,’ are notable for incorporating provisions that span a wide spectrum of public and social issues, frequently extending well beyond the traditional domain of trade. The purported *trade-relatedness* of such provisions is often justified on highly contestable premises and rationales.⁷⁹ Recent examples include the EU–Canada Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA,

⁷⁶ For the ‘mimicking and repurposing’ of international legal rules by authoritarian regimes, see Ginsburg (2020: 241–52). For the official narrative, see the Russia–China *Joint Declaration on Promotion and Principles of International Law* (June 25, 2016), and the *Joint Statement of the Russian Federation and the People’s Republic of China on International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development* (February 4, 2022). See also Scheppele (2018) and, more generally, Müller (2016).

⁷⁷ The rule of law, however unclear in its international implementation, is structurally linked to the protection against the abuse of power. See e.g., Waldron (2011, p. 323).

⁷⁸ The phenomenon by which FTAs fall into disuse without formal termination –leaving «skeletons in the cupboard» in the form of overlapping or dormant legal rules and fora, as observed by Pauwelyn and Alschner– exemplifies the practice of *layering*, whereby new arrangements are superimposed on existing ones rather than replacing them. See Pauwelyn and Alschner (2015, pp. 25–26).

⁷⁹ The lead agencies managing these pluri-issue negotiations –which increasingly encompass a wide range of issues– tend to be domestic trade agencies. This position naturally enhances their leverage over other governmental departments and agencies in determining the content, form, and direction of final treaty outcomes.

2017), the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP, 2018), the United States–Mexico–Canada Agreement (USMCA, 2020), the Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP, 2022), the India–Australia Economic Cooperation and Trade Agreement (2022), and the EU–Mercosur Trade Agreement, among others.⁸⁰

In the absence of an institutionalized general regime of international law, treaty-based regimes and their prescriptive and adjudicative jurisdictions paradoxically blur international legal consistency, as states engage in an ongoing meta-game of reallocating, duplicating, and overlapping authority across both established and emerging special regimes.⁸¹ This plural allocation of international jurisdiction –lacking international organs and procedures to integrate it– renders international legality, and by extension foundational elements of modern law, at risk of being lost in translation. This occurs when global public goods and values are subjected to self-referential treaty-making practices that not only reinforce, but also reposition or contest those very public goods and values, and in doing so inevitably foster a plurality of international legal perspectives.

This phenomenon both reflects and exacerbates the dysfunctions associated with the absence of general international organs and procedures with authority over treaty provisions as well as over the international rules and decisions generated by these special regimes—a dynamic in which cause and effect continuously swap and reinforce one another. In this sense, the international legal order appears caught in a paradox of eternal return, as treaty-making practices not only generate new regimes but also outcompete, displace, or overlap with existing ones –often without necessarily terminating them– thereby contributing to an ongoing blurring of legal authority and perpetuating international legal indeterminacy.

7. Such a thing as general international legislation

Over the past century and a half, governments have primarily promoted regime-building within functional domains. Intergovernmental functionalism –manifested through special treaty-based regimes– has long dominated global affairs,⁸² significantly fostering interstate cooperation and contemporary interdependence. Yet, paradoxically, the cumulative effect of successive layers of specialized rules and institutions has contributed to the stagnation of multilateralism.⁸³ This preferential, if not structural, reliance on special regimes has come at the expense of developing general international organs and procedures, mechanisms essential for ensuring general procedural integration and, consequently, a degree of consistency across regimes.

Unsurprisingly, in the absence of overarching international adjudicative and prescriptive authorities with jurisdiction over these special regimes –and thus of general rules of adjudication and change– legal positions concerning global public goods and values become entrenched within them. Such entrenchment not only

⁸⁰ For an overview of the scope of this centuries-long phenomenon, see the documentation and follow-up reports of the WTO Committee on Regional Trade Agreements, which is formally tasked with exercising multilateral oversight of free trade agreements and customs unions pursuant to GATT Article XXIV and GATS Article V.

⁸¹ See, in particular, Benvenisti and Downs (2007).

⁸² On functionalism more generally, see the leading works of Jan Klabbers cited in the preceding notes. For a focused analysis of its colonial origins, see his Klabbers (2014). A detailed examination of the legal regimes established under colonial rule and their enduring legacies can be found in Mommsen and de Moor (1992) and Benton (2002).

⁸³ For an analysis of the stagnation of formal international law and the rise of so-called informal lawmaking, see Pauwelyn, Ramses, Wessel, and Wouters (2014).

fosters strategic regime-building and manoeuvring across regimes, but also makes attempts at new multilateral rulemaking increasingly difficult to achieve. In this sense, and exposing the limits of its own expansion, the long-standing paradigm of intergovernmental functionalism appears to have been undermined by its very success.

The pursuit of international legal consistency across this layering of self-referential legal constructs proves to be a particularly complex, if not elusive, endeavour. As a result, international law is rendered less an order than a playing field;⁸⁴ that is, one shaped primarily by the so-called regulatory state,⁸⁵ which has entrenched intergovernmental functionalism through special treaty-based regimes and, in doing so, expanded technocratic decision-making within current forms of international institutional law.⁸⁶

In contrast to what might be described as contemporary global executive overreach, constitutional state organs other than governments –namely, legislatures and constitutional courts– have played a comparatively limited role. Rather than actively promoting the establishment of overarching general international organs and procedures to ensure the procedural integration of special treaty-based regimes under a general authority rationale, these state organs have largely confined their involvement to the binary approval or rejection of such regimes –even where they were clearly legitimized to demand arrangements more consistent with their constitutional functions.

Over time, parliamentary involvement and judicial oversight in the processes of treaty-making and withdrawal have increased.⁸⁷ This trend suggests a complex and gradual shift away from the traditional executive-dominated model of treaty-making, reflecting concerns about the domestic separation of powers. Nevertheless, ensuring effective checks and balances also requires careful consideration of their international dimensions –a factor to which constitutional state organs do not always appear to pay sufficient attention.

⁸⁴ For a comprehensive reflection on the indeterminacy, structural biases, strategic politics of definition, and managerialism in international law, see Martti Koskeniemi, 'The Politics of International Law—20 Years Later', (2009). The earlier article, 'The Politics of International Law' (1990), lays the foundational analysis of the inherent indeterminacy and political contestation in international legal argumentation.

⁸⁵ On the concept and evolution of the «regulatory state» –characterized by the delegation of authority to administrative agencies and the diffusion of regulatory capacity across networks involving state, market, and civil society actors–see Majone (1990, pp. 1–6 and 1994); and Scott (2017). For foundational studies of global regulatory networks and the regulation of corporate capitalism, see Braithwaite and Drahos (2000); and Picciotto (2011a). For the global diffusion and adaptation of regulatory models, and the emergence of “regulatory capitalism,” see Braithwaite (2008); Levi-Faur (2005); and Jordana, Levi-Faur, and Marin (2011). For the challenges posed by the hybrid functions of administrative agencies to the classical separation of powers, and the adaptation of accountability mechanisms, see Cassese (2005) and Sunstein (2024).

⁸⁶ For an insightful reflection on the regulatory state and the erosion of the distinction between public and private spheres, see Picciotto (2011b). Relatedly, for an in-depth analysis of technocratic decision-making and the widening gap between technocracy and politics through processes of technicization –using global taxation as a case study– see Picciotto (2022).

⁸⁷ Drawing on a comprehensive dataset covering the period from 1815 to 2013, Verdier and Versteeg trace the evolution of the separation of powers in treaty-making. Their findings confirm a sustained trend toward greater parliamentary involvement and new constraints on the executive's ability both to conclude and to withdraw from international agreements. At the same time, they document the continued proliferation of executive «work-arounds» –alternative mechanisms enabling executives to bypass full legislative approval, albeit under significant legal and constitutional constraints. They also highlight the growing role of national judiciaries in subjecting treaties to constitutional review prior to ratification. See Verdier and Versteeg (2019).

The laissez-faire approach to the institutionalization of international law through mere special treaty-based regimes not only disregards the subsequent decision-making processes within those regimes –and thus the international rules and decisions that emerge from them– but also implies that the general function of balancing these regimes –and, by extension, the global public goods and values they regulate– ironically defaults once again to governments and to the very special regimes primarily administered by their departments. In strict rule-of-law terms, this situation amounts to a perverse Faustian bargain for our societies: a technocratic *totum revolutum*, lacking any meaningful general international organs and procedures capable of deliberative balancing.

It is reasonable to maintain that, since special regimes operate as intergovernmental vehicles for functional cooperation –exhibiting, if not mimicking, features akin to administrative agencies– it would be logical to apply general authority rationales to these regimes at the international level: (1) ideally, through general international organs and procedures in which constitutional organs collectively participate; or (2) alternatively, through mechanisms in which the rationales articulated by constitutional organs are at least indirectly expressed.

Still today, the authority rationales of special regimes lack any general correlate in the international legal sphere. In their current configuration, UN regime bodies do not function as organs of general authority –save for the fragile exception of the International Court of Justice (ICJ). Indeed, the UN General Assembly, the ICJ itself, ECOSOC, and the relatively new UN Chief Executives Board –not to mention the Security Council– are, by design, excluded from the task of balancing the legal outcomes generated by the prescriptive and adjudicative jurisdiction of these regimes. As a result, the very global public goods and values that special regimes have increasingly regulated over the past decades remain outside the scope of such balancing.

On the one hand, while the UN General Assembly is undoubtedly an organ of general international authority, it paradoxically does not produce general international legislation (see Yuen-Li Liang, 1948). On the other hand, although the International Court of Justice is an organ of general international authority, it lacks adjudicative jurisdiction to exercise judicial review over conflicts between special regimes, or the international rules and decisions emanating from those regimes.

Furthermore, the UN Economic and Social Council (ECOSOC), despite its broad mandate to coordinate the economic and social work of the United Nations and its specialized agencies, is similarly constrained: it lacks the treaty competences required to assert any genuine general authority.⁸⁸ The UN Chief Executives Board, for its part, serves as a high-level forum for inter-agency coordination and maintains a reporting relationship with ECOSOC, but functions merely as an inter-administrative body without the treaty competences necessary to exercise any formal general authority (see Zapatero, 2015). Last but not least, as previously noted, little can be

⁸⁸ Notably, Article 62(3) of the UN Charter empowers ECOSOC to ‘prepare draft conventions for submission to the General Assembly, with respect to matters falling within its competence.’ At the dawn of the United Nations era, Wilfred Jenks –already an influential international legal scholar and later Director-General of the International Labour Organization– expressed the hope that this power would be ‘used with imagination and vigour’ to achieve ‘a far-reaching rationalisation of the technique of the multipartite instrument’. See Jenks (1945, p. 48).

said in favour of the Security Council, which remains a structurally biased treaty body operating under a largely pre-modern legal configuration.⁸⁹

Therefore, in the absence of any general international organs or procedures capable of balancing the prescriptive and adjudicative jurisdiction of special regimes in line with rule of law standards, the international community is, in effect, left in the hands of governments, their respective departments, and the very special treaty-based regimes for which they have secured parliamentary ratification. In this context, the international disaggregation of state authority –and, by extension, state consent⁹⁰– into these regimes serves to consolidate and aggregate international authority within them. As a result, state authority becomes dispersed across these regimes, as treaty bodies governing areas such as trade, environmental protection, and human rights entrench distinct forms of international authority within their respective subject-matter domains.

This phenomenon dilutes the exercise of general authority rationales—and thus those of constitutional state organs other than governments—over these function-oriented international entities. In short, general authority rationales beyond those of governments are excluded from this longstanding grand intergovernmental bargain. As a result, the institutional operations of special regimes, designed and administered by governmental departments and agencies, unfold within a general authority void. Crucially, there are no general international organs to ensure the procedural integration of these regimes, whether with the general regime of international law or with one another.

Paradoxically, state consent has tended to advance special rather than general authority rationales within international law, thereby privileging the rationales of governmental departments and agencies. Ironically, this process has unfolded in a context where, through special secondary rules of adjudication and change, governments have created treaty-based regimes in specific subject-matter domains that mimic the norm-production and adjudicative functions originally attributed to parliaments and courts –much as administrative agencies have done within the regulatory state.⁹¹ By contrast, and to borrow a circus metaphor, the crucial difference lies in the fact that administrative agencies perform their rulemaking and adjudicative operations with a safety net –legislative oversight and judicial review–whereas special regimes walk a tightrope without one, owing to the absence of general organs and procedures capable of exercising this function in the interest of the international community.

The future of public authority in administering world affairs in the interest of the international community depends on whether intergovernmental functionalism continues to inhibit –and thus structurally disregard– the incorporation of general

⁸⁹ Beyond the recent interventions by constitutional courts and the European Court of Justice—which have exercised review over the Security Council's activities—it would be timely for constitutional courts, acting jointly, to raise the issue of reforming these and other pre-modern elements of international law. Such an initiative could take the form of a collective declaration within the World Conference on Constitutional Justice (WCCJ). Drawing inspiration from the Vilnius Declaration on the Rule of Law –focused primarily on domestic constitutional law– a comparable initiative could be envisaged in relation to international institutional law, whose condition likewise bears directly on the rule of law. See Declaration on the Rule of Law, adopted by the WCCJ, Vilnius, 2017.

⁹⁰ The notion of «disaggregation of consent» captures how international organizations have evolved beyond the classical paradigm of unified state consent. Consent is broken down into distinct elements, enabling institutional decision-making and the creation of legal obligations through procedures that do not rely exclusively on the direct and explicit approval of states. For a comprehensive analysis, see Brölmann (2023).

⁹¹ See *supra*, footnotes.

authority rationales into international decision-making processes. Arguably, the most effective –albeit challenging– path forward is to address the existing gaps in general authority rationales within international law. Only by doing so can the limitations of functionalism be overcome and a standard international legal system established. Yet (government-driven) state consent has fuelled the development of function-oriented forms of international authority through special treaty-based regimes, while neglecting the formation of general forms of international authority. In other words, it has set aside the institutional forms and procedures of general authority that articulate public decision-making in rule-of-law principles.

8. The hard case of treaty-led regulatory arbitrage

The dysfunction produced by these global public practices is nowhere more evident than in the economic sphere, or so-called ‘international economic law’.⁹² a label whose ever-expanding boundaries risk conflating ‘the economic’ with virtually all other domains,⁹³ often to the detriment of meaningful distinctions and decisions in the general interest –understood as the interest of the international community.

Following the collapse of the Soviet Union, governmental economic departments and agencies actively promoted the expansion of special regimes within their respective administrative spheres, under the official banner of world market formation –or so-called global liberalization– and instrumental conceptions of public goods and values associated with the international free movement of capital, goods, and services, though notably not individuals.⁹⁴ Operating confidently within a persistent void of general international authority –and, crucially, neglecting the establishment of effective multilateral regimes such as those for tax and competition – this simplified technocratic worldview has, in recent decades, exacerbated traditional regulatory arbitrage as a result of increasing general authority default.

In light of this, the theory of regulation draws a crucial distinction between regulatory competition and regulatory arbitrage –two distinct yet closely related phenomena. This distinction is particularly pertinent for conceptualizing the problem of self-reference in treaty law, as the design of special treaty-based regimes can be strategically employed to create new, alternative, and even ‘movable’ or creeping international jurisdictions.⁹⁵ Regulatory competition refers to regulators –typically states– competing to attract firms by offering more favourable legal environments for capital.⁹⁶ By contrast, regulatory arbitrage refers to firms exploiting these differences in public law to minimize regulatory burdens and maximize capital formation and

⁹² For an influential account of the field, situated in the intellectual climate of its time, see Trachtman (1996).

⁹³ By extension, it is already contested –and nor would it be advisable– to simply transpose the economic analogy onto international law. See, in particular, Dunoff and Trachtman (1999). See also the references below.

⁹⁴ See landmark accounts on regulation and capitalism by Sol Picciotto (2011). See also Braithwaite and Drahos (2000, introduction, chapter 1 and 23) and Yergin and Stanislaw (1998, chapters 8–10).

⁹⁵ In this respect, although technocratic creativity is widespread, the resulting treaty design does not necessarily align with a meaningful understanding of the interests of the international community – interests that might yield quite different outcomes were the regime procedurally subject to general authority rationales. By contrast, as discussed above, domestic administrative agencies –as public bodies whose functions are in certain respects analogous to those exercised by special regimes– are logically anchored to general authority bodies through judicial review and legislative oversight, thereby preserving legality and ensuring institutional accountability to the political community.

⁹⁶ For early treatment of the concepts of cooperation (horizontal/vertical regulatory cooperation) and competition (horizontal/vertical regulatory competition) as applied to states as well as to international organisations and certain treaties, see Trachtman (1993). See also Trachtman (2008) for a significant effort to apply economic theory to international law.

accumulation.⁹⁷ In short, competition is about states setting the rules to attract capital, while arbitrage is about firms navigating or circumventing those rules for maximum advantage:

- A. Regulatory competition refers to the competition among states' (prescriptive and adjudicative) jurisdictions to create a more attractive legal environment for business and investment. For instance, a state may relax its public law rules to attract or retain capital relative to jurisdictions with stricter public law rules.
- B. Regulatory arbitrage refers to the practice of exploiting legal differences between states' (prescriptive and adjudicative) jurisdictions in order to minimize regulatory burdens and maximize benefits. For example, companies may structure transactions or relocate operations to jurisdictions offering more favourable legal environments.⁹⁸

These concepts are commonly understood to refer to the state form –and thus to domestic law– within the broader global context of access to capital. Nonetheless, there are compelling reasons to argue that they can also be extended to international law more generally, and to treaty-based regimes themselves. In this respect, the possibility of allocating or reallocating international prescriptive and adjudicative jurisdiction over new subject matters to special treaty-based regimes can be understood as a form of regulatory competition –along lines commonly observed in domestic law– which in turn generates new forms of regulatory arbitrage, namely, treaty-led regulatory arbitrage.

This outcome is frequently facilitated by the economic departments and agencies of both home and host states, which play a pivotal role in the design and administration of economic treaty-based regimes, often under significant pressure from special interest groups. In this context, global corporations (or, more precisely, capital holders operating through international corporate forms and structures) can catalyze new forms of regulatory competition between regimes and, in turn, treaty-led regulatory arbitrage.

Ostensibly oriented toward advancing the primacy of global public goods and values associated with the free movement of capital, goods, and services in the long term, the resulting regimes are frequently designed and administered in ways that generate a significant degree of controlling authority –particularly when conflicts, disputes, or tensions arise– relative to other global public goods and values. This is achieved, in part, through the deployment of secondary rules of adjudication, which often serve to entrench the autonomy of these regimes in the face of competing normative claims.

This paradoxical interplay of regulatory competition and concomitant regulatory arbitrage may be understood as a logical consequence of the absence of procedural integration within the international community under general authority rationales. By default, public law is often structured to protect and advance the private interests of capital holders operating through international corporate forms and structures across multiple jurisdictions, to the detriment of the broader political community.⁹⁹

⁹⁷ See, e.g. Vogel (1996:11) and Coffee (1998).

⁹⁸ For a broader discussion of these issues from the standpoint of regulatory interaction, see Section 3.2.2, 'Managing Regulatory Interactions,' in Picciotto (2011, pp. 84–99).

⁹⁹ For an intellectual history that illustrates how sovereignty (public power) and property (private power) intertwine and balance each other throughout the evolution of international law, see in particular Koskeniemi (2021).

For this reason, there has been a steady and pronounced expansion of globalized corporate rights and benefits –manifested, for instance, in the proliferation of international rules promoting trade and capital liberalization, investment protection, and the propertization of intangibles through intellectual property. Yet this expansion has not been matched by a commensurate development of international corporate obligations and responsibilities adequately adapted to the complex realities of contemporary corporate organization. As a result, a pronounced asymmetry persists between the rights and benefits conferred upon corporate actors and the global rules available to ensure their accountability and liability. Indeed, as Laporta observes, «the struggle against the rule of capital is exactly the struggle for the rule of law» (Laporta, 2014).

This fact illustrates the pressing need for states –and, in particular, constitutional organs– to devote greater attention to strengthening general authority rationales within international law. Accordingly, constitutional state organs must more rigorously engage with the procedural dimensions of the general regime of international law, particularly with regard to the gaps and shortcomings of special regimes –not only in the economic sphere, but across the entire international legal domain. The rule of law itself depends on the effective integration of special regimes within general international organs and procedures and, by extension, on the establishment of a legal system for the international community. Ultimately, only the collective construction of institutions that genuinely represent the international community as a whole can prevent technocracy from producing and administering self-referential treaties which –embedded in a general authority default– fail to reflect the interests of all. In sum, sustaining the rule of law in an interdependent world requires the procedural integration of special regimes into the general regime of international law, guided by robust general authority rationales.

The prevailing paradigm of intergovernmental functionalism –characterized by a persistent reliance on special treaty-based regimes– has indeed significantly advanced interstate cooperation over the past century and a half. Yet the self-referential layering of rules regulating selected global public goods and values ultimately contributes to the stagnation not only of general multilateral regime-building, but also of special regimes themselves. Consequently, while the emergence of a standard legal system that effectively serves the interests of the international community remains aspirational, a viable –albeit challenging– path forward is to progressively address the gaps in general authority rationales within international law, thereby fostering, over time, the development of such a system. The fundamental challenge, of course, is to determine how this can be realized in practice.¹⁰⁰

As Klabbers observes, international law has long been idealized as a force for good, often grounded in the belief that ‘everything international is wonderful precisely because it is international, and that international organizations embody our highest aspirations for legislative reason and global cooperation.’¹⁰¹ Indeed, multilateralism, cooperation, and international law are neither intrinsically good nor bad, as both contemporary realities and historical experience attest. Against this backdrop,

¹⁰⁰ For an elaborate approach to international authority that places particular emphasis on its legitimacy and control (developed by the so-called Max Planck school of ‘international public authority’ or ‘international public law’), see, e.g., von Bogdandy, Wolfrum, von Bernstorff, Dann, and Goldmann (2010); and von Bogdandy, Goldmann, and Venzke (2017). For a contrasting approach that focuses on procedural and administrative mechanisms (commonly referred to as ‘global administrative law’), see, e.g., Kingsbury, Krisch, and Stewart (2005) and Cassese (2015, 2021).

¹⁰¹ See Klabbers (2001, pp. 287-288, and 2022: 12 and 19).

applying rule-of-law standards to international institutional law has become an increasingly critical area of inquiry, with far-reaching practical implications.

Over the past three decades, public law scholars have devoted considerable attention to the challenge of advancing the international dimensions of the rule of law.¹⁰² Any synthesis of current approaches is inevitably subjective. Yet several principal domains have crystallized, each with its own terminology and methodology: the old and new approaches to international institutional law; approaches to international public authority; global administrative law; and the various strands of global constitutionalism.

Together, these areas reflect the ongoing global quest for *eunomia* within evolving forms of international legality, as understood in modern rule-of-law terms—a development with far-reaching implications in an increasingly interdependent world. If, as Tomuschat suggests, international law is to be regarded as a comprehensive blueprint for social life (Tomuschat, 1999: 63), constitutional state organs must promote a more robust general legal infrastructure in the interest of the international community. Otherwise, public law risks further entrenching global governance as a normative patchwork—or *potpourri*—in which public authority loses the capacity to define common rules and procedures in the general interest, and is thereby diluted, if not captured, by global private interests. Only by strengthening general authority rationales in international law can it move beyond a patchwork of regimes and secure the rule of law for the international community.

Bibliografía

- Abi Saab, G. (1987). *Cours général de Droit international public*. Recueil des Cours, Vol. 207, 119–126.
- Ago, R. (1971). Third report on state responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(1), UN Doc. A/CN.4/246.
- Arangio-Ruiz, G. (1995). Seventh report on state responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(1), UN Doc. A/CN.4/469.
- Bentham, J. (1823). *An introduction to the principles of morals and legislation* (Vol. 2). W. Pickers & R. Wilson.
- Benton, L. (2002). *Law and colonial cultures: Legal regimes in world history, 1400–1900*. Cambridge University Press.
- Benvenisti, E. (2014). The law of global governance. *Recueil des Cours*, Vol. 368, 47–435.
- Benvenisti, E. (2016). Democracy captured: The mega-regional agreements and the future of global public law. *Constellations*, 23, 58–70.
- Benvenisti, E., & Downs, G. W. (2007). The empire's new clothes: Political economy and the fragmentation of international law. *Stanford Law Review*, 60, 595–631.
- Benvenisti, E., & Downs, G. W. (2009). Toward global checks and balances. *Constitutional Political Economy*, 20, 366–387.
- Benvenisti, E., & Nolte, G. (eds.) (2018). *Community interests across international law*. Oxford University Press.
- Bianchi, A., & Zarbiyev, F. (2024). What's the purpose of 'object and purpose'? In *Demystifying treaty interpretation* (pp. 118–141). Cambridge University Press.
- Bingham, T. (2010). *The rule of law*. Allen Lane.

¹⁰² For an elaborate approach to international authority that places particular emphasis on its legitimacy and control—developed by the so-called Max Planck school of 'international public authority' or 'international public law'—see, e.g., von Bogdandy, Wolfrum, von Bernstorff, Dann, and Goldmann (2010); and von Bogdandy, Goldmann, and Venzke (2017). Also, for a contrasting approach which focuses on procedural and administrative mechanisms—commonly referred to as 'global administrative law'—see, e.g., Kingsbury, Krisch, and Stewart (2005) and Cassese (2015 and 2021).

- Braithwaite, J. (2008). *Regulatory capitalism: How it works, ideas for making it work better*. Edward Elgar.
- Braithwaite, J., & Drahos, P. (2000). *Global business regulation*. Cambridge University Press.
- Brölmann, C. (2005). Limits of the treaty paradigm. In M. Craven & M. Fitzmaurice (eds.), *Interrogating the treaty and the future of treaty law* (pp. 1–18). Wolf Legal Publishers.
- Brölmann, C. (2007). *The institutional veil in public international law: International organizations and the law of treaties*. Hart.
- Brölmann, C. (2023). International organizations and the disaggregation of consent. In S. Besson (ed.), *Consenting to international law* (pp. 100–116). Cambridge University Press.
- Brown Weiss, E. (2022). *Establishing norms in a kaleidoscopic world*. Brill.
- Brownlie, I. (1998). The rule of law in international affairs. In *International law at the fiftieth anniversary of the United Nations* (pp. 3–8). The Hague Academy of International Law, Martinus Nijhoff.
- Buffard, I., & Zemanek, K. (1998). The ‘Object and Purpose’ of a treaty: An enigma? *Austrian Review of International and European Law*, 3, 311–343.
- Cahier, P. (1988). L’ordre juridique interne des organisations internationales. In *Manuel sur les organisations internationales: A handbook on international organizations* (pp. 237–257). Martinus Nijhoff Publishers.
- Cassese, S. (2005). Administrative law without the state? The challenge of global regulation. *New York University Journal of International Law and Politics* (37): 663–694.
- Cassese, S. (2011). A global due process of law? In G. Anthony, J.-B. Auby, J. Morison, & T. Zwart (Eds.), *Values in global administrative law* (pp. 3–13). Hart Publishing.
- Cassese, S. (2015). Global administrative law: The state of the art. *International Journal of Constitutional Law*, 13, 465–468.
- Cassese, S. (2021). *Advanced introduction to global administrative law*. Edward Elgar.
- Churchill, R. R., & Ulfstein, G. (2000). Autonomous institutional arrangements in multilateral environmental agreements: A little-noticed phenomenon in international law. *American Journal of International Law*, 94, 623–659.
- Coffee, J. C., Jr. (1998). Competition versus cooperation: The future of regulation. *Columbia Law Review*, 98, 1193–1209.
- Colin Scott. (2017). The regulatory state and beyond. In P. Drahos (ed.), *Regulatory Theory: Foundations and Applications* (pp. 265–280). ANU Press.
- Combacau, J. (1986). Le droit international: bric-à-brac ou système? *Archives de philosophie du droit*, 31, 85–98.
- Correa, C. (2004). Implementation of the WTO General Council Decision on paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and public health. *Journal of World Intellectual Property*, 7, 257–273.
- Cottier, T. (2015). The common law of international trade and the future of the WTO. *Journal of International Economic Law*, 18, 3–20.
- d’Aspremont, J. (2018). Monism and dualism in international law. In A. Carty (ed.), *Oxford bibliographies in international law*. Oxford University Press.
- Díaz, E. (2010). *Estado de derecho y sociedad democrática* (Rev. and expanded ed.). Taurus. (Original work published 1966).
- Drahos, P. (2017). Regulating capitalism’s processes of destruction. In P. Drahos (ed.), *Regulatory theory: Foundations and applications* (Vol. 1, pp. 761–783). ANU Press.
- Dunoff, J. L. (2017). The multifaceted relationship between functionalism and global constitutionalism. In A. F. Lang & A. Wiener (eds.), *Handbook on global constitutionalism*. Edward Elgar Publishing.

- Dunoff, J. L., & Trachtman, J. P. (1999). Economic analysis of international law. *Yale Journal of International Law*, 24, 1–59.
- Dupuy, P.-M. (1997). The constitutional dimension of the Charter of the United Nations revisited. *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 1, 1–33.
- Dworkin, R. (2013). *Taking rights seriously*. Bloomsbury Academic. (Original work published 1977).
- Eco, U. (1994). *Apocalypse Postponed: Essays by Umberto Eco*. Indiana University Press.
- Elster, J. (1979). *Ulysses and the sirens: Studies in rationality and irrationality*. Cambridge University Press.
- Falk Moore, S. (2005). Certainties undone: Fifty turbulent years of legal anthropology, 1949–1999. In S. Falk Moore (ed.), *Law and anthropology: A reader*. Blackwell.
- Falk, R. (1959). International jurisdiction: Horizontal and vertical conceptions of legal order. *Temple Law Quarterly*, 32, 295–320.
- Fassbender, B. (1998). The United Nations Charter as constitution of the international community. *Columbia Journal of Transnational Law*, 36, 529–619.
- Fassbender, B. (2009). *The United Nations Charter as the Constitution of the International Community*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Gehring, T., & Faude, B. (2014). A theory of emerging order within institutional complexes: How competition among regulatory international institutions leads to institutional adaptation and division of labor. *Review of International Organizations*, 9, 471–498.
- Ginsburg, T. (2020). Authoritarian international law? *American Journal of International Law*, 114, 241–252.
- Gottlieb, G. (1972). The nature of international law: Toward a second concept of law. In *The Future of the International Legal Order* (Vol. IV, pp. 331–383). Princeton University Press.
- Grewe, W. G. (2000). *The epochs of international law*. Walter de Gruyter.
- Griffiths, J. (2005). The idea of sociology of law and its relation to law and to sociology. In M. Freeman (ed.), *Law and sociology: Current legal issues* (Vol. 8, pp. 49–67). Oxford University Press.
- Habermas, J. (2006). Does the constitutionalization of international law still have a chance? In *The Divided West* (pp. 159–165). Polity.
- Hart, H. L. A. (1961/2012). *The Concept of Law*. Oxford University Press. (Original work published 1961).
- Hart, H. L. A. (1983). Self-referring laws. In *Essays in jurisprudence and philosophy* (pp. 170–189). Oxford University Press.
- Hawkins, D., Lake, D., Nielson, D., & Tierney, M. (2006). *Delegation and agency in international organizations*. Cambridge University Press.
- Helfer, L. R. (2004). Regime-shifting: The TRIPs Agreement and new dynamics of international intellectual property lawmaking. *Yale Journal of International Law*, 29, 1–83.
- Hirschman, A. O. (1970). *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*. Harvard University Press.
- Hoekman, B. M., & Mavroidis, P. C. (2016). *World Trade Organization: Law, Economics, and Politics* (2nd ed.). Routledge.
- Hollis, D. B. (2010). The object and purpose of a treaty: Three interpretive methods. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 43, 623–679.
- Hubert Thierry. (1990). The thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law*, 1, 193–20.
- Hudec, R. (1970) The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence. *Journal of World Trade* 5, 615 –665.
- Hudec, R. (1990) *The GATT legal system and world trade diplomacy*. Butterworth Legal Publishers.
- Hurd, I. (2017). *How to do things with international law*. Princeton University Press.

- ICJ. (1949). *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports.
- ICJ. (1980). *Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt*, ICJ Reports.
- ICJ. (1996). *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* (Advisory Opinion), Dissenting Opinion of Judge Weeramantry, ICJ Reports.
- ICTY. (1995). *Prosecutor v. Duško Tadić*, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, Appeals Chamber, 2 October.
- International Law Commission (ILC). (1962). *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II.
- International Law Commission (ILC). (2001). *Draft articles on responsibility of states for internationally wrongful acts, with commentaries*. *Yearbook of the ILC*, Vol. II, Part Two, UN Doc. A/56/10.
- International Law Commission (ILC). (2006, April 13). *Report of the International Law Commission*, 58th session, UN Doc. A/CN.4/L.682. *Yearbook of the ILC*, Vol. II(2), 1–479 (UN Doc. A/CN.4/L.682).
- Jackson, J. (1993). Trade, environment and NAFTA: Introductory remarks. *Georgetown International Environmental Law Review*, 6, 519–522.
- Jackson, J. H. (1997). *The world trading system: Law and policy of international economic relations* (2nd ed.). MIT Press.
- Jenks, C. W. (1951). Co-ordination: A new problem of international organization. *Recueil des Cours*, Vol. 78, 55–149.
- Jenks, W. (1945). Some constitutional problems of international organizations. *British Yearbook of International Law*, 22, 11–69.
- Joint Statement of the Russian Federation and the People's Republic of China on the International Relations Entering a New Era and the Global Sustainable Development. (2022, February 4).
- Jordana, J., Levi-Faur, D., & Marín, X. (2011). The global diffusion of regulatory agencies: Channels of transfer and stages of diffusion. *Comparative Political Studies*, 44, 1343–1369.
- Kelsen, H. (1946). Organization and procedure of the Security Council of the United Nations. *Harvard Law Review*, 59, 1087–1129.
- Kelsen, H. (1948). Collective security and collective self-defence under the Charter of the United Nations. *American Journal of International Law*, 42, 783–796.
- Kelsen, H. (1950). *The law of the United Nations: A critical analysis of its fundamental problems*. Stevens & Sons.
- Kennedy, D. (1987). The move to institutions. *Cardozo Law Review*, 8, 841–988.
- Keohane, R. O., & Nye, J. S. (2001). The club model of multilateral cooperation and problems of democratic legitimacy. In R. B. Porter, P. Sauvé, A. Subramanian, & A. Zampetti (Eds.), *Efficiency, equity, and legitimacy: The multilateral trading system at the millennium* (pp. 264–294). Brookings Institution Press.
- Kingsbury, B., Krisch, N., & Stewart, R. B. (2005). The emergence of global administrative law. *Law and Contemporary Problems*, 68, 15–61.
- Klabbers, J. (2001). The life and times of the law of international organizations. *Nordic Journal of International Law*, 70, 287–288.
- Klabbers, J. (2007). Checks and balances in the law of international organizations. In M. Sellers (Ed.), *Autonomy in the law* (pp. 141–166). Springer.
- Klabbers, J. (2008). The paradox of international institutional law. *International Organizations Law Review*, 5, 1–23.
- Klabbers, J. (2009). *An introduction to international institutional law* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Klabbers, J. (2014). The emergence of functionalism in international institutional law: Colonial inspirations. *European Journal of International Law*, 25, 645–675.
- Klabbers, J. (2015). The transformation of international organizations law. *European Journal of International Law*, 26, 9–82.

- Klabbers, J. (2016). The transformation of international organizations law: A rejoinder. *European Journal of International Law*, 27, 549–562.
- Klabbers, J. (2022). The love of crisis. In M. M. Mbengue & J. d'Aspremont (eds.), *Crisis narratives in international law* (pp. 9–26). Brill.
- Koskenniemi, M. (1990). The politics of international law. *European Journal of International Law*, 1, 3–32.
- Koskenniemi, M. (2002). *The gentle civilizer of nations: The rise and fall of international law 1870–1960*. Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2007). International law: Constitutionalism, managerialism and the ethos of legal education. *European Journal of Legal Studies*, 1. (Accessed July 12, 2023).
- Koskenniemi, M. (2007). The fate of public international law: Between technique and politics. *Modern Law Review*, 70, 1–30.
- Koskenniemi, M. (2009a). The case for comparative international law. *Finnish Yearbook of International Law*, 20, 1–32.
- Koskenniemi, M. (2009b). The politics of international law—20 years later. *European Journal of International Law*, 20, 7–19.
- Koskenniemi, M. (2011). Hegemonic regimes. In M. Young (Ed.), *Regime interaction in international law: Facing fragmentation* (pp. 305–324). Cambridge University Press.
- Koskenniemi, M. (2021). *To the uttermost parts of the earth: Legal imagination and international power, 1300–1870*. Cambridge University Press.
- Kuijper, P. J. (1994). The law of GATT as a special field of international law: Ignorance, further refinement or self-contained system of international law? *Netherlands Yearbook of International Law*, 25, 227–258.
- Kuijper, P. J. (2022). Delegation and international organizations. *Recueil des Cours*, Vol. 426, 9–240.
- Kunz, J. L. (1953). General international law and the law of international organizations. *American Journal of International Law*, 47, 456–462.
- Lamy, P. (2006). The place of the WTO and its law in the international legal order. *European Journal of International Law*, 17, 969–984.
- Laporta, F. J. (2007). *El imperio de la ley: Una visión actual*. Trotta.
- Laporta, F. J. (2014). ¿Imperio de la ley o gobierno del capital? *Teoría Política. Nuova Serie. Annali*, IV, 103–123.
- Lauwaars, H. (1984). The interrelationship between United Nations law and the law of other international organizations. *Michigan Law Review*, 82, 1604–1619.
- League of Nations. (1930). *Acts of the Conference for the Codification of International Law*, Official No.: C. 351. M. 145. 1930. Vol. I, Plenary Meetings (13 March). *Legality of the use by a state of nuclear weapons in armed conflict*, Advisory Opinion, ICJ Reports (1996).
- Levi-Faur, D. (2005). The global diffusion of regulatory capitalism. *Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 598, 12–32.
- Liang, Y.-L. (1948). The General Assembly and the progressive development and codification of international law. *American Journal of International Law*, 42, 70–77.
- Lindblom, C. E. (1959). The science of 'muddling through'. *Public Administration Review*, 19, 79–88.
- Mahoney, J., & Thelen, K. (2010). *Explaining institutional change: Ambiguity, agency, and power*. Cambridge University Press.
- Majone, G. (1994). The rise of the regulatory state in Europe. *West European Politics*, 17, 77–101.
- Majone, G. (Ed.). (1990). *Deregulation or re-regulation?* Pinter Publishers.
- Mamlyuk, B., & Mattei, U. (2011). Comparative international law. *Brooklyn Journal of International Law*, 36, 385–452.

- Mann, F. A. (1964). The doctrine of jurisdiction in international law. *Recueil des Cours*, Vol. 111, 1–162.
- Marschik, A. (1998). Too much order? The impact of special secondary norms on the unity and efficacy of the international legal system. *European Journal of International Law*, 9, 212–239.
- McLachlan, C. (2005). The principle of systemic integration and Article 31(3)(c) of the Vienna Convention. *International and Comparative Law Quarterly*, 54, 279–320.
- McLachlan, C. (2024). *The principle of systemic integration in international law*. Oxford University Press.
- Merkouris, P. (2015). *Article 31(3)(c) VCLT and the principle of systemic integration: Normative shadows in Plato's cave*. Brill/Martinus Nijhoff.
- Merkouris, P. (2020). Principle of systemic integration. In *Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*.
- Mommsen, W. J., & de Moor, J. A. (Eds.). (1992). *European expansion and law: The encounter of European and indigenous law in 19th- and 20th-century Africa and Asia*. Berg.
- Morse, J., & Keohane, R. (2014). Contested multilateralism. *The Review of International Organizations*, 9, 385–412.
- Müller, J.-W. (2016). *What is populism?* University of Pennsylvania Press.
- Pauwelyn, J., & Alschner, W. (2015). Forget about the WTO: The network of relations between PTAs and 'double PTAs'. In A. Dür & M. Elsig (eds.), *Trade cooperation: The purpose, design and effects of preferential trade agreements* (pp. 21–48). Cambridge University Press.
- Pauwelyn, J., Wessel, R. A., & Wouters, J. (2014). When structures become shackles: Stagnation and dynamics in international lawmaking. *European Journal of International Law*, 25, 733–763.
- Pavel, C. E. (2018). Is international law a Hartian legal system? *Ratio Juris*, 31, 307–325.
- Payandeh, M. (2011). The concept of international law in the jurisprudence of H.L.A. Hart. *European Journal of International Law*, 21, 967–995.
- Picciotto, S. (2011a). *Regulating global corporate capitalism*. Cambridge University Press.
- Picciotto, S. (2011b). International transformations of the capitalist state. *Antipode*, 43, 87–107.
- Picciotto, S. (2022). Technocracy in the era of Twitter: Between intergovernmentalism and supranational technocratic politics in global tax governance. *Regulation & Governance*, 16, 634–652.
- Project for a Constitution of the United States of Europe. (1944, March 25). Drafted by Fernando de los Ríos and Arnold J. Zurcher, Legal Committee of the Pan Europa Conference.
- Prost, M. (2012). *The concept of unity in public international law*. Hart Publishing.
- Raustiala, K., & Victor, D. G. (2004). The regime complex for plant genetic resources. *International Organization*, 58, 277–309.
- Riphagen, W. (1982). Third report on state responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. I & II.
- Riphagen, W. (1983). Fourth report on state responsibility. *Yearbook of the International Law Commission*, Vol. II(1).
- Roberts, A., Stephan, P. B., Verdier, P.-H., & Versteeg, M. (2015). Comparative international law: Framing the field. *American Journal of International Law*, 109, 467–474.
- Roberts, A., Stephan, P. B., Verdier, P.-H., & Versteeg, M. (eds.). (2017). *Comparative international law*. Oxford University Press.
- Romano, S. (1963). *El ordenamiento jurídico*. Instituto de Estudios Políticos.
- Rosenne, S. (2021). *Rosenne's The World Court: What it is and how it works* (7th rev. ed., D. Richmond-Barak, ed.). Brill Nijhoff.

- Ross, A. (1969). On self-reference and a puzzle in constitutional law. *Mind* (309): 1–24.
- Russia–China Joint Declaration on Promotion and Principles of International Law. (2016, June 25).
- Santos, B. de S. (1987). Law: A map of misreading. Toward a postmodern conception of law. *Journal of Law and Society*, 14, 279–302.
- Santos, B. de S. (1995). *Toward a new common sense: Law, science and politics in the paradigmatic transition*. Routledge.
- Sauca, J. M. (2001). Autorreferencia y contradicción en la derogación del procedimiento de reforma constitucional. El puzzle de Alf Ross. In *Cuestiones lógicas de la derogación de normas* (pp. 77–173). Fontamara.
- Scelle, G. (1932). *Précis de droit des gens* (Vol. I).
- Scelle, G. (1934). *Précis de droit des gens* (Vol. II).
- Scelle, G. (1956). Le phénomène du dédoublement fonctionnel. In *Rechtfragen der Internationalen Organisation: Festschrift für H. Weberg* (pp. 324–342).
- Scheppele, K. L. (2018). Autocratic legalism. *University of Chicago Law Review* (85): 545–583.
- Scott, C. (2017). The regulatory state and beyond. In P. Drahoš (ed.), *Regulatory theory: Foundations and applications* (pp. 265–280). ANU Press.
- Seidl-Hohenveldern, I. (1998). Hierarchy of treaties. In *Essays on the law of treaties: A collection of essays in honour of Bert Vierlag*. Martinus Nijhoff Publishers.
- Simma, B. (1985). Self-contained regimes. *Netherlands Yearbook of International Law*, 16, 111–136.
- Simma, B. (1994). From bilateralism to community interest in international law. *Recueil des Cours*, Vol. 250, 217–384.
- Simma, B., & Pulkowski, D. (2006). Of planets and the universe: Self-contained regimes in international law. *European Journal of International Law*, 17, 483–529.
- Sørensen, M. (1983). Autonomous legal orders: Some considerations relating to a systems analysis of international organisations in the world legal order. *International and Comparative Law Quarterly*, 32, 559–576.
- Stone Sweet, A. (2004). *The judicial construction of Europe*. Oxford University Press.
- Suber, P. (1990). *The paradox of self-amendment: A study of logic, law, omnipotence, and change*. Peter Lang.
- Suber, P. (1999). Self-reference in law. In C. B. Gray (ed.), *Philosophy of law: An encyclopedia* (Vol. 2, pp. 790–792). Garland Publishing.
- Sunstein, C. R. (2024). Separation of powers is a they, not an it. *Harvard Public Law Working Paper* No. 24-15.
- Tamanaha, B. Z. (1993). The folly of the ‘social scientific’ concept of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, 20, 192–217.
- Tamanaha, B. Z. (2000). A non-essentialist version of legal pluralism. *Journal of Law and Society*, 27, 296–321.
- Tamanaha, B. Z. (2004). *On the rule of law: History, politics, theory*. Cambridge University Press.
- Thierry, H. (1990). The thought of Georges Scelle. *European Journal of International Law* (1): 193–206.
- Tomuschat, C. (1999). International law: Ensuring the survival of mankind on the eve of a new century. *Recueil des Cours*, Vol. 281, 9–438.
- Trachtman, J. P. (1993). International regulatory competition, externalization, and jurisdiction. *Harvard International Law Journal*, 34, 47–104.
- Trachtman, J. P. (1996). The international economic law revolution. *University of Pennsylvania Journal of International Law*, 17, 33–49.
- Trachtman, J. P. (2008). *The economic structure of international law*. Harvard University Press.
- Trachtman, J. P. (2013). *The future of international law: Global government*. Cambridge University Press.

- United Nations Treaty Collection. (2025, July 13). *Chapter XXIII*. <https://treaties.un.org>
- Valticos, N. (1996). Pluralité des ordres juridiques internationaux et unité du droit international. In J. Makarczyk (ed.), *Theory of international law at the threshold of the 21st century: Essays in honour of Krzysztof Skubiszewski* (pp. 623–632). Kluwer Law.
- van Creveld, M. (1999). *The rise and decline of the state*. Cambridge University Press.
- Verdier, P.-H., & Versteeg, M. (2019). Separation of powers, treaty-making, and treaty withdrawal: A global survey. In C. A. Bradley (ed.), *The Oxford handbook of comparative foreign relations law* (pp. 135–155). Oxford University Press.
- Vogel, D. (1996). *Kindred strangers: The uneasy relationship between politics and business in America*. Princeton University Press.
- von Bogdandy, A., & Venzke, I. (2012). In whose name? An investigation of international courts' public authority and its democratic justification. *European Journal of International Law*, 23, 7–41.
- von Bogdandy, A., Goldmann, M., & Venzke, I. (2017). From public international to international public law: Translating world public opinion into international public authority. *European Journal of International Law*, 28, 115–145.
- von Bogdandy, A., Wolfrum, R., von Bernstorff, J., Dann, P., & Goldmann, M. (Eds.). (2010). *The exercise of public authority by international institutions: Advancing international institutional law*. Springer.
- Waldron, J. (2011). Are sovereigns entitled to the benefit of the international rule of law? *European Journal of International Law*, 22, 315–343.
- Weiler, J. H. H. (1991). The transformation of Europe. *Yale Law Journal*, 100, 2403–2483.
- Wellens, K. (1994). Diversity in secondary rules and the unity of international law. *Netherlands Yearbook of International Law*, 25, 3–37.
- Woodman, G. R. (1998). Ideological combat and social observation: Recent debate about legal pluralism. *The Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law*, 42, 21–59.
- World Conference on Constitutional Justice (WCCJ). (2017). *Declaration on the Rule of Law*, Vilnius.
- WTO General Council. (2003). *Implementation of paragraph 6 of the Doha Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/L/540 and Corr.1, 1 September.
- WTO. (2001). *Doha Ministerial Declaration*, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November.
- WTO. (2001). *Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health*, WT/MIN(01)/DEC/2, 20 November.
- Yergin, D., & Stanislaw, J. (1998). *The commanding heights: The battle for the world economy*. Simon & Schuster.
- Zapatero, P. (2000). Level up: A history of regime-building at GATT club. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 12, 818–839.
- Zapatero, P. (2006). Searching for coherence in global economic policymaking. *Penn State International Law Review*, 24, 595–627.
- Zapatero, P. (2014). World-scale market segmentation: Market-driven solutions to the 'Paragraph 6' issue. *Journal of World Trade*, 48, 137–162.
- Zapatero, P. (2015). Little islands: Limits and prospects of the United Nations Chief Executive Board. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7, 369–380.
- Zapatero, P. (forthcoming, 2025a). Anatomy of treaty-based regimes.
- Zapatero, P. (forthcoming, 2025b). The logic of treaty antinomy.
- Zapatero, V. (2019). *The art of legislation*. Springer.

Los usos de las cláusulas de reenvío en el derecho positivo*

The uses of referral Clauses in Positive Law

Dúber Armando Celis Vela
 Universidad Cooperativa de Colombia
 ORCID ID 0000-0002-1271-2377
duber.celisy@campusucc.edu.co

Cita recomendada:

Celis Vela, D. A. (2025). Los usos de las cláusulas de reenvío en el derecho positivo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 93-108.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9845>

Recibido / received: 04/11/2024
 Aceptado / accepted: 31/05/2025

Resumen

En un ordenamiento jurídico es común la existencia de disposiciones que remiten a otros cuerpos normativos. Estas remisiones están lejos de ser unívocas en tanto no se limitan a fijar un régimen supletivo para facilitar la integración del derecho en casos concretos. El propósito de este artículo es analizar los usos de una cláusula de reenvío en la legislación y, además, evaluar los problemas teórico-dogmáticos que originan al determinar el contenido del derecho vigente. La metodología aplicada es la reconstrucción racional y la revisión crítica del reenvío como modelo de regulación de la conducta. En el texto se propone una taxonomía de estas normas y se examinan sus implicaciones en la identificación del derecho.

Palabras clave

Cláusulas de reenvío, integración normativa, sistema jurídico, sistematización de normas, apertura normativa, reserva legislativa.

Abstract

In a legal system, it is common to find provisions that refer to other normative bodies. These references are far from being univocal, as they are not limited to establishing a supplementary regime to facilitate the integration of the law in specific cases. This article aims to analyze the uses of a referral clause in the legislation and, additionally, to evaluate the theoretical-dogmatic problems it creates in determining the content of current law. The methodology applied is

* Este artículo es un resultado del proyecto de investigación titulado *Cláusulas contractuales e interpretación*, código INV2870, financiado por la Universidad Cooperativa de Colombia (Medellín, Colombia). Le agradezco a los evaluadores anónimos por los comentarios realizados al texto.

rational reconstruction and a critical review of the referral technique as a model for regulating conduct. The text proposes a taxonomy of these norms and examines their implications in identifying the law.

Keywords

Referral clauses, normative integration, legal system, systematization of norms, legislative openness, legislative reserve.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La construcción sistemática del derecho positivo. 3. Los usos de las cláusulas de reenvío en un ordenamiento jurídico. 4. Análisis sobre las implicaciones normativas de las cláusulas de reenvío en el derecho positivo. 5. Conclusiones.

1. Introducción

El discurso de las autoridades normativas se expresa en textos como leyes, reglamentos o actos administrativos constituidos por unidades básicas de regulación denominadas disposiciones. Estas estructuras sintácticas individualizan a «cada enunciado que forme parte de un documento normativo» (Guastini, 2011a, p. 136). La codificación del derecho implica el uso de técnicas para su organización en modelos lingüísticos que explican muchas de las especificidades del discurso jurídico como una tipología textual. Una disposición jurídica no es una expresión aislada, sino que tiene conexiones internas y externas con otros enunciados. Tales vínculos son determinados por la estructura del ordenamiento jurídico, la técnica legislativa aplicada o las prácticas interpretativas compartidas entre los juristas. En este contexto, las normas de reenvío son una manera de fijar relaciones entre los componentes de un orden jurídico. Una remisión consiste en disciplinar ciertos supuestos de un documento normativo de acuerdo con lo establecido en otro. La identificación del derecho o su aplicación dependerían de la combinación de diversos textos o disposiciones.

En la práctica jurídica no hay dudas sobre la utilidad de las normas de reenvío para organizar las disposiciones y regular ámbitos de la conducta humana. En el diseño de un procedimiento especial, por ejemplo, la remisión a los artículos que consagran un procedimiento general orienta la manera como deben llevarse a cabo ciertas actuaciones. En el régimen de un acto normativo, una cláusula de reenvío evita que instituciones comunes a varias fuentes del derecho, como la publicación o la notificación de una decisión, sean reiteradas innecesariamente. En este sentido, tales cláusulas son un recurso imprescindible para estructurar los componentes de un documento y concretar el principio de economía en la redacción legislativa o en la construcción del discurso de las autoridades normativas. Sin embargo, su uso también genera dificultades al momento de determinar las normas vigentes o aplicables en la solución de un caso. El carácter dinámico de un ordenamiento jurídico tiende a aumentar su indeterminación cuando se modifican las fuentes del derecho sin considerar la interdependencia que existe entre sus disposiciones normativas.

El propósito de este artículo es analizar los usos e implicaciones de las cláusulas de reenvío en la identificación y aplicación de las normas jurídicas. El rol que tienen tales disposiciones en la interpretación jurídica y en la formulación de soluciones para casos concretos contrasta con la atención relativamente marginal dada en la teoría del derecho. Con el fin de alcanzar el objetivo planteado, el texto se divide en tres partes: la primera aborda la noción de derecho positivo como un sistema de normas. La idea es subrayar, en términos generales, los tipos de relación que

tienen las disposiciones o las normas jurídicas entre sí. La segunda hace una caracterización de las cláusulas de reenvío en tanto concretan formas de conexión entre disposiciones, normas o sistemas normativos. Finalmente, se plantea un análisis sobre el alcance que tienen estas cláusulas al momento de determinar y aplicar el derecho. De esta manera se examina el rol de la remisión normativa en la cultura jurídica como un presupuesto para conocer u operar un conjunto de normas.

La metodología utilizada es de carácter teórico porque el interés epistémico «es explicar, redefinir o construir conceptos generales» (Celis Vela, 2023a, p. 40). La configuración de un orden jurídico es importante para el análisis de los conceptos que inciden no solo en la creación de instituciones, sino en su operación por parte de autoridades normativas. La herramienta aplicada es la reconstrucción racional para dar cuenta de la justificación y de los usos de las normas de reenvío en el derecho positivo. Una vez establecido su rol en la práctica jurídica es posible evaluar las implicaciones o formular críticas. El principio de neutralidad valorativa en la construcción del conocimiento «no prohíbe evaluar o prescribir, sino que impone hacerlo abiertamente» (Barberis, 2015, p. 88). Una postura crítica sobre el derecho presupone su formulación de manera explícita y consciente. El discurso valorativo es posible en la construcción del conocimiento jurídico si previamente se da cuenta del «modo en que las cosas son» (Bix, 2006, p. 19).

En el texto se plantea que las normas de reenvío son una técnica legislativa para articular un cuerpo normativo, integrar vacíos o lagunas, delimitar competencias y vincular sistemas de normas. La variedad de usos que tienen en el derecho positivo indica que no son una categoría unívoca; por el contrario, se trata de normas que producen distintos efectos y dificultades en su aplicación. El principal desafío del reenvío articulador radica en la dificultad para evaluar la vigencia o derogación de normas cuando hay cambios legislativos. La remisión para suplir lagunas no clausura el sistema normativo, pues quedan abiertas todas las alternativas posibles para integrar el derecho. El reenvío que delimita una competencia no permite saber si la ausencia de regulación es un impedimento de actuación. Por último, una cláusula de apertura provoca mutaciones que no hacen posible determinar, en un sentido definitivo, el alcance de una disposición o el estatus jurídico de una conducta en el sistema que incorpora las disposiciones de remisión. El carácter dinámico y contingente de las relaciones que producen las cláusulas de esta naturaleza tiende a generar indeterminación en las fuentes del derecho.

2. La construcción sistemática del derecho positivo

Los ordenamientos jurídicos son fenómenos complejos con altos niveles de institucionalización. La complejidad se produce por el tipo de componentes y las relaciones que existen entre sí. En términos generales, un sistema jurídico está integrado por normas regulativas y constitutivas (Atienza y Ruiz Manero, 1996, pp. xiv-xv), las cuales se diferencian en la manera como son formuladas o aplicadas y en la naturaleza de la presión que ejercen sobre sus destinatarios. Las normas de un sistema tienen vínculos de distinta naturaleza que definen su validez, aplicabilidad y eficacia normativa. La estructura escalonada de un orden jurídico supone que unas determinan tanto la forma de producción, como el contenido de otras (Kelsen, 2005, p. 221). Además de las jerarquías formales o materiales, también se dan las lógicas y axiológicas que son determinantes para la identificación del derecho (Guastini, 1999a, p. 378). La legislación refleja estas relaciones de manera explícita como sucede con las cláusulas de remisión o de supremacía constitucional. Sin embargo, sus vínculos también pueden ser implícitos, esto es, atribuidos a los componentes de un ordenamiento jurídico sobre la base de criterios doctrinales.



El carácter institucional se fundamenta en la existencia de múltiples autoridades organizadas en niveles y con mecanismos reglados de decisión. El hecho de que no siempre actúen de manera coordinada lleva a una implosión legislativa que hace difícil «determinar qué leyes han sido derogadas y cuáles siguen en vigor» (Bulygin, 2021, p. 432). Las situaciones de conflictos normativos, vacíos o redundancias son de común ocurrencia práctica en ámbitos de «inflación legislativa» (Gascón, 2006, p. 43; Prieto, 2012, p. 394). La pérdida de vigencia o la derogación tácita de normas producen genuinos problemas de incertidumbre normativa y «contaminación legislativa» (Aguiló, 2000, p. 244). Aunque la codificación de los materiales jurídicos y las elaboraciones doctrinales generan una imagen del derecho como un «conjunto ordenado de reglas» (Barberis, 2015, p. 147), el carácter dinámico del derecho positivo deja reductos de indeterminación que conducen a controversias jurisprudenciales y dogmáticas. El discurso de las autoridades normativas es sometido a análisis y reelaboraciones doctrinales con el fin de hacer que el derecho cumpla su función de coordinación social. Esto explica por qué la sistematización «es una operación imprescindible para el conocimiento y la práctica jurídicos» (Celis Vela, 2024, p. 11).

La sistematización del derecho positivo es una tarea que, por sus ventajas académicas y prácticas, se atribuye a la dogmática jurídica (Bulygin, 2014, p. 64; Courtis, 2006, p. 119). Sin embargo, los juristas no siempre realizan las mismas actividades cuando sistematizan el derecho. Tampoco se aplican herramientas idénticas. Una aproximación a lo que supone sistematizar depende del sentido que se atribuya al término derecho. Una vez más, la distinción entre disposición y norma resulta de mucha utilidad. La disposición es un texto que pertenece al discurso de las fuentes y las normas equivalen a su «sentido o significado atribuido» (Guastini, 2011a, p. 136). Si por derecho se entiende un conjunto de disposiciones, la sistematización es un ejercicio de organización textual de las fuentes del derecho entendidas como «documentos normativos» (Prieto, 2011, p. 152). Esta forma de sistematización es una parte fundamental en el proceso de codificación de disposiciones normativas, lo cual es «una obra de juristas» (Barberis, 2015, p. 148). La unificación legislativa acarrea ventajas para la identificación del derecho vigente respecto de la adopción arbitraria de materiales normativos. El diseño de los textos jurídicos supone diferencias significativas en relación con otros que no son equiparables entre sí.

Un proyecto de ley no tiene la misma estructura textual de una sentencia o de un acto administrativo. Las fuentes del derecho se identifican por su régimen jurídico de producción y, por supuesto, por exigencias textuales para facilitar su comprensión, discusión y aprobación (López Olvera, 2000, p. 125). La redacción de un artículo supone considerar no solo su organización interna –incisos, literales, numerales, párrafos–, sino la relación con otros artículos o fuentes de derecho vigentes. La creación legislativa está sujeta a estándares de racionalidad lingüística y lógico-formal, entre otras, para que «el Derecho pueda verse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y de sus consecuencias» (Atienza, 1997, p. 32). Las operaciones de introducción o eliminación de normas pueden tener graves consecuencias en el diseño de las instituciones o en la identificación del derecho. Los actos normativos que realizan las autoridades normativas son diversos en su naturaleza (Guastini, 1999a, p. 365) y numerosos en su expedición a través del tiempo (Bulygin, 2021, p. 432). La depuración de materiales o la expedición de cuerpos normativos unificados contribuye al aseguramiento de la certeza y eficiencia del orden jurídico.

Si por derecho se entiende un conjunto de normas, la sistematización tiene un sentido diferente. En este caso, se trata de una labor de interpretación de

disposiciones y de estructuración de las soluciones resultantes para fijar marcos que faciliten su aplicación. Esta tarea es una elaboración doctrinal a partir de los documentos normativos para conocer qué exige el derecho positivo o proveer soluciones a casos concretos. Sistematizar implica no solo realizar operaciones de detección de normas, sino de «modificación o transformación de los sistemas normativos» (Bulygin, 2014, p. 54), sobre todo, de cara a la integración de lagunas o a la eliminación de antinomias. El contenido de un ordenamiento jurídico se manifiesta como un conjunto de normas sincrónicamente distintas o en conflicto y diacrónicamente mutables (Guastini, 2011b, p. 83). Un ordenamiento jurídico no es una mera agregación de normas o pautas de conducta. La reestructuración de los materiales jurídicos, a partir de criterios compartidos, produce articulaciones doctrinales en las fuentes que no se dan en el discurso de las autoridades normativas.

Si puede haber dispersión en las fuentes del derecho por la existencia de múltiples autoridades o por la sucesión de actos de producción jurídica, con mayor razón, esto ocurre a nivel de su aplicación. En el caso de la jurisprudencia, no es una novedad que, en la práctica, graviten distintos criterios de interpretación o decisión que no son traducibles en un trato paritario a los destinatarios de las fuentes del derecho. En los ordenamientos jurídicos, esta situación ha justificado la implementación de «mecanismos de unificación jurisprudencial que culminan en un tribunal superior» (Gascón, 2014, p. 350) y en la adopción de modelos de disciplina judicial como el precedente para asegurar la coherencia, estabilidad e igualdad en la aplicación del derecho (Bernal Pulido, 2008, p. 86). La sistematización de reglas de decisión es una labor predominantemente de carácter doctrinal que tiene lugar cuando los juristas construyen líneas jurisprudenciales (López Medina, 2006, pp. 139-140). No es inusual que unas sentencias incluyan referencias de otras porque contienen «normas generales y abstractas» (Pulido Ortiz, 2021, p. 10) que sirven como criterios de decisión. Sin duda, se trata de un intento de racionalizar el proceso de aplicación de normas a casos concretos.

Las normas jurídicas tienen distintas clases de relación dada su posición en el sistema de fuentes, la manera como son creadas, los límites materiales de las competencias otorgadas a las autoridades normativas o la variedad de métodos de interpretación. La idea de sistema jurídico suele justificarse en que las normas representan un conjunto de elementos con alguna propiedad común (Caracciolo, 1988, p. 57). Un ordenamiento jurídico no es un simple agregado de pautas de conducta, sino de disposiciones y normas que mantienen distintas clases de «relaciones entre ellas» (Guastini, 2011b, p. 91). Tales relaciones dependen no solo de técnicas legislativas, sino de operaciones interpretativas. Una norma puede determinar el ámbito de aplicación de otra o incidir en las decisiones interpretativas a partir del marco de interpretaciones posibles. Tales formas de relación llevan a que las soluciones normativas exijan una consistencia relativa no solo desde un punto de vista sincrónico sino diacrónico. Una parte de la labor de los juristas reside en detectar tales relaciones al momento de establecer el contenido de una disposición.

En el ámbito de la sistematización legislativa, la relación entre disposiciones tiene un papel relevante. Las técnicas de redacción de documentos normativos involucran conexiones lingüísticas que, a futuro, determinan la identificación del derecho. La estructura de un texto jurídico no solo exige criterios de interpretación, sino que pretende optimizar la racionalidad lógico-formal de la legislación al influir en la manera como deben aplicarse las normas. La ubicación de una disposición en determinado título o capítulo puede suministrar criterios para justificar una opción interpretativa sobre la base de argumentos tales como *a rubrica* y *sedes materiae* (Mendonca, 2000, pp. 168-169). Las disposiciones de reenvío orientan a los órganos

de aplicación sobre la forma como deben articular las fuentes del derecho para derivar soluciones normativas. Una adecuada codificación de la legislación tiene un valor instrumental para la obediencia y la aplicación de las normas. El ideal regulativo de un legislador racional (Núñez Vaquero, 2014, p. 251), entre otros aspectos, presupone la existencia de materiales jurídicos o productos suficientemente estructurados (García Amado, 2000, p. 317). Si bien, desde un punto de vista empírico, el derecho no es sistemático, una adecuada técnica legislativa contribuye a la reducción de fallas que normalmente afectan a los sistemas normativos.

3. Los usos de las cláusulas de reenvío en un ordenamiento jurídico

El reenvío es una técnica legislativa que consiste en la referencia que una disposición normativa hace a otra para la regulación de un supuesto. Una disposición D que establezca un reenvío expreso podría tener la siguiente estructura enunciativa: «el supuesto S será regulado por la formulación normativa F». Los elementos del reenvío serían tres: D es la cláusula remisoras o remitente que pertenece a un documento o institución originaria; F es la disposición remitida que hace parte de otra sección o documento normativo y S es el supuesto regulado. Estos vínculos pueden ser internos o externos en un documento (Carbonell, 2000, p. 215): los primeros fijan una conexión de carácter textual entre los componentes de una misma fuente de derecho y, los segundos, conectan distintos materiales jurídicos –o remiten a textos no jurídicos–. Tales relaciones evidencian que las fuentes del derecho pueden tener una estructura definida por la autoridad normativa, lo cual incide en la identificación de su contenido.

En principio, entre cláusulas remisoras y remitidas se establece una relación lógica «toda vez que una versa (metalingüísticamente) sobre la otra» (Guastini, 2016, p. 211). Una conexión de esta naturaleza podría tener un alcance sintáctico o semántico con complejos efectos en materia de validez, vigencia, derogación, interpretación y aplicación. La remisión no solo puede fijar criterios de validez para la producción de normas, sino alterar el arco temporal de su aplicación. Nada excluye que, en el ámbito de las disposiciones remisoras, se atribuya a las disposiciones remitidas interpretaciones distintas de las que podrían tener en su contexto inmediato de aplicación. Las disposiciones remitidas son susceptibles de significados diferentes u objeto de actos normativos de promulgación o rechazo que, indirectamente, alterarían el régimen normativo de la fuente remisoras. La diversidad de efectos que tienen las cláusulas de reenvío hace que los intérpretes les dediquen una atención especial cuando se trata de establecer aquello que exige el derecho, sobre todo, porque su existencia influye en la manera como se articulan los textos jurídicos y deciden los órganos de aplicación.

En las fuentes del derecho, un reenvío tiene lugar de diversas maneras, es decir, las cláusulas remisoras responden a distintos usos en la práctica jurídica. No solo resultan de una técnica legislativa en particular, sino de estipulaciones doctrinales o decisiones judiciales. Entre otras aplicaciones, una técnica de reenvío puede utilizarse para relacionar los componentes de un cuerpo normativo –cláusulas articuladoras–; definir un régimen general para suplir vacíos o lagunas normativas –cláusulas integradoras–; delimitar las competencias en cuanto a un órgano determinado o un procedimiento –cláusulas de reserva– o vincular sistemas normativos –cláusulas de apertura–. Tales usos no tienen el mismo alcance en términos normativos y prácticos; en consecuencia, resulta de utilidad analizarlos para comprender tanto sus razones subyacentes como las consecuencias que tienen en la identificación y aplicación del derecho. A continuación, se plantea una reconstrucción de los rasgos básicos que tienen estas normas en el derecho positivo.

Las cláusulas articuladoras cumplen un papel fundamental en la técnica legislativa y en la práctica jurídica, o sea, son producto de una estrategia de redacción o de convenciones para la identificación de normas. La cláusula articuladora puede ser explícita cuando una disposición normativa fija una concordancia o define que unas se complementan con otras. La autoridad legislativa establece cómo se relacionan las distintas partes de un documento normativo o evita «la repetición de normas contenidas sistemáticamente en otras partes del ordenamiento jurídico» (López Olvera, 2000, p. 142). En el derecho público, por ejemplo, la forma de recurrir una decisión puede ser común en procesos o procedimientos consagrados en distintas leyes, decretos o reglamentos, esto justificaría una remisión. No sería necesario prever tantas formas de impugnación como decisiones adoptadas; bastaría con tener un modelo general que se aplique en virtud de la remisión expresa plasmada en el documento normativo originario. La autoridad normativa le indica al órgano de aplicación, a través de las cláusulas de remisión, cómo debe identificar las premisas normativas que guían una actuación o decisión.

Una cláusula articuladora también puede ser implícita, es decir, no hay disposiciones que la consagren, pero estas se conectan dada su configuración textual. El reenvío articulador implícito sucede cuando una disposición no determina el caso genérico de manera autónoma (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 50) o cuando los documentos normativos usan términos definidos en otra disposición (Guastini, 2014, p. 41). En el derecho sancionador, por ejemplo, un tipo en blanco consiste en la configuración incompleta de una conducta regulada, esto es, el supuesto «remite a otra norma distinta» (Zúñiga Morales, 2004, p. 162). En un régimen disciplinario, la calificación de una conducta individual sólo se podría hacer «a través de la remisión a todas las disposiciones que consagren deberes, mandatos y prohibiciones aplicables» (Zapata Flórez, 2015, p. 177). La combinación de textos o normas para configurar el predicado fáctico es una condición de su aplicación. No implica lo anterior que el operador carezca de límites porque el reenvío determina qué otros materiales deben ser usados para definir los presupuestos de las consecuencias atribuibles. El desconocimiento de la regla de reenvío supondría un problema de incorrección jurídica en la premisa normativa que sirve de base para la decisión o afectaría los derechos de los destinatarios de las medidas que se adopten.

Una definición consta de dos componentes: *definiendum* o término definido y *definiens* o expresión que enuncia su significado (Copi, Cohen & McMahon, 2014, p. 83). En un orden jurídico, las definiciones son establecidas por el legislador, elaboradas en la jurisprudencia, sugeridas por la doctrina o tomadas de contextos ordinarios o especializados. El principio interpretativo de la constancia terminológica hace pensar que un término como amonestación, definido en una fuente de derecho, permite reconocer el tipo de sanción que se impone o se debe imponer cuando tal expresión es usada en otro documento normativo del derecho sancionador. Las disposiciones que formulan definiciones legislativas y las que usan los términos definidos tienen relaciones metalingüísticas o «relativas al lenguaje» (Guastini, 2016, p. 211). Esto quiere decir que la definición es un presupuesto para la identificación de las normas resultantes (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 468). En esta clase de supuestos, los reenvíos son implícitos y la detección o formulación de normas no podría hacerse al margen del contenido dado a los conceptos en estipulaciones semánticas autorizadas o convenciones de la lengua natural.

La coherencia y la economía legislativa serían las razones subyacentes para la incorporación o la asunción de una cláusula articuladora en un documento normativo. Las normas remisoras indican qué supuestos están disciplinados por las normas remitidas, en cuyo caso, la conexión lingüística depende de las situaciones

concretas que se presenten en la aplicación del derecho. En este sentido, las disposiciones remitidas tienen la función de complementar al documento originario. El ordenamiento jurídico quedaría armonizado a partir de instituciones comunes. Una institución jurídica o una disposición normativa no estaría aislada de las demás que componen uno o varios textos o del ordenamiento en su conjunto. «El fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, es decir, el que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones ni redundancias» (Atienza, 1997, p. 32). Así, «la inseguridad jurídica podría amortiguarse si el legislador recudiera más a técnicas legislativas» (Marcilla Córdoba, 2014, p. 464).

Las cláusulas integradoras se utilizan para definir, de manera anticipada, cómo deben suplirse los vacíos o lagunas que se presenten en la aplicación del derecho. Una laguna es la existencia de un caso con propiedades relevantes que «no está correlacionado con ninguna solución normativa» (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 109). Las disposiciones de esta naturaleza están dirigidas al intérprete y, por supuesto, constituyen directivas interpretativas de segundo nivel. En principio, no sería aceptable una operación de interpretación decisoria que de «lugar a una laguna del sistema normativo, revelando así la incompletitud del derecho» (Chiassoni, 2011, p. 117). Aunque esta clase de remisión cumple un rol fundamental en la identificación de normas, en principio, no clausura el sistema normativo. Cabe la posibilidad de que las disposiciones jurídicas remitidas no contemplen una solución para el caso lagunoso. En este evento, los vacíos se superan con los criterios de autointegración o heterointegración compartidos en la cultura jurídica (Bobbio, 2012, p. 235). Estos son contingentes en el sentido que cada orden jurídico establece qué materiales son relevantes y en qué prevalencia se aplican. Así, habría una ordenación expresa de las directivas de interpretación que reducen la discrecionalidad interpretativa, pero de ninguna manera, aseguran la plenitud de un conjunto de normas.

En el discurso de las fuentes del derecho, la idea de reenvío también puede entenderse como la remisión a otra disposición o fuente que reserva una competencia, es decir, «el supuesto de hecho en cuestión no puede ser regulado por ninguna otra fuente que no sea la ley formal» (Guastini, 2018, p. 532). A título de ejemplo, una disposición constitucional puede establecer que la ley reglamentará el ejercicio del derecho de petición frente a particulares. En este caso, se trata de una reserva legal que fija criterios para la expedición de otras normas. El destinatario de la cláusula remisoras es un órgano de creación normativa, el cual tiene el deber de emitir una regulación y, al mismo tiempo, la prohibición de hacer una delegación normativa. La reserva tiene un contenido complejo en el sentido que presupone una relación de exclusividad en la regulación de una conducta. Si el destinatario de la reserva está facultado para expedir cierta clase de normas, los demás órganos tienen prohibido regular aquella materia y, además, no es posible la transferencia de tal potestad (Guastini, 1999a, p. 329). La reserva legal es una técnica para delimitar, en términos orgánicos o procedimentales, la producción del derecho. La violación de estas normas tiene efectos sobre la validez de las normas producidas.

Las cláusulas de apertura son utilizadas para vincular sistemas normativos, los cuales no siempre tienen un carácter jurídico. Como se afirmó respecto de las articuladoras, en esta ocasión, también habría una modalidad explícita y otra implícita. Las explícitas figuran como disposiciones en documentos normativos. Una resolución administrativa podría establecer niveles máximos permisibles de contaminantes en el aire y disponer que su monitoreo deba hacerse de acuerdo con un protocolo técnico elaborado por expertos. En materia ético-disciplinaria, la *lex artis* que resulta de una práctica profesional es una condición para evaluar la relevancia disciplinaria de ciertas conductas. Las cláusulas de esta naturaleza fijan conexiones entre derecho y reglas

técnicas típicas de un dominio epistémico. Una norma constitucional puede consagrar que los tratados internacionales sobre derechos humanos prevalezcan en el orden interno. En este supuesto se establece una relación entre el derecho local e internacional con el objeto de fortalecer los mecanismos para la protección de los derechos humanos. Cuando una disposición constitucional incluye cláusulas de apertura a un tratado internacional opera «el reenvío a fuentes externas que vienen a completar el catálogo de los derechos» (Reina García, 2012, p. 178). A diferencia de las disposiciones que fijan una relación entre materiales que pertenecen a un ordenamiento jurídico, estas no comparten el mismo fundamento de validez.

Las cláusulas de apertura implícita aluden a la inclusión de conceptos valorativos o técnicos en las fuentes del derecho. El problema de las relaciones entre derecho y moral adquiere un nuevo matiz cuando los documentos normativos contienen términos cargados axiológicamente. Una constitución puede prohibir los tratos o las penas crueles o degradantes. Sin duda, tales conceptos tienen propiedades que inciden en el alcance de lo que se considera prohibido. En una interpretación posible, estas nociones pueden ser leídas como cláusulas que remiten a los usos de una moral social establecida (Navarro, 2023, p. 49) o a «una forma de razonamiento o argumentación moral» (Pino, 2014, p. 278). Una relación empírica entre normas jurídicas y morales resulta decisiva para reconocer el alcance que tiene una prohibición de esta naturaleza. También hay apertura cuando se incorporan expresiones técnico-científicas en la legislación, sobre todo, por la participación de expertos en la creación del derecho (Marchese, 2023, p. 10). El ordenamiento jurídico entra en relación con nociones que son desarrolladas en campos especializados del conocimiento. La existencia de tales expresiones en documentos normativos genera una especie de reenvío semántico y epistémico que contribuye interpretativamente a definir el contenido de una disposición.

En el derecho positivo, las cláusulas de remisión no cumplen la misma función normativa ni tienen idénticas justificaciones. Una disposición de reenvío podría utilizarse para armonizar instituciones, definir el marco jurídico para la integración del derecho, limitar una competencia o establecer un tipo de relación entre sistemas normativos que tienen distinto fundamento de validez. Un ordenamiento jurídico está constituido no solo por normas que tienen por objeto conductas o estados de cosas, sino por normas que versan sobre otras. Tales normas o disposiciones generan relaciones intertextuales entre las fuentes del derecho para la realización de distintas operaciones y funciones. Mientras que la remisión como articulación se justifica en el principio de economía, la remisión como método de integración responde al ideal de completitud de un sistema jurídico. El reenvío como delimitación de competencias se traduce en situaciones jurídicas subjetivas de garantía. Por último, la apertura diversifica las fuentes para el reconocimiento de derechos o permite el uso de reglas con alguna forma de validación epistémica, no político-jurídica. Tal apertura regulativa en los textos constitucionales también se ha invocado como una razón para justificar la especificidad de su interpretación (Aguiló, 2012, p. 241) y, en la legislación, para regular aspectos de la vida social en los que la intervención de expertos hace «de los textos legislativos un medio idóneo capaz de alcanzar el objetivo perseguido» (Canale, 2023, p. 28).

4. Análisis sobre las implicaciones normativas de las cláusulas de reenvío en el derecho positivo

Las cláusulas de reenvío cumplen un papel fundamental en la producción, interpretación y aplicación del derecho. En la creación normativa contribuyen a

racionalizar los materiales jurídicos para asegurar los fines que persigue una adecuada técnica legislativa (Prieto, 2012, p. 404). En la interpretación orientan la manera como deben leerse los documentos normativos para derivar soluciones posibles y, en la aplicación, constituyen directivas de segundo nivel para formular la premisa normativa del razonamiento jurídico. Los reenvíos expresos e implícitos hacen pensar que la legislación es un texto en red, pues entre sus componentes hay vínculos lingüísticos, jerárquicos, formales y axiológicos que determinan la manera como deben combinarse fragmentos de disposición o normas para definir lo que exige el derecho. Si bien las cláusulas de reenvío son importantes como una técnica de organización de materiales jurídicos, también es cierto que originan problemas teórico-dogmáticos, sobre todo, por el impacto que tienen en los sistemas de remisión. Tales problemas exigen que su utilización sea rigurosa no solo en la redacción de documentos, sino en su interpretación.

Un problema común a las cláusulas de reenvío tiene que ver con el tipo de componentes que estructuran una relación de esta naturaleza. La distinción entre el texto jurídico y «lo que expresa una formulación normativa» (Rodríguez, 2021, p. 57) exige analizar si la remisión es un fenómeno sintáctico o semántico. La distinción entre disposiciones y normas ha permitido explicar complejos fenómenos interpretativos como la construcción de normas implícitas y, además, ha facilitado la depuración de marcos interpretativos en el control de constitucionalidad (Celis Vela, 2024, pp. 44-45). En la práctica jurídica, tales expresiones –norma y disposición– son ambiguas, pues «los juristas usan indiferentemente uno u otro término» (Guastini, 2011a, p. 139). El análisis de las cláusulas de reenvío exige tomar como referencia esta distinción porque una remisión puede operar respecto de las disposiciones o de sus significados. Una lectura sintáctica del reenvío asume que se trata de un fenómeno intertextual que preserva la autonomía interpretativa. La lectura semántica, sobre todo en el supuesto de la remisión externa, genera interrogantes sobre el seguimiento vinculante o no de interpretaciones del sistema remitido en el sistema de remisión.

La dimensión semántica de la remisión se enfrenta con el problema de la fuerza normativa que tiene una interpretación autorizada en un ámbito distinto de regulación dada la autonomía de los sistemas normativos (Lariguet, 2002, p. 589). Si un hipotético código disciplinario remite al código penal para la integración de lagunas, esto origina problemas no solo por los aparatos conceptuales o la diferencia entre autoridades competentes en cada sistema, sino por los cambios en las directivas secundarias de interpretación como, entre otras instituciones, sucede con la analogía (Guastini, 1999b, pp. 64-66). La fuerza de los criterios de interpretación de una disposición penal no es equivalente a la de una disposición disciplinaria. Una situación semejante se produce cuando una constitución remite a un tratado internacional. Las disposiciones que componen esta clase de instrumentos son genéricas y admiten distintas formas de concreción. Si ambos documentos tienen intérpretes con autoridad y se produce un desacuerdo por la diferencia de criterios aplicados, la remisión podría llevar a un problema de conflicto de interpretaciones autorizadas e igualmente plausibles (Celis Vela, 2023b, pp. 1350-1351). Las normas no son datos evidentes y, por lo general, las decisiones interpretativas están condicionadas por sus contextos lingüísticos de origen.

La intertextualidad en el mismo documento normativo enriquece las opciones interpretativas, además, permite una lectura sistemática y coherente de la fuente de derecho. Sin embargo, una cláusula articuladora de remisión externa es problemática por el alcance que tiene la interdependencia entre sistemas. Hay esquemas dogmáticos diseñados para determinar «qué ‘combinaciones sistémicas’ de normas son admisibles» (Lariguet, 2002, p. 595). Las disposiciones remitidas no se incorporan

directamente a la fuente de derecho remitente, pues operan como un régimen jurídico distinto. Un caso genérico regulado por remisión tampoco constituye una laguna del sistema remisor, sino un modelo de regulación de la conducta que privilegia la economía legislativa. Tales normas de reenvío indican a los juristas o «a los órganos de aplicación –los jueces, la administración pública– en qué otra fuente o disposición buscar la regulación del supuesto de hecho en cuestión» (Guastini, 2016, p. 58). Los cambios normativos en el contexto lingüístico de una disposición remitida –promulgación, derogación, invalidación– pueden tener consecuencias de la misma naturaleza en el sistema remisor. Los actos de adición o rechazo de normas producen mutaciones jurídicas más allá de las normas de referencia.

El caso de las definiciones y de los tipos abiertos tiene un interés especial. La redefinición doctrinal o jurisprudencial de un concepto estipulado legislativamente implica un cambio normativo que puede expandir o restringir el alcance de una disposición. Una vía expedita para modificar el derecho es la alteración jurisprudencial de los conceptos que componen a una disposición normativa «sin que se modifique el texto legal» (Alchourrón y Bulygin, 2021, p. 466). El problema de conceptos indeterminados en la legislación radica en que facultan al órgano de aplicación para determinar su contenido y, la diversidad de intérpretes, no siempre aplica los mismos criterios semánticos de delimitación. La remisión implícita en los tipos abiertos facilita la regulación de situaciones muy complejas, pero, al mismo tiempo, cuando son usados en el derecho sancionador generan tensiones con el principio de legalidad, la certeza del derecho o las garantías procesales, sobre todo, cuando el sistema remitido es regulado por autoridades de inferior jerarquía. La combinación de estos materiales puede llevar a interpretaciones textualmente razonables, pero jurídicamente inválidas.

Un asunto problemático con las cláusulas de integración tiene que ver con su naturaleza jurídica. En particular, se trata de directivas secundarias de interpretación con carácter inhibitorio, es decir, existen para impedir que se deriven «normas explícitas que den lugar a una laguna del sistema jurídico» (Chiassoni, 2011, p. 117). No se trata de normas imperativas que clausuren el sistema porque los vacíos en el cuerpo normativo remisor también pueden presentarse en el remitido. En razón a su carácter de directiva secundaria, no proporcionan razones concluyentes de integración, por tanto, el intérprete podría seguir técnicas compartidas en la cultura jurídica como la analogía, el argumento *a contrario* o los principios (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 319). Incluso, un cambio profundo en uno de los sistemas normativos puede tener efectos derogatorios sobre el modelo de integración como sucedió en Colombia con el artículo 82 de la Ley 23 de 1981 (Consejo de Estado, Concepto del 15 de noviembre de 2016). Si bien un intérprete no procede de manera libre porque su actividad está limitada por normas jurídicas o por convenciones, las cláusulas integradoras no impiden actuar de acuerdo con criterios de integración diferentes.

Las cláusulas de reserva constituyen criterios de producción normativa en el sentido de que no pueden ser consideradas como parámetros de identificación del derecho. Tales cláusulas tienen por objeto actos normativos, es decir, definen criterios que tienen incidencia en su existencia o validez. La relación entre normas remisoras y remitidas no solamente es metalingüística sino material; por tanto, se fijan límites para el ejercicio de una potestad. Así, se trata de disposiciones «susceptibles de una multiplicidad de interpretaciones y portadoras de un significado normativo complejo» (Guastini, 1999a, p. 329). No solo imponen obligaciones al titular de la competencia, sino que traducen prohibiciones para otros. Una potestad de esta naturaleza no puede ser delegada ni admite interferencias de autoridades distintas. Tales cláusulas, por lo general, operan como una garantía a favor de derechos, pues atrincheran contenidos

normativos, órganos o procedimientos para la regulación de cierta clase de conductas. Por esta razón, funcionan como criterios de validez sobre las disposiciones creadas.

Las cláusulas expresas de apertura son problemáticas por su interpretación y por el alcance de la relación que presuponen entre sistemas normativos. Una remisión a instrumentos internacionales puede ser interpretativa o normativa. La primera asegura la coherencia de sus estándares de protección (Ezquiaga Ganuzas, 2013, p. 58) y la segunda autoriza su aplicación a nivel interno o incorpora nuevos materiales al orden jurídico. La identificación de este tipo de remisiones es conflictiva porque las funciones interpretativas, aplicativas o incorporadoras de una cláusula de apertura no tienen los mismos efectos. En Colombia, tales usos generan controversias doctrinales en la fundamentación del bloque de constitucionalidad. La diferencia entre incorporación automática y función interpretativa tiene impactos distintos en la expansión o restricción del universo de normas que lo componen. La jurisprudencia local no es del todo clara porque tiende a equiparar las pautas interpretativas a «un régimen de recepción automática de instrumentos internacionales» (Reina García, 2012, p. 210). El alcance de una cláusula de apertura determina la relación entre derecho nacional e internacional, sobre todo, dada la creciente incidencia del *soft law* a nivel estatal. El orden jurídico se transforma en un complejo de normas no válidas –sin pertenencia– y aplicables (Martínez Zorrilla, 2010, p. 44) y válidas y aplicables dada su incorporación directa (Moreso y Vilajosana, 2004, p. 119).

El caso más problemático en este contexto tiene que ver con las cláusulas implícitas de apertura. La existencia de predicados morales en los documentos normativos dio lugar a una clásica discusión teórico-filosófica respecto de la posible remisión del derecho positivo a un sistema normativo de carácter moral o a la configuración de una potestad que autoriza su interpretación discrecional. La primera postura implica que «lo que el Derecho establece ha de ser identificado mediante el uso de la argumentación moral» (Moreso, 2017, p. 142); por tanto, no cualquier interpretación de una disposición que contenga un predicado moral es aceptable. La segunda subraya que no hay criterios de corrección, pues un concepto indeterminado radica en su intérprete una potestad discrecional para definir su contenido (Bulygin, 2005, pp. 115-116). Este fenómeno presupone el debate filosófico de las relaciones entre derecho y moral dada la configuración que tienen las constituciones contemporáneas. Cuál sea la doctrina o sistema moral de referencia tendría una significativa incidencia en las decisiones interpretativas que dan contenido al documento de máxima jerarquía de un ordenamiento jurídico.

Un problema más reciente lo constituyen las cláusulas de remisión a protocolos de origen epistémico o la incorporación de conceptos científicos en los documentos normativos. El desafío está relacionado con la participación de expertos en materias que exceden la «comprensión de los agentes institucionales autorizados para producir y aplicar el derecho» (Canale, 2023, p. 30). La toma de decisiones en tales circunstancias genera preguntas por la legitimidad y el control de las medidas adoptadas, sobre todo, porque, en muchos casos, se trata de reglas contingentes y exentas de controles por parte de las instancias legítimas de creación y aplicación de normas. Cuando las disposiciones jurídicas son opacas en el sentido de que una autoridad normativa no está en condiciones de capturar su significado lingüístico, la opinión o el testimonio de expertos determina «el contenido del derecho» (Canale, 2021, p. 532). No es extraño que una fuente de derecho entre en relación con campos de conocimiento para la creación, interpretación o aplicación de disposiciones. Sin embargo, resulta problemática la atribución de consecuencias jurídicas a partir de

reglas técnicas situadas en contextos extrajurídicos y permeados de incertidumbre o atravesados por controversias epistémicas.

Los problemas que originan las cláusulas de remisión son dependientes de su naturaleza y función. Los flujos normativos entre fuentes del derecho o entre sistemas normativos tienen impactos recíprocos que determinan tanto las operaciones de interpretación –decisoria o constructiva– como el estatus que tiene un conjunto de normas respecto de otro. La interdependencia que origina una cláusula de remisión exige un uso riguroso en la técnica legislativa y, además, en su interpretación. La armonización del derecho supone apreciar el funcionamiento de estas normas dada la posible afectación indirecta de la vigencia o validez de una norma en razón a lo que suceda con otra. Una cláusula de remisión se puede usar para articular, integrar, delimitar una competencia o abrir un sistema normativo. En virtud de las cláusulas de remisión, un acto normativo, de manera indirecta, puede irradiar los demás componentes de un ordenamiento jurídico, lo cual aumenta la indeterminación del derecho. Los flujos que producen las cláusulas de remisión exigen complejas operaciones interpretativas para detectar el impacto que tienen las normas remitidas en las fuentes remisoras bajo el presupuesto de la racionalidad legislativa (Marcilla Córdoba, 2005, p. 275).

5. Conclusiones

Las disposiciones de remisión constituyen presupuestos para la creación de normas y su interpretación. Si las normas jurídicas no son datos evidentes en el proceso de aplicación del derecho, con mayor razón, sucede respecto de las de reenvío. Estas tienen un rol fundamental en la aplicación de normas, pero su alcance varía según su naturaleza. El intérprete está llamado a construir la premisa normativa que fija los criterios para la decisión del caso, pero en este proceso, debe considerar no solo la diversidad de materiales jurídicos, sino las conexiones que existen entre sí. La corrección de la premisa normativa depende de las pautas dadas en la legislación o en la jurisprudencia, es decir, de parámetros que configuran el sistema de fuentes. La remisión es un instrumento para la solución de casos sujeta al tipo de dependencia que imponen las normas que la consagran. Estos vínculos son valiosos recursos interpretativos y, al mismo tiempo, generan dificultades dada la interdependencia entre los sistemas normativos de referencia. El reenvío es una técnica legislativa para la redacción de documentos normativos y, además, una forma como la autoridad legislativa prevé la intertextualidad de los materiales, la integración de vacíos normativos, el alcance de competencias y la conexión entre sistemas de normas.

En la cultura jurídica se usan modelos teóricos para «reemplazar» un sistema normativo que los juristas consideran ‘deficiente’ (Lariguet, 2002, p. 584). Las normas de reenvío también constituyen un recurso de interpretación sistemática, las cuales exigen combinar disposiciones para derivar normas jurídicas o comprobar su compatibilidad. La identificación de esta clase de normas depende, entre otros factores, de las directivas de interpretación que se derivan del derecho positivo y de la práctica jurídica. No solo se trata de estrategias de organización textual sino de interdependencias con efectos en la vigencia y validez de las normas que se derivan o identifican. Los vínculos normativos que generan las cláusulas de remisión no solo son contingentes sino derrotables. En este ámbito, la derrotabilidad no es un problema lógico de las normas o del razonamiento jurídico (Buriticá Arango, 2015, pp. 219-221), sino un problema interpretativo de las relaciones que se establecen para definir el contenido de una disposición a la luz de lo que establece otra (Barberis, 2015, pp. 127-128). Los criterios legales o doctrinales para reconocer y precisar el alcance de

un reenvío están sujetos a alteraciones sincrónicas y diacrónicas. En consecuencia, producen indeterminación jurídica.

Bibliografía

- Aguiló Regla, J. (2000). Técnica legislativa y documentación automática de legislación. En M. Carbonell y S.T. Pedroza (Coord.), *Elementos de técnica legislativa* (236-265). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Aguiló Regla, J. (2012). Interpretación constitucional. Algunas alternativas teóricas y una propuesta. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (35), 235–258. <https://doi.org/10.14198/doxa2012.35.11>.
- Atienza, M. (1997). *Contribución a una teoría de la legislación*. Editorial Civitas.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Editorial Ariel.
- Barberis, M. (2015). *Introducción al estudio del derecho*. Palestra.
- Bernal Pulido, C. (2008). El precedente en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (21), 81–94. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/493>.
- Bix, B. (2006). *Teoría del derecho. Ambición y límites*. Marcial Pons.
- Bobbio, N. (2012). *Teoría general del derecho*. Editorial Temis.
- Bulygin, E. (2005). *El positivismo jurídico*. Distribuciones Fontamara.
- Bulygin, E. (2014). Dogmática jurídica y sistematización del derecho. En A. Núñez Vaquero (Ed.), *Modelando la ciencia jurídica* (53-86). Palestra.
- Bulygin, E. (2021). Teoría y técnica de legislación. En C. Alchourrón y E. Bulygin (Eds.), *Análisis lógico y derecho* (431-446). Trotta.
- Buriticá Arango, E. (2015). Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. *Estudios de Derecho*, 72(159), 215–247. <https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a10>.
- Caracciolo, R. (1988). *El sistema jurídico. Problemas actuales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Carbonell, M. (2000). Los objetos de las leyes, los reenvíos legislativos y las derogaciones tácitas. En M. Carbonell y S.T. Pedroza (Coords.), *Elementos de técnica legislativa* (209-224). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Canale, D. (2023). Cuando los expertos crean derecho: deferencia, opacidad y legitimidad. *Discusiones*, 30(1), 27-64. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2023.3404>
- Canale, D. (2021). The Opacity of Law: On the Hidden Impact of Experts' Opinion on Legal Decision-making. *Law and Philosophy* (40), 509–543. <https://doi.org/10.1007/s10982-021-09408-8>.
- Celis Vela, D.A. (2023a). El análisis teórico del lenguaje jurídico. Un marco de presupuestos metodológicos para dar cuenta del derecho positivo. En A.M. Londoño Agudelo y J. Zapata Flórez (Eds.), *Pensar el derecho. Metodologías y elementos epistemológicos* (25-51). ILSA.
- Celis Vela, D.A. (2023b). El control de convencionalidad y la concurrencia de intérpretes autorizados de disposiciones constitucionales. *International Journal of Constitutional Law*, 21(5), 1332-1359. <https://doi.org/10.1093/icon/moad073>.
- Celis Vela, D.A. (2024). La investigación dogmática en el derecho: un análisis reconstructivo sobre el quehacer académico de los juristas. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 54(141). <https://doi.org/10.18566/rfdcp.v54n141.a9>.
- Celis Vela, D.A. (2024). Los enunciados interpretativos en el control de constitucionalidad: un análisis sobre la relación entre interpretación y precedentes constitucionales a partir de la jurisprudencia constitucional colombiana. *Ius et Praxis*, 30(1), 38-58. <https://doi.org/10.4067/S0718-00122024000100038>.

- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*. Marcial Pons.
- Copi, I., Cohen, C. & McMahon, K. (2014). *Introduction to Logic*. 14th ed. Pearson.
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 15 de noviembre de 2016, rad. 2272 – 2309 (adición). [C.P. Germán Alberto Bula Escobar].
- Courtis, C. (2009). El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis (Ed.), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica* (105-117). Trotta.
- Ezquiaga Ganuzas, F. J. (2013). *La argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales*. 2^a Ed. Grijley.
- García Amado, J. A. (2000). Razón práctica y teoría de la legislación. *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 5(9), 299-317. <https://hdl.handle.net/10016/1406>.
- Gascón, M. (2006). Calidad de las normas y técnica normativa. *Revista Española de la Función Consultiva*, (6), 41-95. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2299643>.
- Gascón, M. (2014). Precedente y argumentación. En M. Gascón (Coord.), *Argumentación jurídica* (343-370). Tirant lo Blanch.
- Guastini, R. (1999a). *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Trad. J. Ferrer Beltrán. Gedisa.
- Guastini, R. (1999b). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Guastini, R. (2011a). Disposición vs. norma. En S. Pozzolo y R. Escudero (Ed.), *Disposición vs. Norma* (133-156). Palestra.
- Guastini, R. (2011b). Contribución a la teoría del ordenamiento jurídico. En J. Ferrer y G. Ratti. (Ed.), *El realismo jurídico genovés* (81-115). Marcial Pons.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Trad. Silvina Álvarez. Centro Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2016). *La sintaxis del derecho*. Trad. A. Núñez Vaquero. Marcial Pons.
- Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. Derecho Global Editores.
- Kelsen, H. (2005). *Pure Theory of Law*. Trad. M. Knight. The Lawbook Exchange.
- Lariguet, G. (2002). Autonomía y unidad en el conocimiento jurídico. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (25), 573-595. <https://doi.org/10.14198/doxa2002.25.17>.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces. Obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. 2^a Ed. Temis.
- López Olvera, M. A. (2000). Técnica legislativa y proyectos de ley. En M. Carbonell y S.T. Pedroza (Coords.). *Elementos de técnica legislativa* (pp. 117-158). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Marcilla Córdoba, G. (2014). Justificación de las decisiones legislativas. Un corolario del Estado constitucional. En: M. Gascón (Coord.). *Argumentación Jurídica* (pp. 459-493). Tirant lo Blanch.
- Martínez, D. (2010). *Metodología jurídica y argumentación*. Marcial Pons.
- Marchese, E. (2023). Opacidad, deferencia y legitimidad: los desafíos de la interacción ciencia-derecho. *Discusiones*, 30(1), 7-26. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2023.4292>.
- Mendonca, D. (2000). *Las claves del derecho*. Gedisa.
- Moreso, J.J. (2017). *El derecho. Diagramas conceptuales*. Universidad Externado de Colombia.

- Moreso, J.J. y Vilajosana, J.M. (2004). *Introducción a la teoría del derecho*. Marcial Pons.
- Navarro, P. (2023). Interpretación, vaguedad y valoraciones. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 23(2), 43-54. https://www.dirittoequestionipubbliche.org/issue/DQ23_2023-2_issue.pdf
- Núñez Vaquero, Á. (2014). Dogmática jurídica. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (6), 245-260. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/eunom/article/view/2213>.
- Pino, G. (2014). *Derechos e interpretación. Razonamiento jurídico en el Estado constitucional*. Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Prieto, L. (2011). *Apuntes de teoría del derecho*. 6ª ed. Trotta.
- Prieto, L. (2012). Política legislativa, técnica legislativa y codificación en los albores del siglo XXI. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (82), 387-409. <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AHDE/article/view/5294>.
- Pulido Ortiz, F. E. (2021). La regla de precedente. *Revista de derecho (Valdivia)*, 34(2), 9-28. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000200009>.
- Reina García, O. M. (2012). Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad. *Revista derecho del Estado*, (29), 175–214. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3296>.
- Rodríguez, J. L. (2021). *Teoría analítica del derecho*. Marcial Pons.
- Zapata Flórez, J. (2017). Los tipos sancionatorios en blanco en el proceso disciplinario. Un análisis desde el debido proceso. *Opinión Jurídica*, 16(31), 175–195. <https://doi.org/10.22395/ojum.v16n31a8>.
- Zúñiga Morales, S. E. (2013). Cuando las normas penales en blanco vulneran el principio de legalidad. *Revista de Derecho*, (8), 161–182. <https://doi.org/10.5377/derecho.v0i8.985>.

Artes escénicas, políticas públicas y representaciones sociales. El teatro como herramienta de construcción de cultura ciudadana*

Performing Arts, Public Policies, and Social Representations. Theater as a Tool for Building Civic Culture

María Isabel Mesa González

Universidad EAFIT

ORCID ID 0000-0002-7821-0425

mmesago@eafit.edu.co

Felipe Murillo Carvajal

Pontificia Universidad Católica de Chile

ORCID ID 0000-0003-1819-8169

fmurilloc@estudiante.uc.cl

Cita recomendada:

Mesa González, M. I. y Murillo Carvajal, F. (2025). Artes escénicas, políticas públicas y representaciones sociales. El teatro como herramienta de construcción de cultura ciudadana. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 109-127.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9846>

Recibido / received: 11/12/2024
Aceptado / accepted: 22/09/2025

Resumen

A nivel subnacional, diferentes administraciones públicas han adoptado un enfoque de cultura ciudadana como herramienta de gestión para incentivar conductas deseables y desincentivar aquellas que generan problemas colectivos. Esta investigación se pregunta: ¿cómo inciden las representaciones sociales en torno al teatro en la construcción de cultura ciudadana en Medellín? El objetivo es identificar dichas representaciones y analizar el papel del teatro como recurso de

* María Isabel Mesa es Magíster en Industrias Creativas y Culturales de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Comunicadora Social de la Universidad EAFIT. Felipe Murillo Carvajal es doctorando en Ciencia Política por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencia Política y Sociología por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), sede Buenos Aires, Argentina. Y politólogo por la Universidad EAFIT.

política pública en el Distrito San Ignacio. Se empleó un enfoque cualitativo-etnográfico con observación participante en teatros locales y entrevistas semiestructuradas a espectadores de 25 a 35 años, complementadas con indicadores de las encuestas de Cultura Ciudadana y Percepción Ciudadana. Los hallazgos evidencian que la asistencia a teatro promueve valores como diversidad, respeto y empatía, los cuales refuerzan las normas sociales y la convivencia, consolidando al teatro como herramienta de política pública con capacidad para promover comportamientos prosociales.

Palabras clave

Normas sociales, teatro, cultura ciudadana, representaciones sociales, valores, política pública, prosocialidad.

Abstract

At the subnational level, various public administrations have adopted a civic culture approach as a management tool to encourage desirable behaviors and discourage those that generate collective problems. This study asks: how do social representations around theater influence the construction of civic culture in Medellín? The objective is to identify these representations and analyze the role of theater as a public policy resource in the San Ignacio District. A qualitative-ethnographic design was employed, combining participant observation in local theaters and semi-structured interviews with spectators aged 25 to 35, complemented with indicators from the Civic Culture and Citizen Perception Surveys. The findings show that theater attendance fosters values such as diversity, respect, and empathy, which reinforce social norms and coexistence. Thus, theater emerges as a public policy tool with the capacity to promote prosocial behaviors and contribute to the consolidation of civic culture.

Keywords

Social norms, theater, civic culture, social representations, values, public policy, prosociality

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Revisión de literatura y marco conceptual. 3. Metodología y selección del estudio de caso: Medellín. 4. Resultados. 4.1. Relevancia de los valores para la cultura ciudadana. 4.2. Diversidad. 4.3. Respeto. 4.4. Empatía. 4.5. El Distrito San Ignacio como apuesta de política pública. 5. Conclusión y discusión.

1. Introducción

Desde finales de la década de los noventa, el concepto de cultura ciudadana ingresa en el vocabulario de los colombianos luego de que la alcaldía de Antanas Mockus, en Bogotá, desplegara una serie de estrategias de gestión pública centradas en los cambios comportamentales guiados hacia temáticas como transporte, medio ambiente, arte, recaudo efectivo de impuestos, entre otros. El término *cultura ciudadana* comienza a utilizarse para referirse a un enfoque político y de gestión pública que busca la transformación de los comportamientos y hábitos de los habitantes de un lugar por medio de un ejercicio de auto regulación y autoconocimiento, sobre todo, en espacios públicos y de convivencia con el otro (Mockus, 2003). Es por esta razón que comienzan a realizarse esfuerzos políticos alrededor de la temática, expresada usualmente en políticas públicas y dimensiones en los planes de desarrollo de diferentes entidades territoriales.

Varias ciudades del país comienzan a incluir en su agenda política y gubernamental (Roth, 2014) una serie de programas y políticas en relación con la cultura ciudadana. Medellín no fue la excepción y, a través de su Concejo Municipal, aprobó el Acuerdo 123 de 2019 por el cual se adopta la política pública de cultura ciudadana. En el documento se destaca el papel del arte como *vehículo* para el fortalecimiento de la cultura ciudadana, entendiéndolo como «una expresión de lo que

acontece socialmente; supone un acto comunicativo que trasciende lo individual, proyectando ámbitos de representación colectiva, capaces de transformar imaginarios y prácticas en la ciudad de Medellín» (Concejo de Medellín, 2019, p. 4). En este punto se reconoce la importancia de otras disciplinas y campos del saber de cara a alcanzar ciertos objetivos de política y abrir una gama de alternativas de soluciones innovadoras, destacando, además, el papel de los estudios del comportamiento como herramienta de gestión pública (Mintz y Terris, 2018).

A partir de lo anterior, se observa que en Medellín la política pública en cuestión concibe el arte como una herramienta de cohesión social orientada al fortalecimiento de la cultura ciudadana. Con el propósito de examinar los posibles resultados del arte en este ámbito, se selecciona el teatro como una dimensión específica de las artes escénicas, considerada particularmente relevante para el cumplimiento de los objetivos de dicha política. En este marco, la investigación busca responder a la pregunta: ¿cómo inciden las representaciones sociales en torno al teatro en la construcción de cultura ciudadana en Medellín? El objetivo general, por tanto, es identificar dichas representaciones y analizar el papel del teatro como recurso de política pública en el Distrito San Ignacio.

Se tendrán como objetivos específicos: a) explorar las razones por las cuales la muestra seleccionada asiste a teatro en Medellín (espectadores entre los 25 y 35 años); b) identificar si la puesta en marcha del Distrito San Ignacio sirve de incentivo para el fortalecimiento de las propuestas teatrales en razón de su visibilidad; c) aportar recomendaciones de política pública donde la promoción del teatro derive en resultados efectivos de cara al fortalecimiento de la cultura ciudadana en Medellín. La consecución de los objetivos general y específicos, se alcanzará a través del uso de una metodología de naturaleza cualitativa, utilizando un enfoque etnográfico y bajo técnicas de recolección de información como entrevistas semiestructuradas y observación participante. En el apartado metodológico del presente texto se ahondará en los detalles correspondientes a las técnicas utilizadas. Los hallazgos evidencian que la asistencia a teatro promueve valores como diversidad, respeto y empatía, los cuales refuerzan las normas sociales y la convivencia, consolidando al teatro como herramienta de política pública con capacidad para promover comportamientos prosociales.

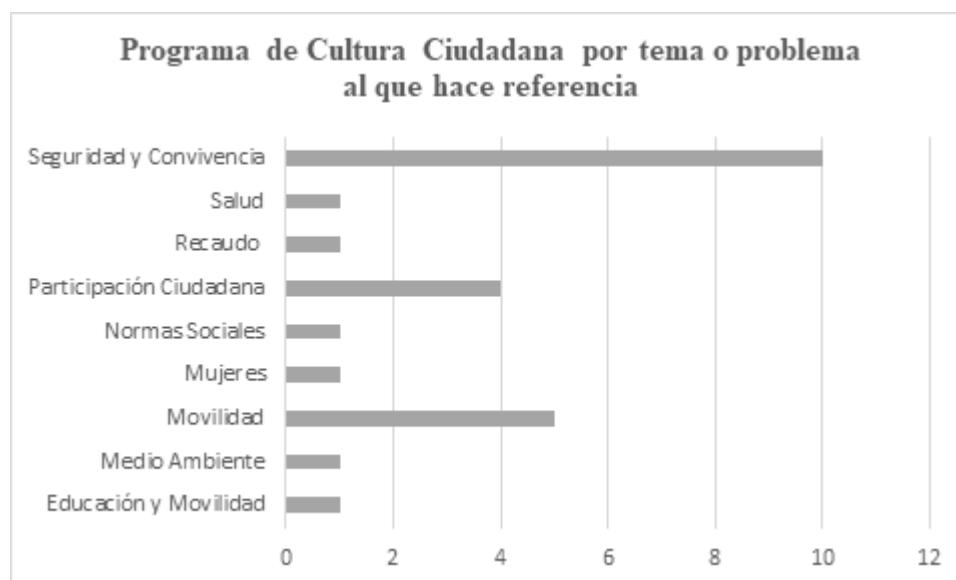
2. Revisión de literatura y marco conceptual

El concepto de cultura ciudadana comenzó a utilizarse en Colombia en el periodo de Antanas Mockus como alcalde de Bogotá (1995-1997 y 2001-2004). Este concepto (*Civic Culture*) hace referencia a «una estrategia de política pública que puede contribuir a abordar problemas de convivencia [*coexistence*] y de transgresión sistemática de normas» (Murraín en Tognato 2017, p. 295). Para ello, es clave la armonización de los tres sistemas de regulación de la conducta: el sistema legal, moral y cultural. Ante esta definición, resulta preponderante el papel de las normas sociales para la consecución de objetivos de política pública que, como expresó Subirats et al (2008), tienen el propósito de modificar la conducta de grupos sociales que originan el problema colectivo.

Según Mockus (2012), una política pública de cultura ciudadana debe buscar transformar –sobre todo a través de acciones pedagógicas– comportamientos específicos de la ciudadanía y, además, debe contener un ejercicio de focalización e intervención sistemática en problemáticas que afectan no solo a un individuo, sino a la vida en comunidad. Así pues, la aplicación de estrategias en la materia es variopinta y apunta a aportar a la resolución de múltiples problemas públicos. Falconi (en Tognato, 2017), por ejemplo, identificó 25 programas de cultura ciudadana en Bogotá

que apuntaban a temas como movilidad, medio ambiente y seguridad. La figura 1 clasifica estas experiencias según el tema o problema al que busca hacer frente el programa y se evidencia que, en su mayoría, se trataron de apuestas públicas relacionadas a solucionar problemas de seguridad y convivencia, seguido de movilidad y participación ciudadana:

Figura 1. Programas de cultura ciudadana según temática



Nota: Elaboración propia con base en Tognato (2017)

Para el caso del teatro, éste es definido como un tipo de arte que se caracteriza por ser un hecho vivo que se desarrolla en un momento único e irrepetible y que, según Grotowski (1992), no puede existir sin la relación actor-espectador ya que es mediante esta que se establece una comunión directa y desde las percepciones. Así pues, «desde que hay teatro, la experiencia humana se conjuga en lo plural, el nosotros del teatro es un vector ontológico, político y social (...) El teatro sería la puesta en acto de las potencias de lo común y lo comunitario» (Esquivel, 2016, p. 8).

Adicionalmente, el teatro pertenece a una categoría de mayor amplitud que son las artes escénicas, las cuales se definen como «manifestaciones socioculturales y artísticas que se caracterizan tanto por los procesos comunicativos singulares que le son propios, como por el hecho de que se materializan en la escena a través de la síntesis e integración de otras expresiones artísticas» (Courbis, 2015, p. 25). Hacen parte, además del teatro, la danza y la música, cada una subdividida en otras expresiones como performance, circo, ópera, teatro musical, entre otras.

El tercer concepto clave es el de representaciones sociales, las cuales se definen como sistemas de valores, ideas y prácticas que se van creando y transformando durante las interacciones sociales, es por ello por lo que no son estáticas y poseen un carácter simbólico (Materán, 2008). Además de ser formas de adquirir conocimiento en una colectividad, llenan esta de sentido y permiten que, al vivir en sociedad, los rituales y las costumbres dejen de ser algo desconocido y se conviertan en algo que se nos hace familiar. Adicionalmente, el compartir estas representaciones hacen posible que las personas se comuniquen y nombren las cosas en conjunto, como lo señala Moscovici: «la comunicación entre los miembros de una comunidad al proveerlos con un código para el intercambio social y para nombrar y clasificar sin ambigüedades aspectos de su mundo y de su historia individual y grupal» (1961, en León, 2002, p. 369).

Así pues, las representaciones sociales tienen como principal funcionalidad «adaptar conceptos e ideas abstractas —como los producidos por la ciencia— a la sociedad y, mediante la formación de conductas y la orientación de las interacciones sociales, asegurar la adaptación de la sociedad a nuevos conjuntos de categorías e informaciones» (Villaroel, 2007, p. 463). Allí radica la importancia del concepto en la presente investigación: ser bisagra entre el teatro y la cultura ciudadana, entendiendo que existen representaciones sociales alrededor del teatro que influyen en la construcción de cultura ciudadana.

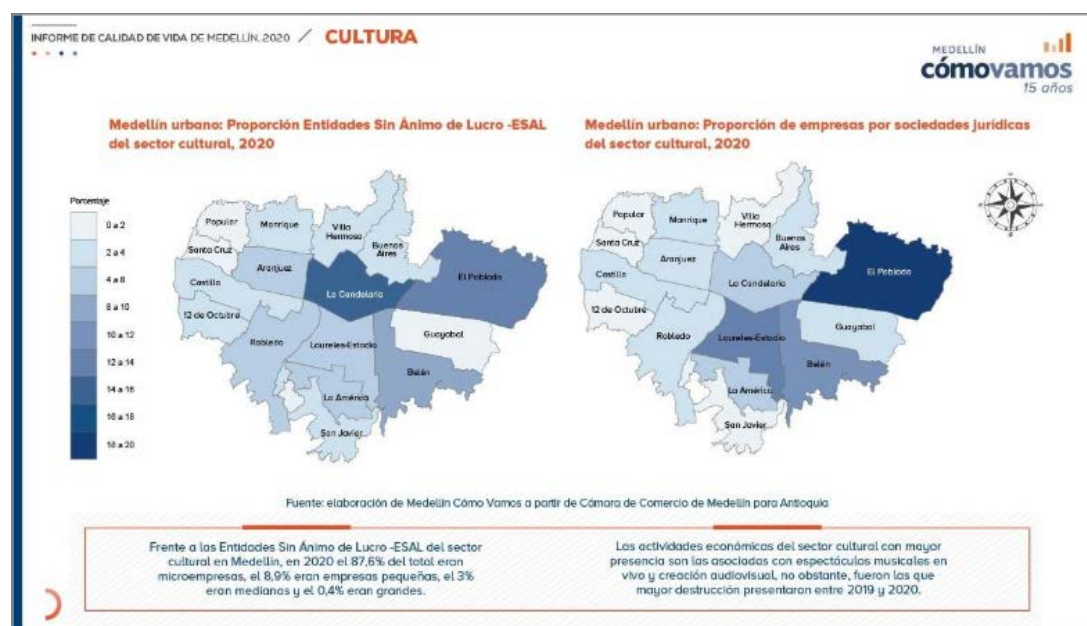
Ahora, ¿cómo se relacionan desde lo teórico y empírico los conceptos de cultura ciudadana, teatro y representaciones sociales? Los ejemplos son variados y cuentan con fuerte evidencia en la formación de ciudadanía. Estudios recientes han demostrado que llevar el teatro a los salones de clase —tanto en la formación de estudiantes como docentes— y a eventos y políticas de ciudad, tiene efectos positivos alrededor de la construcción de ciudadanía en aspectos como empatía y respeto a la diversidad, además de la comprensión de los desafíos globales alrededor de la inclusión y la multiculturalidad (Meedendorp & Deunk, 2025; Juntunen & Partti, 2022; Xu & Yang, 2022). En esa misma línea, Gonçalves y Melo-Pfeifer (2020), refuerzan, en un marco de pos-pandemia, la relevancia de las artes y la educación para la formación de una ciudadanía intercultural, empática y que inspire la acción política y social. Análisis de caso sobre el tema, como el de Kigozi (2023) en Uganda —país que lidia con temas de inclusión alrededor de la diversidad religiosa, de género, clase, cultura y raza— muestran que la promoción de las artes escénicas a nivel institucional fomenta el ejercicio responsable de la ciudadanía y aporta a romper las brechas sociales anteriormente mencionadas.

Lo anterior da cuenta cómo por medio del teatro se ha buscado comunicar mensajes de interculturalidad, inclusión y fortalecimiento de la ciudadanía y el cambio político. La relevancia del teatro para la formación ciudadana no es un tema carente de evidencia empírica como se ha mostrado y la acción pública lo ha incluido en temas específicos más relacionados al ámbito educativo. Es por esto por lo que resulta importante resaltar la pertinencia de encontrar más hilos que unan las disciplinas y hallar los ámbitos en que se puedan complementar, considerando también que el teatro es una disciplina viva por medio de la cual los individuos podrían asimilar mejor los mensajes y modificar comportamientos o predisposiciones que resulten indeseables para la vida en comunidad. Esto se podría abordar desde la psicología positiva (Seligman y Csikszentmihalyi, 2000), la cual se ha sido implementada en estrategias de cultura ciudadana como «Ciudadanos Como vos», durante el gobierno de Federico Gutiérrez, alcalde de Medellín en el período 2016-2020 y 2024-2028. Esta estrategia buscaba visibilizar personas, historias y datos que promovieran el cumplimiento de las reglas y la confianza para así reconocer el aporte que estos dos factores tenían para la convivencia, exaltando las conductas ciudadanas deseables con mensajes positivos y no desde la prohibición.

3. Metodología y selección del estudio de caso: Medellín

Según el informe Medellín Como Vamos (2020), la comuna 10 (Candelaria) y la comuna 14 (El Poblado), son los lugares con mayor presencia de entidades sin ánimo de lucro del sector cultural. Se debe resaltar que en la comuna 10, también conocida como el centro de la ciudad es donde están ubicados la mayoría de los teatros que tiene el municipio (ver figura 2).

Figura 2. Mapa de entidades sin ánimo de lucro y actividades económicas del sector cultural de Medellín



Nota. Reproducido de Informe de Calidad de Vida de Medellín, por Medellín Cómo Vamos, 2020.

En la comuna 10 se da la creación del Distrito San Ignacio, un proyecto de gestión integral para este sector donde conviven entidades, proyectos y construcciones que están relacionadas con el patrimonio, la cultura y la educación. Según Díaz y Gómez (2021) en el Distrito San Ignacio están ubicados doce grupos de artes escénicas, de los cuales ocho son grupos de teatro con sede propia. Adicionalmente, el proyecto es una apuesta de intervención urbana integral para que nuevamente se dirijan las miradas hacia el centro de la ciudad. En ese sentido, la relevancia de la selección de un estudio de caso, entendido en los términos propuestos por Gerring (2004), permite examinar en profundidad un fenómeno delimitado espaciotemporalmente en su manifestación teórica y empírica dentro de un contexto político, institucional y social específico. Esta investigación se ubica en la tradición del *case-oriented research*, más interesada en la elucidación conceptual, el mapeo empírico y la generación de inferencias analíticas de tipo intensivo, propias de un caso determinado (Seawright y Gerring, 2008).

Expuesta la relevancia de la selección del estudio de caso, la metodología consta de un abordaje cualitativo a través de las técnicas de observación participante y entrevistas semiestructuradas ya que, al abordar conceptos como representaciones sociales y cultura ciudadana en marcos contextuales específicos, estas técnicas permiten identificar y recolectar aquella información relacionada con percepciones, opiniones e imaginarios que tienen los públicos que asisten a teatro. Es importante mencionar que no somos ajenos a las presuntas *debilidades empíricas* de estas técnicas motivo de la *embestida* metodológica de la instrumentación estadística (Beaud, 2018). Sin embargo, se optó por el principio de saturación teórica (muestreo por *bola de nieve*) donde se privilegia la suficiencia cualitativa de la información y no el volumen de la información por sí misma (Beaud, 2018). Así, después de la realización de once entrevistas, se concluyó que era innecesaria la aplicación de otras, siguiendo lo planteado por Hernández-Sampieri (2010): «cuando después de analizar múltiples casos ya no encontramos información novedosa (...), el análisis concluye. En cambio, si se descubren inconsistencias o falta claridad en el entendimiento del problema planteado, se regresa al campo o contexto para recolectar más datos» (p. 419).

Buscando detallar las técnicas metodológicas, la observación participante se llevó a cabo en los teatros Matacandelas, Casa Clown, Oficina Central de los Sueños y Pequeño Teatro, pertenecientes al Distrito San Ignacio. En este punto se observaron, bajo un criterio de reciprocidad, las características de las personas asistentes a teatro, sus comportamientos y conversaciones en estos espacios y la interacción que tenían con este y entre ellos. Para la definición de cada uno de los criterios de la observación participante, se realizó una ligera adaptación de la guía que propone Sampieri (2010):

Tabla 1. Criterios de la observación participante

¿Quién?	¿Cuál es la identidad o las características principales de las personas que van a teatro?
¿Qué?	¿Qué hacen o dicen las personas cuando están en los teatros?, conductas repetitivas y conductas atípicas (irregulares), ¿cómo se comportan las personas unas con otras?, ¿cómo se relacionan?, ¿qué estatus o funciones se ven explícitas?, ¿qué tipo de cosas hablan? / temas comunes y cuales no lo son tanto, ¿qué creencias o procesos refleja y revela este contenido?
¿Dónde?	¿Cómo está compuesto el contexto de la situación?, ¿cómo se ubica el grupo en el espacio y cómo interactúa con el?, ¿qué compone el espacio para que los grupos interactúen?
¿Cuándo?	¿Cómo conceptualiza, distribuye y usa el tiempo este grupo?
¿Cómo?	¿Qué reglas, normas o costumbres gobiernan este grupo social?, observar de qué manera se conecta todo lo observado a partir de las preguntas mencionadas.
¿Por qué?	¿Qué significado atribuyen los participantes a lo que hacen?, ¿qué objetivos se articulan dentro del grupo?, ¿qué símbolos, tradiciones, valores y formas de ver el mundo se encuentran en el grupo?

Nota. Elaboración propia

También se realizaron once entrevistas semiestructuradas que indagaban sobre comportamientos, valores, conocimiento, normas sociales y significados atribuidos por los espectadores a los ambientes teatrales. Los espectadores fueron seleccionados a partir de los siguientes criterios específicos:

- **Edad:** entre 25 y 35 años. Este rango fue seleccionado debido a que son personas que ya han terminado su vida universitaria o están próximos a terminarla y cuentan con poder adquisitivo suficiente para acceder a la oferta teatral. Así mismo hay más libertad en el manejo del tiempo libre.
- **Ocupación:** para evitar sesgos, no se consideraron en la muestra aquellos que se dediquen a oficios teatrales (actores, directores, luminotécnicos, entre otros).
- **Teatros que frecuenta:** deben frecuentar al menos uno de los doce grupos de teatro que hacen parte del Distrito San Ignacio.

- **Asistencia a teatro:** asistir por lo menos una vez al mes a alguna obra teatral.

A partir de estos criterios, se preparó una batería de preguntas donde se reflejara el cuerpo teórico de los conceptos abordados. Estas se dividieron en: 1) antecedentes; 2) opinión; 3) expresión de sentimientos; 4) grado de conocimiento de los objetos de estudio; 5) relacionadas a los sentidos (sensitivas):

Tabla 2. Batería de preguntas en las entrevistas semiestructuradas

Antecedentes	- ¿Cuál fue la primera vez que fue a teatro? - ¿Por qué decidió seguir yendo a teatro? - ¿Qué tipo de conocimientos/habilidades ha desarrollado gracias a ver teatro? - ¿Qué valores asocia al teatro?
Opinión	- ¿Qué piensa del teatro en Medellín? - ¿Cuál cree que es la importancia de la asistencia a este tipo de eventos en la ciudad? - ¿Por qué cree que hay personas que no van a teatro? - ¿Cómo cree que el teatro ha influenciado su forma de comportarse? - ¿Qué cosas ha aprendido sobre el mundo en el teatro?
Expresión de sentimientos	- ¿Qué significa para usted el teatro? - ¿Cómo se siente luego de salir de una obra de teatro? - ¿Cómo son las personas que suelen ir a teatro? - ¿Qué comportamientos tiene cuando está en un teatro? - ¿Qué aspectos positivos y negativos tiene para usted el teatro?
Grado de conocimiento de los objetos de estudio	- ¿Qué sabe de los grupos de teatro de la ciudad? - ¿Sabe que es el Distrito San Ignacio? - ¿Cree que el Distrito San Ignacio es importante para la ciudad? - Según su experiencia, ¿Qué normas sociales hay en ambientes teatrales?
Relacionadas a los sentidos	- ¿Qué es lo más importante cuando va a teatro? - ¿Cuál es el momento o componente que más le gusta de una obra? - ¿Qué imagen viene a su mente cuando escucha la palabra teatro?

Nota. Elaboración propia

En aras de estipular unos criterios de operacionalización, se utilizaron dos recursos metodológicos adicionales: la Encuesta de Percepción Ciudadana de Medellín Cómo Vamos (2021) y la Encuesta de Cultura Ciudadana de Medellín (2021), ambas representativas estadísticamente y con resultados para el mismo año de observación. Así, las representaciones sociales encontradas fueron relacionadas con los indicadores y enfoques que se han estipulado para temas de cultura ciudadana en estos dos instrumentos. Con lo mencionado se buscó explorar qué ocurre socialmente con las personas que asisten a teatro y evidenciar la influencia de las relaciones sociales en la construcción de cultura ciudadana: una triangulación entre la observación participante, los resultados de las entrevistas y los indicadores de los instrumentos en uso.

Por último, es importante realizar dos aclaraciones finales: primero, los alcances de esta investigación otorgan insumos, a través de un muestreo por saturación, que soportan la pertinencia del teatro como apoyo para el diseño e implementación de políticas y programas de cultura ciudadana, destacando exclusivamente tres valores a los que las estrategias apuntarían: diversidad, respeto y empatía. La cultura ciudadana como herramienta de gestión pública no es una varita mágica capaz de solucionar problemas en todas las materias (Mazo y Murillo, 2021). Segundo, esta investigación no vulnera la privacidad de las personas que voluntariamente accedieron a participar; la información recolectada fue para fines exclusivamente académicos y contempló los criterios éticos de la investigación académica. Complementando lo anterior, quienes decidieron participar voluntariamente, firmaron un consentimiento informado donde estaba especificado el alcance de la investigación.

4. Resultados

Para analizar los resultados de las entrevistas recolectadas y transcritas, y de las demás técnicas utilizadas, se llevó a cabo un análisis categorial (Snow y Benford, 1988) que permitió establecer los principales conceptos/categorías analíticas comunes que se desprenden de las respuestas, a saber, los valores de la diversidad, el respeto y la empatía. A su vez, estas categorías son asociables al concepto de cultura ciudadana y reflejan las representaciones sociales existentes dentro de las mismas. A continuación, y con el objetivo de mantener la rigurosidad metodológica, se expondrá la relación de las categorías y del concepto de cultura ciudadana.

4.1. Relevancia de los valores para la cultura ciudadana

Desde que se comenzaron a hacer esfuerzos para la implementación de planes de gestión pública en materia de cultura ciudadana, se pensaron también herramientas para la medición de sus resultados. En el caso de Medellín, el impacto busca cuantificarse a través de la Encuesta de Cultura Ciudadana. Esta encuesta bienal comenzó a aplicarse en el año 2003 bajo la coordinación de la Alcaldía de Medellín con el propósito de hacer seguimiento a los cambios que tenían los ciudadanos en aspectos relacionados con sus hábitos y comportamientos, buscando implementar acciones basadas en evidencia. La medición se realiza a partir de cinco módulos compuestos por indicadores específicos (en el caso de 2021 se añadieron dos módulos más). Algunos de estos indicadores toman de base valores como la diversidad, la confianza, la convivencia, la tolerancia y la participación para evaluar los comportamientos de la ciudadanía con una serie de preguntas que giran alrededor de los mismos, ya que «en un ejercicio de autorregulación, las personas aceptan o no ciertos comportamientos y actitudes siguiendo criterios, principios o valores que han interiorizado» (Mockus et. al, 2012, p. 121)

Adicionalmente, es relevante señalar que, al concebir los valores identificados como configuraciones de la vida cotidiana de las personas, estos criterios valorativos constituyen el punto de partida desde el cual los individuos piensan y actúan, otorgando fundamento a sus decisiones, conductas y posturas, a la vez que se entrelazan con la cultura en la que se encuentran inmersos (Olaya Villar, 2002). Estos valores contribuyen a explicar tanto la conducta individual como las dinámicas colectivas de las sociedades. En este sentido, se vinculan estrechamente con los comportamientos prosociales, entendidos como acciones orientadas a beneficiar a otros y a fortalecer la cohesión social, cuya comprensión resulta clave para analizar procesos de convivencia y ciudadanía (Wray-Lake, 2023, en The Cambridge

Handbook of Prosociality). No obstante, tales formas de comportamiento, bajo el marco conceptual de la cultura ciudadana, se encuentran moduladas y reguladas por tres sistemas normativos fundamentales: el legal, el moral y el social:

Tabla 3. Mecanismos de regulación del comportamiento propuestos por Mockus

Normas Legales	Normas Morales	Normas Sociales
<i>Criterio afirmativo:</i> admiración o respeto por la ley (o reconocimiento de la importancia de cumplirla)	<i>Criterio afirmativo:</i> auto gratificación de la propia conciencia (paz con la propia conciencia)	<i>Criterio afirmativo:</i> admiración y reconocimiento social (confianza - reputación).
<i>Criterio de temor:</i> temor a la sanción legal	<i>Criterio de temor:</i> temor a la culpa	<i>Criterio de temor:</i> temor a la vergüenza o a la sanción social

Nota: Elaboración propia basado en Mockus, Murraín y Villa (2012)

Desde los tres mecanismos anteriores, se puede comenzar a evaluar qué valores y comportamientos, sean positivos o negativos, existen en un grupo determinado y desde allí comenzar a modificarlos o reforzarlos. A lo largo de las entrevistas se evidenció que las personas que asisten al teatro comparten valores específicos que se reflejan en esta práctica artística y que les han permitido ampliar sus perspectivas y formas de comportarse, aplicándolos tanto en los espacios teatrales como en su vida cotidiana, siendo influyentes entonces, no solo a nivel individual, sino también colectivo y relacional.

A continuación, los valores serán nombrados y se enlazarán su pertinencia con los esfuerzos en temas de cultura ciudadana que se vienen adelantando en Medellín. De igual forma, se debe considerar que cuando se habla de cultura ciudadana y de representaciones sociales, nos situamos, sobre todo, en la columna de las *normas sociales* y, por momentos, también en las morales, en cuanto a los mecanismos de regulación del comportamiento. Dicho esto, es clave ahondar en la definición y elementos característicos de las normas sociales. Según Murillo y Cano (2021), una de las principales características de las normas sociales es que estas se ubican en el ámbito de lo informal, en el sentido a que son opuestas a las normas formales clásicas (las leyes escritas) y que la sanción por su incumplimiento ni es coercitiva ni respaldada por el castigo del Estado. Son, además, públicas y compartidas ya que se reafirman en la cotidianidad y sirven a las personas para regularse y convivir dentro de un grupo social específico. Éstas determinan formas de comportarse y de concebir aquello que es aceptado o no socialmente.

4.2. Diversidad

Según definiciones clásicas como las de Gimeno (1995), «la diversidad alude a la circunstancia de los sujetos de ser distintos y diferentes [...] La diversidad es una manifestación normal de los seres humanos, de los hechos sociales, de las culturas» (p. 19). Por su parte, Guédez (2005) argumenta que la diversidad puede entenderse como la coexistencia de diferencias que no implican exclusión ni discriminación, sino el reconocimiento del otro como parte de una colectividad. Implica aceptar al otro en su alteridad y abrir la posibilidad de relaciones basadas en la reciprocidad, la corresponsabilidad y la integración. En esta perspectiva, la diversidad se vincula con el derecho a ser distinto y a ejercer esa diferencia, lo cual amplía la pluralidad y la

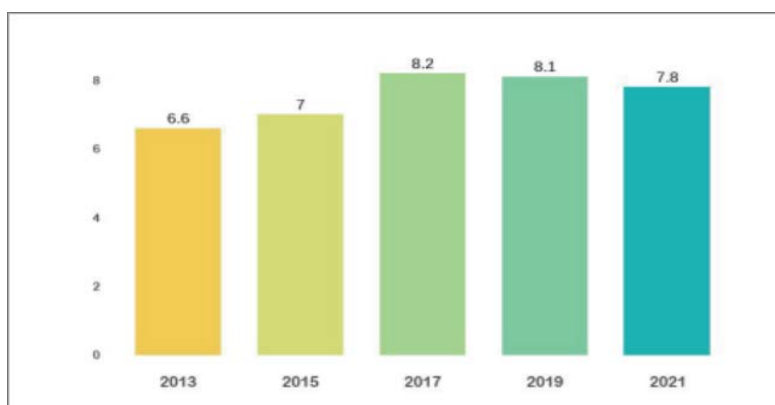
libertad de elección que enriquecen la experiencia humana. Literatura más reciente muestra como la valoración a la diversidad se enmarca en estudios de interculturalidad y ciudadanía (Kymlicka, 2022), resaltando el papel del respeto y valoración de la diferencia en términos de raza, identidad de género, nacionalidad, condición socioeconómica, etc., en el marco de un mundo cada vez más globalizado.

A partir de estos abordajes, la presente categoría hace referencia a lo descrito por los entrevistados como el tipo de público que identifican que asiste a teatro; aquí un extracto de una de las entrevistas que lo ilustra: «[...]personas de todo tipo de gustos, de todo tipo de maneras de vestir, de maneras de pensar, de vivir la vida. Estudiantes, personas que ya trabajan, que están retiradas» (E2). Y, adicionalmente, la diversidad se identifica como una característica propia de los espacios teatrales: «cuando voy a teatro es como ver una fauna super diversa, pues sé que me voy a encontrar chicas, chicos, chiques» (E11).

La libertad individual y la pluralidad parten de la diversidad, ésta permite el diálogo que facilita el trámite de las diferencias para respetarlas y preservarlas; se trata de la coexistencia de lo culturalmente diverso (Mockus, 1994). Si se piensa este concepto unido al de cultura ciudadana, esta visión y posibilidad que da el asistir a teatro da cumplimiento al cuarto punto del programa de gobierno de cultura ciudadana dirigido por Mockus (2003), donde el objetivo era «aumentar la capacidad de expresarse y de interpretar las expresiones de los otros» (p. 107). En ese sentido, se evidencia como el teatro resulta en una herramienta eficiente de gestión pública capaz de generar comportamientos prosociales en Medellín y que, además, ha sido también utilizada en otros contextos como Uganda y China (Kigozi, 2023; Xu & Yang, 2022).

Se podría decir, a modo de aproximación no generalizable sino contextualmente situada, que las personas que suelen ir a teatro en Medellín están dispuestas a coexistir en la diversidad. Si la práctica se extendiese, se intuye que podría beneficiar el indicador de *convivencia con la diversidad* presente en la *Encuesta de Cultura Ciudadana*. Lo anterior resulta de especial relevancia cuando se evidencia que el indicador ha ido disminuyendo desde el 2017 (ver figura 3), en el cual el valor del indicador para el año 2021 disminuyó respecto al 2019 en 0.3 puntos, según la Alcaldía de Medellín. Lo anterior da a entender que, si bien la disminución puede no parecer significativa, pone en evidencia que para los y las medellinenses está resultando cada vez más difícil convivir con individuos de convicciones, comportamientos y estilos de vida diversos.

Figura 3. Índice de coexistencia y diversidad de la Encuesta de Cultura Ciudadana



Nota. Reproducido de la Encuesta de Cultura Ciudadana de Medellín (p. 97), por Alcaldía de Medellín, 2021.

Si la negación de la diversidad comienza a aumentar en la ciudad, la coexistencia como elemento clave de las políticas y programas de cultura ciudadana iría en detrimento. En ese sentido, políticas y/o programas de cultura ciudadana que utilicen al teatro como herramienta para aumentar el valor de la diversidad, irían en la dirección adecuada según la evidencia hallada en esta y otras investigaciones afines como las ya mencionadas. Compartir en espacios diversos como el teatro podría incentivar comportamientos que fortalecen la prosocialidad y la convivencia en la diversidad.

4.3. Respeto

Cuando las personas entrevistadas mencionan este valor lo hacen respecto a los actores y a los asistentes a teatro. Al hablar de los actores, anotan que: «están muy vulnerables ahí arriba y para ellos es muy fácil salirse de donde están. Entonces es mejor ser respetuosos con lo que ellos están haciendo y que puedan hacer bien lo que tenían preparado, es respeto con el tiempo que le han dedicado a la preparación» (E4). Se respeta, en este caso, lo que ellos y su trabajo representan, además de reconocer que las condiciones de quienes están sobre el escenario y quien está sentado observando, son distintas.

La forma como es concebido el respeto por parte de los entrevistados coincide con la definición de Schaefer, Zitzmann, Loreth, Paffrath, Grabow, Loewy, & Simon (2021) la cual reposa sobre las teorías de relaciones intergrupales. Para los autores, el concepto de respeto se asocia con la sensación de reconocer y ser reconocido como un igual. Lo dicho por los entrevistados también tiene una profunda relación con la definición propuesta por Rodríguez-Burgos, Martínez Cárdenas & Rodríguez-Serpa (2017), los cuales afirman que el respeto hace referencia al reconocimiento de las personas como sujetos con ideas, rasgos y atributos propios que deben valerse del reconocimiento mutuo.

A partir de las definiciones, podría afirmarse que en el teatro se vive este valor entre sus espectadores y se ve reflejado hacia los otros asistentes y hacia los actores. Es decir, que en este caso los comportamientos están más guiados e influenciados por el respeto mutuo al reconocer al otro y su acción. Se sigue la expectativa comportamental en la cual respetar a los demás podría ser garantía de una retribución en el mismo sentido. Es a partir de allí que se comienzan a vivir una serie de comportamientos compartidos alrededor del respeto y que pueden hallarse en las personas que asisten a teatro. Una de las personas entrevistadas afirmó: «por respeto a ellos (los actores), a la sala, a los otros, a que los otros disfruten también la experiencia, uno no llega haciendo bulla, uno no saca el celular» (E8). Resulta también llamativa la forma en que los entrevistados resolverían conflictos asociados a este valor, uno(a) de ellos(as) afirmaba: «si a otra persona le suena el celular y uno le va a decir algo, uno busca no ser grosero, sino decirle lo más humanamente posible» (E2). Se evidencia que se sigue conservando este valor, no solo en la interacción con los actores, sino también en la interacción con el otro espectador. En este orden de ideas, cuando se habla de respeto hacia los demás espectadores, es evidente la aparición del concepto de normas sociales como en la siguiente respuesta que dio uno(a) de ellos:

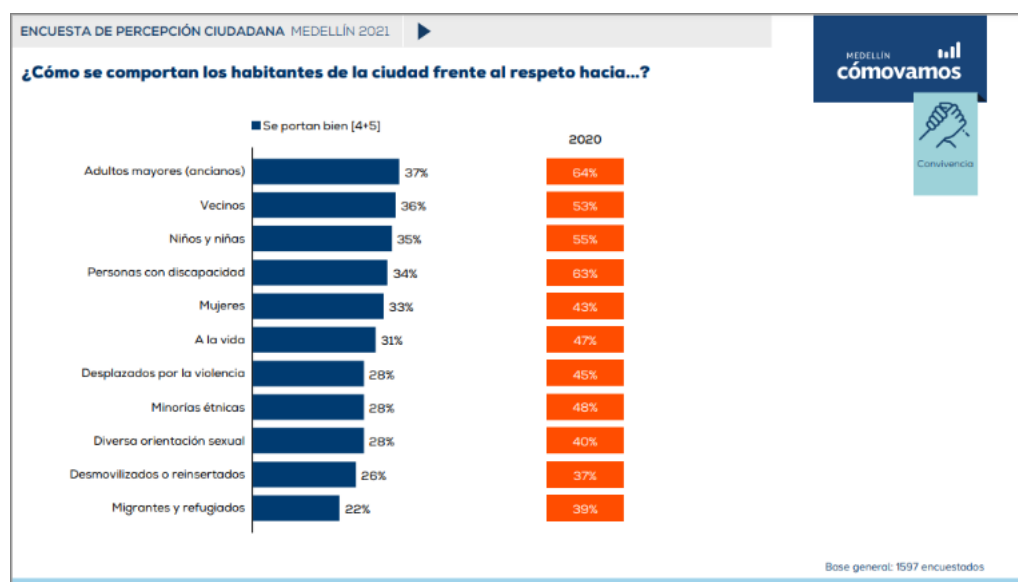
Hay respeto por la otra persona porque, y no sé si es muy pretencioso o arrogante/soberbio pensarlo, pero siento que las personas lo hacen muy poco, es voy a hacer lo que se debe hacer porque todos estamos y vinimos a ver una obra de teatro- (E7).

Si bien el respeto no es un valor que aparece directamente en la Encuesta de Cultura Ciudadana, la presencia de éste beneficia directamente al indicador correspondiente a: *ausencia de situaciones conflictivas*, debido a que el este busca dar cuenta de la ocurrencia de problemas que dificulten la coexistencia de los individuos en diferentes espacios. Así pues, se muestra una evidente relación entre la definición propuesta y la operacionalización que realiza la encuesta, ya que se condiciona el actuar individual hacia algún rasgo o atributo del otro para permitir la convivencia/coexistencia.

Así mismo, el indicador también analiza las reacciones de las personas que han vivido situaciones conflictivas. Ante este tipo de situaciones, la reacción del 80% de las personas fue no hacer nada, seguido de llamados cordiales para remediar la situación (Alcaldía de Medellín, 2021). Si se une el análisis de las reacciones con lo dicho por los entrevistados y la literatura especializada, se podría decir que el teatro refuerza comportamientos asociados al valor del respeto (Meedendorp & Deunk, 2025; Juntunen & Partti, 2022). En este orden de ideas, estrategias orientadas en este sentido podrían fortalecer lo que ya se observa en este indicador que se encuentra en su puntaje más alto desde el inicio de las mediciones (Alcaldía de Medellín, 2021).

Por otro lado, se evidencia un escenario diferente al analizar los resultados de la Encuesta de Percepción Ciudadana de Medellín Cómo Vamos (2021). Es importante mencionar que este instrumento, en este punto, no se pregunta por el comportamiento propio, sino por la percepción individual sobre los comportamientos de los demás. En ese sentido, la encuesta preguntó acerca de cómo las personas percibían que se comportan los habitantes de la ciudad con relación al respeto hacia diferentes tipos de personas y en cada uno de los puntos esta percepción ha disminuido desfavorablemente (ver figura 4):

Figura 4. Cómo se comportan los habitantes de la ciudad frente al respeto hacia los siguientes grupos poblacionales



Nota. Reproducido del Informe de Calidad de Vida de Medellín (p. 70), por Medellín Cómo Vamos, 2021.

Puede evidenciarse que, respecto al año 2020, la percepción de respeto ha disminuido casi a la mitad en cada uno de los perfiles establecidos. Al analizar los resultados en apariencia disímiles de ambas encuestas, se intuyen dos posibles

hipótesis: 1) es posible que estemos ante un evento de *ignorancia pluralista*. Prentice y Miller (1993) explican de gran manera como este concepto puede generar disonancias al malpercibir (*misperceiving*) las normas sociales. Los autores demuestran cómo, en algunos casos, —como el consumo de alcohol en los campus universitarios— se tiende a sobreestimar las cualidades propias y subestimar las de los demás. Esta estimación subjetiva pudo ocurrir en las dos encuestas utilizadas: se sobreestima el respeto propio, pero se subestima el de los demás. 2) En clave de políticas públicas, poner la alerta ante un eventual problema público alrededor de la convivencia y el respeto a personas que hacen parte de poblaciones diversas, vulnerables y/o minoritarias, siendo la población migrante y refugiada en la que se refleja un más bajo porcentaje y que coincidiría con fenómenos globales a considerar (Squire, 2023).

4.4. Empatía

Cardona y García (2010), haciendo referencia a la relación enfermera-paciente, definen la empatía como aquella habilidad de 'sentir con los demás', es decir, de experimentar las emociones de los otros como si fuesen propias. En el campo de lo político-social, Nussbaum (2014) define la empatía (*empathy*) como la capacidad de imaginar la situación y perspectiva del otro, pero no se trata simplemente del conocimiento sobre el estado del otro o imaginar el sentimiento ajeno (por lo difícil de esta situación), ya que la empatía no es simple contagio emocional, sino que «requiere que nos introduzcamos en el problema o la dificultad de otro, y eso precisa, a su vez, tanto de una distinción entre el yo/nosotros y el otro, como de un desplazamiento imaginativo» (p. 179).

Bajo la lógica expuesta por Nussbaum, puede afirmarse que los participantes de la investigación se acercaron a su definición del concepto, ya que manifestaron que la empatía era uno de los valores que habían aprendido del teatro, dado que los hacía ponerse en los zapatos de los demás a partir de las temáticas de las obras y las vivencias de otros tiempos que se presentan sobre el escenario:

Simplemente José es como un loquito de un pueblo y es desplazado, pero ni sabe que es desplazado y es un monólogo. Entonces cuando tú lo ves dices: parece la gente sufre mucho, hay gente aquí en Colombia que ha sufrido mucho y yo lo entiendo y me identifico, de alguna manera ahí hay una invitación a ser más humano, a pensar que el otro existe y que el otro es importante (E5).

Este valor no solo se manifiesta al momento de ver la obra, sino que también se traslada a situaciones de la vida cotidiana: «voy por la calle y veo a un niño solo, pues yo pongo atención de que no haya nada peligroso alrededor, obviamente sin ser muy dramático al respecto, sino observar, ser muy cuidadoso de lo que sucede alrededor» (E2). De esta manera, la empatía que genera el teatro hace a los espectadores más conscientes del entorno en el que habitan y de ese otro que también hace parte de su cotidianidad. Estos elementos coinciden con la literatura alrededor del teatro y la prosocialidad (Meedendorp & Deunk, 2025; Juntunen & Partti, 2022; Xu & Yang, 2022) en la cual las situaciones y emociones que despierta el teatro permite que las personas lo enlacen con situaciones de su día a día, como lo expresa uno(a) de los entrevistados al relacionarlo con su profesión médica:

Uno aprovecha estos temas del teatro para llevarlos a las consultas. Uno los lleva al paciente y empieza a contarles, por ejemplo: lo que tu sientes no es solo por ti, si tu vieras cuantas personas sienten eso y han intentado representarlo (E9).

Es así como la empatía resulta indispensable cuando se habla de enriquecer las relaciones interpersonales. Cuando una persona es empática le es más fácil

entender y reaccionar de una manera diferente frente al otro, ya que comparte el sentir de los demás y esto permite actuar de forma más generosa y comprensiva (Cardona y García, 2010). Finalmente, son este tipo de relaciones las que permiten la conexión con el entorno y median las relaciones sociales porque es así como se incentiva la vinculación con otros grupos. En otras palabras, y de cara a pensarlo en clave de cultura ciudadana, la empatía afecta positivamente la coexistencia, toda vez «resulta de gran utilidad para la formación de sentimientos comprensivos que, a su vez, se correlacionan con las conductas de ayuda y colaboración» (Nussbaum, 2010, p. 63).

En el terreno de la operacionalización del concepto, encontramos grandes retos. A nivel mundial, sobre todo en el campo de la psicología, se han hecho esfuerzos importantes para medir la empatía como el Cuestionario de Empatía de Toronto (TEQ) y el Índice de Reactividad Interpersonal que fue adaptado a España con una muestra representativa de más de 1200 adolescentes por Mestre Escrivá, Navarro y García (2004). En Medellín, sin embargo, no hay un indicador específico que mida la empatía. A pesar de ello, la literatura de normas sociales permite aproximarse a mediciones afines que, de alguna manera, contienen en su entramado teórico los criterios valorativos (Bicchieri, 2016). Los problemas que se desprendan de la ausencia de la empatía o su fortalecimiento estarán estrechamente ligados a disminuciones en el respeto interpersonal, la marginalización o la estigmatización, sobre todo, de grupos minoritarios. Bien lo plantea Nussbaum (2010): «toda democracia que esté llena de ciudadanos carentes de empatía engendrará de manera inevitable más tipos de estigmatización y marginalización, lo que exacerbará sus problemas en vez de resolverlos» (p. 13).

4.5. El Distrito San Ignacio como apuesta de política pública

El Distrito San Ignacio es un proyecto que inicia en el año 2017 donde confluyen actores públicos (Aldía de Medellín) y privados (Proantioquia, Grupo Argos y Comfama). Su apuesta es por la gestión integral –cultural, social, urbanística– del sector San Ignacio, ubicado en la Comuna 10 de Medellín. Adicionalmente, algunas de las apuestas del Distrito son: cuidar el sentido de vecindad, atraer a visitantes y a nuevos residentes e incrementar el goce ciudadano y el sentido de pertenencia en este territorio de la ciudad. Estos objetivos están directamente relacionados con la construcción de cultura ciudadana, ya que apuntan a mejorar e incentivar la convivencia de las personas y a que estas se sientan pertenecientes a este entorno.

Es por esto por lo que, durante las entrevistas, se recopiló información sobre este sector. Al preguntarle a los entrevistados si sabían qué era el Distrito San Ignacio, se encontró que quienes lo habían escuchado ya siguen la iniciativa en redes sociales, pero la reconocen sobre todo por su esfuerzo en la divulgación de los eventos culturales: «es compuesto por varios teatros para comunicar la información (...) Así que yo esté seguro, tienen un festival de teatro, que lo realizan una vez al año» (E2). Otra de las cosas que mencionaban era que «ellos se encargan de mover la onda cultural del centro, entonces están haciendo una integración entre los teatros y la programación para que el público se acerque al Distrito» (E1). Las respuestas demuestran que el Distrito San Ignacio está cumpliendo uno de sus objetivos específicos, el cual busca aportar desde la comunicación digital para visibilizar los espacios culturales que existen en el territorio, poniendo toda la información accesible en un mismo lugar (Díaz y Gómez, 2021).

Pero, más allá de la divulgación, ¿está cumpliendo el Distrito en referencia a la construcción de convivencia y cultura ciudadana? Para las entidades que lo componen, la consolidación de un sentido de pertenencia con el sector detonará en

una mejoría en las condiciones de seguridad y convivencia (Díaz y Gómez, 2021). No sólo los responsables del proyecto, sino también los entrevistados reconocen la relevancia del teatro como actor de cambio social y físico del entorno:

Cada vez que uno se apropia de espacios que tienen la fama de ser inseguros, estamos haciendo ciudadanía, estamos haciendo presencia, nos estamos apoderando de los espacios y le estamos quitando territorio a las actividades oscuras por decirlo de alguna manera (E8).

Los esfuerzos públicos y privados por el fortalecimiento de la cultura ciudadana se han ganado un espacio de relevancia en Colombia. Si bien hoy Medellín cuenta con una Política Pública de Cultura Ciudadana y un Plan de Desarrollo Municipal que incluye al Distrito San Ignacio como proyecto estratégico, los entrevistados manifiestan desconocimiento del rol público de cara a construir y consolidar estas iniciativas. Tanto así que se cree, por parte de los entrevistados, que es una apuesta que realiza Comfama (Caja de Compensación Familiar de Antioquia) desde el claustro: «pues la otra vez vi un video que era como que Comfama buscaba juntar partes de la zona de San Ignacio para acoplar un distrito» (E3).

Lo anterior pone de manifiesto la relación de reciprocidad que debe coexistir entre las políticas de cultura ciudadana y las estrategias de comunicación y deliberación que sirven para divulgarlas y consolidarlas. Mockus (2003) expresó que la triada entre cultura ciudadana, comunicación y deliberación resultan factores clave para el cambio social, toda vez la «cultura ciudadana es un proceso pedagógico que de alguna manera pone a su servicio y da sentido a muchos procesos de comunicación» (p. 106). Bajo esta premisa, resulta clave para las apuestas de política pública de la alcaldía de Medellín respecto al Distrito San Ignacio, que se dé una mejor estrategia de comunicación que incremente el alcance del impacto de la política. Se evidencia, con lo anterior, la relevancia del Distrito San Ignacio como apuesta política en la construcción de cultura ciudadana en Medellín a través del teatro. Para su permanencia y fortalecimiento, resulta clave el continuo apoyo y comunicación de lo que allí se realiza; tener, además, objetivos claros respecto a los comportamientos que se quieren cambiar y fortalecer en aras a mejorar la convivencia ciudadana, es imprescindible en el marco del diseño e implementación de la estrategia.

5. Conclusión y discusión

La presente investigación indagó por las representaciones sociales que un grupo de entrevistados, entre los 25 y 35 años, tenían alrededor del teatro y su impacto en la construcción de cultura ciudadana en el Distrito San Ignacio de la ciudad de Medellín. Se encontró que las personas entrevistadas que asisten a teatro viven, adoptan y fortalecen una serie de valores (diversidad, respeto y empatía) motivo de su asistencia a este escenario y a las dinámicas que envuelve. El fortalecimiento de dichos valores conlleva, directamente, a fortalecer aspectos clave de la cultura ciudadana en Medellín que pudieron evidenciarse en indicadores específicos de la *Encuesta de Cultura Ciudadana* (2021) y la *Encuesta de Percepción Ciudadana de Medellín Cómo Vamos* (2021). Puede decirse, en pocas palabras, que la conjunción entre teatro y cultura ciudadana refuerzan las normas sociales y la convivencia, consolidando al teatro como herramienta de política pública con capacidad para promover comportamientos prosociales.

Resulta clave reiterar los alcances de la investigación. Si bien está cimentada en evidencia empírica que da insumos que soportan la pertinencia del teatro como apoyo para el diseño e implementación de políticas públicas de cultura ciudadana, se destacan exclusivamente tres valores a los que las estrategias apuntarían: diversidad,

respeto y empatía, sin contar con una lógica causal. La cultura ciudadana como herramienta de gestión pública no es una varita mágica capaz de solucionar problemas en todas las materias (Mazo y Murillo, 2021). Para abordar problemáticas como la seguridad o el medio ambiente, deberán realizarse otro tipo de esfuerzos y direccionar la metodología, por ejemplo, a un público diferente.

Respecto a la diversidad, resulta relevante que las autoridades —en este caso específico la Alcaldía de Medellín— se base en la evidencia encontrada respecto a este valor para sumar esfuerzos desde el teatro para generar acciones concretas y evitar que el decrecimiento del indicador en la Encuesta de Cultura Ciudadana continúe. De igual forma, las manifestaciones de empatía que genera asistir a teatro pueden ser aprovechadas para cultivar otros tipos de valores en las personas, debido a que facilita la comprensión de las necesidades de los demás y de la vida en comunidad. Pensar en estrategias públicas desde la empatía, en el marco de la asistencia a teatro, podría ser una acción gubernamental que apunte a la solución de indicadores específicos.

Frente a la relevancia del Distrito San Ignacio como apuesta de política pública en la construcción de cultura ciudadana, se identificó su pertinencia y algunos de los esfuerzos realizados. Sin embargo, estos esfuerzos aún son poco reconocidos por el público que asiste a teatro. Resulta clave fortalecer la triada cultura ciudadana, comunicación y deliberación para un adecuado y suficiente impacto de las políticas y planes en la materia. No obstante, el público sí reconoce al teatro y a los lugares que se habitan gracias a él como gestores de cambio en el entorno.

Por último, se identifican insumos para diseñar y fortalecer esfuerzos públicos —y privados— donde se incluya al teatro como una herramienta para cumplir los objetivos de construcción de cultura ciudadana, basándose en los valores identificados en la presente investigación. De igual forma, se da pie a continuar pensando los vínculos que tiene el teatro con la cultura ciudadana y cómo las representaciones sociales existentes se relacionan con valores o conductas esperadas en los ciudadanos, no solo en lo que miden instrumentos ya establecidos, sino también en los objetivos que se buscan cumplir desde la administración de la ciudad en temas de convivencia.

Bibliografía

- Alcaldía de Medellín. (2019). *Los ciudadanos que somos: Encuesta de Cultura Ciudadana de Medellín 2019*. Alcaldía de Medellín.
- Alcaldía de Medellín. (2021). *Encuesta de Cultura Ciudadana de Medellín 2021*. Alcaldía de Medellín.
- Bicchieri, C. (2016). *Norms in the Wild: How to Diagnose, Measure, and Change Social Norms*. Oxford University Press.
- Cardona, L., y García, M. (2010). La empatía, un sentimiento necesario en la relación enfermera-paciente. *Desarrollo Científico en Enfermería*, 18(3), 120–124. <http://www.index-f.com/dce/18pdf/18-120.pdf>
- Centro de Análisis Político EAFIT. (2019, abril 24). *¿Cómo nace el concepto de Cultura Ciudadana?* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=fXSG23Bvn9s>
- Concejo de Medellín. (2019). *Acuerdo 123 de 2019, por el cual se adopta la Política Pública de Cultura Ciudadana*. Concejo de Medellín.
- Courbis, C. (2015). *Programación de artes escénicas en centros culturales: hacia un modelo de programación curatorial. Estudio de caso: Centro Gabriela Mistral, GAM 2010–2014* [Tesis de maestría, Universidad de Chile]. Repositorio Institucional Universidad de Chile.

- <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/133766/programacion-de-artes-escenicas.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Díaz, V., & Gómez, F. (Presentadores). (2021, julio 1). *¿Qué es el Distrito San Ignacio Medellín?* (N.º 1) [Episodio de podcast]. En *De vuelta por San Ignacio*. Spotify. <https://open.spotify.com/show/1tlbYKPvW5dD5TelJxwj5U>
- Díaz, V., & Gómez, F. (Presentadores). (2021, noviembre). *Distrito San Ignacio, construcción de todos* (N.º 11) [Episodio de podcast]. En *De vuelta por San Ignacio*. Spotify. <https://open.spotify.com/episode/674J8wykqg9JhgEh41QVcY>
- Distrito San Ignacio. (s. f.). *El proyecto*. <https://distritosanignacio.com/el-proyecto/>
- Esquivel, S. (2016). *De cuerpo presente, en los umbrales de la finitud: 29 tesis sobre teatro, política e inmanencia*. Paso de Gato.
- Gerring, J. (2004). What is a case study and what is it good for? *American Political Science Review*, 98(2), 341–354. <https://doi.org/10.1017/S0003055404001182>
- Gimeno, S. (1995). Diversos y también desiguales. Qué hacer en educación. *Kiriki*, (38), 19–25. http://altascapacidadescse.org/pdf/la_construccion_del_discurso.pdf
- Gonçalves Matos, A., & Melo-Pfeifer, A. (2020). Art matters in languages and intercultural citizenship education. *Language and Intercultural Communication*, 20(4), 289–299. <https://doi.org/10.1080/14708477.2020.1786917>
- Grotowski, J. (1992). *Hacia un teatro pobre*. Siglo XXI Editores.
- Hernández Sampieri, R. (2014). *Metodología de la investigación*. McGraw Hill Education.
- Juntunen, M. L., & Partti, H. (2022). Towards transformative global citizenship through interdisciplinary arts education. *International Journal of Education & the Arts*, 23(13), 1–28.
- Kigozi, B. (2023). Citizenship: The role of the performing arts in Uganda. *Journal of Visual and Performing Arts*, 1(1), 29–36. <https://doi.org/10.58721/jvpa.v1i1.245>
- Kymlicka, W. (2022). Philosophies of inclusion and exclusion. En E. Koning (Ed.), *The exclusion of immigrants from welfare programs: Cross-national analysis and contemporary developments* (pp. 237–250). University of Toronto Press.
- León, M. (2002). Representaciones sociales: actitudes, creencias, comunicación y creencia social. En F. Morales, A. Kornblit, D. Páez, & D. Asún (Coords.), *Psicología social* (pp. 367–385). Prentice Hall Pearson Education.
- Materán, A. (2008). Las representaciones sociales: un referente teórico para la investigación educativa. *Revista Geoenseñanza*, 13(2), 243–248.
- Mazo-Zapata, J., & Murillo-Carvajal, F. (2021). Martillos y clavos: Límites y aplicaciones de las ciencias del comportamiento en el sector público. En J. Mazo-Zapata & S. Silva (Eds.), *Promesas mutuas: Conversaciones sobre normas sociales y prosocialidad* (pp. 175–190). Universidad EAFIT.
- Medellín Cómo Vamos. (2020). *Informe de Calidad de Vida de Medellín, 2020*. Medellín Cómo Vamos.
- Meedendorp, A., & Deunk, M. I. (2025). Stimulating teachers' equity literacy through drama and theatre-based work forms: A systematic review. *Educational Research Review*, 46, 100664. <https://doi.org/10.1016/j.edurev.2025.100664>
- Mestre Escrivá, V., Frías Navarro, M. D., & Samper García, P. (2004). La medida de la empatía: Análisis del Interpersonal Reactivity Index. *Psicothema*, 16(2), 255–260.
- Mintz, A., & Terris, L. G. (Eds.). (2018). *The Oxford handbook of behavioral political science*. Oxford University Press.
- Mockus Sivickas, A. R. A. (1994). Modernidad, modernización y trabajo. *Revista Colombiana de Psicología*, (3), 125–135.
- Mockus, A. (2003). Cultura ciudadana y comunicación. *Revista Tadeo*, (68), 106–111. <https://www.facatativateamo.com/pdf/mokus.pdf>
- Mockus, A., Murraín, H., & Villa, M. (2012). *Antípodas de la violencia: Desafíos de cultura ciudadana para la crisis de (in)seguridad en América Latina*. Fondo de

Cultura Económica.

- Murillo-Carvajal, F., & Cano, C. (2021). Camino conceptual hacia las normas sociales. En J. Mazo-Zapata & S. Silva (Eds.), *Promesas mutuas: Conversaciones sobre normas sociales y prosocialidad* (pp. 27–46). Universidad EAFIT.
- Nussbaum, M. (2010). *Sin fines de lucro: Por qué la democracia necesita de las humanidades*. Katz Editores.
- Nussbaum, M. (2014). *Emociones políticas: ¿Por qué el amor es importante para la justicia?* Paidós.
- Olaya Villar, M. D. (2002). Educación en valores: la tolerancia. *Ensayos: Revista de la Facultad de Educación de Albacete*, 219–236.
- Prentice, D. A., & Miller, D. T. (1993). Pluralistic ignorance and alcohol use on campus: Some consequences of misperceiving the social norm. *Journal of Personality and Social Psychology*, 64(2), 243–256. <https://doi.org/10.1037/0022-3514.64.2.243>
- Rodríguez-Burgos, K., Martínez Cárdenas, A. A., & Rodríguez-Serpa, F. A. (2017). Estudio empírico sobre los valores democráticos de tolerancia y respeto en la generación milenaria. *Justicia*, 22(31), 135–150.
- Roth, A. (2014). *Políticas públicas: Formulación, implementación y evaluación*. Aurora.
- Schaefer, C. D., Zitzmann, S., Loreth, L., Paffrath, J., Grabow, H., Loewy, M., & Simon, B. (2021). The meaning of respect under varying context conditions. *Journal of Social and Political Psychology*, 9(2), 536–552. <https://doi.org/10.5964/jsp.7313>
- Seawright, J., & Gerring, J. (2008). Case selection techniques in case study research: A menu of qualitative and quantitative options. *Political Research Quarterly*, 61(2), 294–308. <https://doi.org/10.1177/1065912907313077>
- Seligman, M., & Csikszentmihalyi, M. (2000). Positive psychology: An introduction. *American Psychologist*, 55(1), 5–14.
- Snow, D. A., & Benford, R. D. (1988). Ideology, frame resonance, and participant mobilization. *International Social Movement Research*, 1, 197–217.
- Squire, V. (2023). Global citizenship in the making? Generating an inventory of migratory claims. *Citizenship Studies*, 27(8), 967–982.
- Subirats, J., Knoepfel, P., Larrue, C., & Varone, F. (2008). *Análisis y gestión de políticas públicas*. Ariel.
- Tognato, C. (2017). *Cultural agents reloaded: The legacy of Antanas Mockus*. Harvard University Press.
- Van de Vyver, J., Abrams, D., Spinner, L., Pelletier, J., Ali, S. Y., & Kapantai, I. (2019). Participatory arts interventions promote interpersonal and intergroup prosocial intentions in middle childhood. *Journal of Applied Developmental Psychology*, 65, 101069. <https://doi.org/10.1016/j.appdev.2019.101069>
- Villaroel, G. (2007). Las representaciones sociales: una nueva relación entre el individuo y la sociedad. *Fermetum*, 17, 434–454. <https://www.redalyc.org/pdf/705/70504911.pdf>
- Wray-Lake, L. (2023). Prosociality and civic engagement. En T. Malti & M. Davidov (Eds.), *The Cambridge Handbook of Prosociality: Development, Mechanisms, Promotion* (pp. 542–559). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781108876681.031>
- Xu, J., & Yang, T. (2022). Facing the challenge—Drama and citizenship education in China. *Cultural Arts Research and Development*, 1(1), 33–37. <https://doi.org/10.55121/card.v1i1.11>

Un análisis de la vigencia de las ‘falsas promesas de la democracia’ de Norberto Bobbio

An analysis of the validity of the ‘broken promises of democracy’ by Norberto Bobbio

Camilo Soto Suárez
 Universidad Complutense de Madrid
 ORCID ID 0000-0001-6675-4305
camsoto@ucm.es

Cita recomendada:

Soto Suárez, C. (2025). Un análisis de la vigencia de las ‘falsas promesas de la democracia’ de Norberto Bobbio. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 128-146.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9847>

Recibido / received: 11/06/2024
 Aceptado / accepted: 15/05/2025

Resumen

El siguiente artículo tiene por objetivo analizar y demostrar la vigencia de dos de las seis falsas promesas de la democracia estipuladas por el filósofo Norberto Bobbio, a saber, la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible. Respecto de la primera, se demostrará su vigencia a nivel teórico a través de la idea de pequeño y gran mercado político y de la «democracia sin demos», y a nivel político-práctico, a través del neo-corporativismo y ejemplos concretos de la disciplina de partido y la representación por mandato imperativo. Respecto de la segunda, se propondrá una serie de distinciones de los distintos tipos de poder invisible existentes, a fin de precisar cabalmente las particularidades de cada uno. A continuación, se demostrará mediante casos concretos su vigencia, tales como el fenómeno del escándalo, la existencia de las instituciones y servicios de inteligencia y grupos mafiosos contra el Estado, entre otros.

Palabras clave

Falsas promesas, democracia, intereses, secretismo, Bobbio.

Abstract

This article aims for the purpose of analyze and demonstrate the currency of two of the six broken promises of democracy proposed by the philosopher Norberto Bobbio, namely, the renewed vigour of particular interests and the elimination of invisible power. In regard of the first promise, we will show its currency at the theoretical level, through the idea of the micropolitical and the macropolitical market-place and the idea of the ‘democracy without a



demos'; and at the political-practical level, through the neocorporativism and specific examples of the political partidists discipline and the representation for binding mandate. Regarding the latter, a series of distinctions of the different types of existing invisible power will be proposed, in order to fully specify the particularities of each one. Then, its validity will be demonstrated by means of concrete cases, such as the phenomenon of scandal, the existence of institutions and intelligence services, mafia groups against the State, among others.

Keywords

Broken promises, democracy, interests, secrecy, Bobbio.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Origen de las falsas promesas. 3. La reivindicación de los intereses. 3.1. Vigencia de la reivindicación de los intereses. 4. La eliminación del poder invisible. 4.1. Vigencia del poder invisible. 5. Vínculos y retroalimentación. 6. Objeciones. 7. Conclusiones.

1. Introducción

A lo largo de toda su historia, la democracia se ha caracterizado por ser un concepto cuyo desarrollo se ha valido de un sinfín de pensadores y filósofos que se han preocupado por describirla, aplaudirla, banalizarla y/o menospreciarla, derivando de ello una variedad de caracterizaciones a veces antitéticas entre sí. Como todo concepto político, sus conceptualizaciones se han enmarcado en un determinado contexto socio-histórico que le han incorporado a su significación una variedad de singularidades particulares. En otras palabras, posee características contingentes en función del contexto en el cual forma parte dicha caracterización. De esta forma, aquella contingencia puede ser de gran utilidad al momento de interpretar un determinado momento histórico, sobre todo para comprender nuestro presente.

Norberto Bobbio fue uno de aquellos grandes filósofos cuyo análisis sobre la democracia se caracterizó tanto por su profundidad como por su amplitud de alcance. Uno de sus principales escritos sobre este tema fue *El futuro de la democracia*, obra en la que no solo entregaba su formulación más desarrollada y acabada de lo que denominó una «definición mínima de democracia», sino que también postulaba uno de los aportes más novedosos de toda su teoría: una serie de falsas promesas o promesas incumplidas de la democracia, a partir de las cuales pretendía señalar que existía un trecho entre lo que la democracia idealmente había prometido y lo que realmente fue capaz de llevar a cabo en la práctica. Estas eran: 1. sociedad pluralista, 2. reivindicación de intereses, 3. persistencia de las oligarquías, 4. espacio limitado, 5. eliminación del poder invisible, y 6. ciudadanía no educada.

En base a lo antes dicho, el presente artículo sugerirá como tesis que de las seis falsas promesas de la democracia estipuladas por el filósofo turinés hace casi cuarenta años, al menos dos de ellas –reivindicación de intereses y poder invisible– mantienen todavía plena vigencia en los regímenes democráticos contemporáneos. Para ello, esta investigación se propondrá como objetivo analizar y demostrar la vigencia contemporánea de la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible. Los motivos que justifican la selección de este problema de investigación radicarían en una doble contribución que este trabajo pretende realizar, a saber, política y teórica. A nivel político, un análisis y demostración de la vigencia de las falsas promesas permitirá una mejor comprensión de las mismas que posibilitará afrontar adecuadamente los grandes problemas contemporáneos que afectan a la democracia, tales como la desafección y la desconfianza institucional. Y,

a nivel teórico, la inexistencia de estudios que analicen pormenorizadamente la vigencia de las falsas promesas estipuladas por el filósofo turinés.

Más específicamente, existe un amplio consenso en torno al hecho de que éstas se originarían por el contraste entre la democracia ideal y las circunstancias reales del mundo (Mouffe, 1991; Greppi, 1998; Fernández Santillán, 2011; Gonzáles, 1992), aunque con matices. Yturbe (2007) ve una relación de causa-efecto entre algunas falsas promesas, a diferencia de José Fernández Santillán (2011) que las toma aisladamente, aunque como parte de un mismo fenómeno. Sin embargo, la pensadora Dora Ramírez-Vallejo (2021) pone en tela de juicio este amplio consenso al cuestionar la idea misma de «falsa promesa». Para ella, tanto el Estado moderno como la democracia poseen promesas por cumplir en tanto que se tratan de construcciones lingüísticas y no de entidades abstractas que pueden existir por sí mismas, es decir, falsas promesas emanadas de los compromisos discursivos y la intencionalidad colectiva. A partir de este presupuesto, las promesas de la democracia no serían ni verdaderas ni falsas sino simplemente promesas distintas cuyas diferencias radica en el contraste entre las condiciones en las que fueron originalmente enunciadas frente a las condiciones en las que finalmente fueron aplicadas.

En este sentido, si bien hay un consenso bastante amplio que considera que la idea bobbiana de falsas promesas es acertada, plausible o al menos persuasivamente adecuada para comprender nuestras democracias contemporáneas, son aceptadas como tal sin mediar un análisis pormenorizado en torno a ellas. Una de las pocas excepciones serían el trabajo ya citado de Ramírez-Vallejo y la investigación de Ugo Pagallo (2017), quien se aboca a analizar las falsas promesas de la democracia en la era de la información, demostrando cómo la democracia se enfrenta a nuevos desafíos en el contexto del ciber-espacio que altera las ideas tradicionales de soberanía individual y representación política.

De esta forma, muchos de los estudios inmediatamente posteriores y actuales no debatirían las ideas de Bobbio respecto de sus falsas promesas, y quienes las estudian lo harían con un fin mayoritariamente descriptivo. En este sentido, el aporte que esta investigación pretende realizar yacería en evitar caer en un estudio expositivo del pensamiento del filósofo turinés a través de un análisis en torno a la vigencia contemporánea de las falsas promesas por él propuestas. Es decir, se avanzaría desde una mera sistematización de sus ideas hacia una proposición analítica preocupada no ya solo por explicar el contenido de las falsas promesas, sino también por analizar sus vigencias en un contexto como el actual, muy diferente del que escribiera Bobbio en la década de 1980.

Esto nos lleva a otras dos preguntas igualmente importantes, ¿por qué específicamente se analizarán dos falsas promesas y no más, por no decir todas? Además, ¿por qué se escogió analizar las falsas promesas de la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible, y no otras como la mantención de las oligarquías o la ciudadanía no-educada? Respecto a la primera pregunta, la respuesta es meramente técnica: debido a la extensión en términos de páginas de la presente investigación. Un análisis completo de todas las falsas promesas requeriría de una investigación mucho más amplia que hubiese excedido los límites técnicos permitidos por este artículo, razón por la cual el análisis se limitó a una selección de solo dos de las seis falsas promesas estipuladas por Bobbio¹.

¹ Cabe señalar que esta investigación forma parte de un estudio más amplio abocado a analizar tanto la vigencia de las restantes falsas promesas como sus posibles vínculos con otros fenómenos que afectan

Respecto de la segunda pregunta, la primera falsa promesa, la reivindicación de los intereses, fue escogida por cuanto que a nuestro juicio es la que más erosionaría a la democracia actual al atentar contra el principio de la soberanía popular al entregar, de hecho, la potestad de las decisiones colectivas a las negociaciones entre los partidos y sus intereses particulares. En este sentido, las palabras de Rousseau resuenan hoy en día más que nunca cuando afirmó: «el pueblo inglés cree ser libre, pero se equivoca; solo lo es durante la elección de los miembros del Parlamento; una vez elegidos, se convierte en esclavo, no es nada» (2017, p. 168). La selección de la segunda falsa promesa, la eliminación del poder invisible, se debe a dos motivos. Por un lado, respondería al hecho de que se trata de un fenómeno poco estudiado y que, sin embargo, afecta a todos los sistemas democráticos por igual, no existiendo ningún régimen que logre salvarse y, por el contrario, muchos incluso lo promoverían activamente². Por otro, se vincularía con la anterior falsa promesa a analizar en la medida en que las decisiones tomadas entre los partidos políticos –a través del «gran mercado político»– se realizarían sin la abierta ni debida deliberación popular. Los ciudadanos se enterarían de tales decisiones una vez que estas fuesen a ser implementadas, es decir, sin muchas opciones para revertirlas –salvo ejerciendo mecanismos de presión como movilizaciones y manifestaciones sociales–.

Respecto de la metodología, el presente artículo tendrá un enfoque principalmente teórico basado en un análisis deductivo de investigación, complementado con análisis empírico. Por un lado, será una investigación teórica en tanto que se demostrará la hipótesis señalada a través de un análisis de bibliografía primaria y secundaria. Aquello se verá complementado, por otro lado, con un análisis de fuentes tales como documentos, archivos y casos empíricos, a fin de refrendar deductivamente los supuestos teóricos del análisis en cuestión³.

A partir de lo anterior, en la primera parte del artículo se analizará y demostrará la vigencia de la primera falsa promesa –reivindicación de los intereses– de dos formas: a nivel teórico, a través de la idea de pequeño y gran mercado político y de la «democracia sin demos» de Peter Mair; y a nivel político-práctico, a través del neo-corporativismo y ejemplos concretos de la disciplina de partido y la representación por mandato imperativo. En relación con la segunda promesa –eliminación del poder invisible–, primero propondremos una serie de distinciones respecto de los distintos tipos de poder invisible a fin de precisar cabalmente las particularidades de cada uno. Posteriormente demostraremos mediante casos concretos su vigencia en las democracias contemporáneas. Concluiremos planteando una serie de objeciones que, a juicio nuestro, evidenciaría ciertas limitaciones respecto de la idea de falsas

a la democracia contemporánea, como el populismo o la posverdad. Me he ocupado de analizar el vínculo entre las falsas promesas de la democracia –específicamente, la eliminación del poder invisible– con el neoliberalismo en Soto (2024).

² Específicamente, una promoción pasiva y activa del secretismo, tal como veremos a lo largo de este artículo.

³ Cabe señalar que la selección de las fuentes y los casos concretos no responden a un determinado criterio metodológico, sino que más bien se trata de ejemplos específicos funcionales a demostrar empíricamente la vigencia de las falsas promesas de Bobbio. Si bien esto último podría interpretarse como una debilidad metodológica, en tanto que mezclaría en un mismo análisis casos de índoles contextuales e históricas totalmente disímiles, lo cierto es que contribuye a demostrar una de las características subyacentes a la idea de falsas promesas, a saber, la generalidad con la que fueron estipuladas por el filósofo turinés, que impediría tanto un análisis pormenorizado de casos concretos como el establecimiento de diferencias específicas al interior de fenómenos distintos pero correspondientes a una misma falsa promesa. En palabras más simples, la ausencia de una metodología de la selección de casos concretos, plasmada en la utilización genérica de ejemplos empíricos, responde, de hecho, a la generalidad teórica con la que las falsas promesas fueron estipuladas.

promesas, específicamente las problemáticas analíticas surgidas de su generalización conceptual.

2. Origen de las falsas promesas

Para entender a cabalidad el tópico de este artículo es necesario comenzar analizando lo que Bobbio denominó como su «definición mínima de la democracia», pues en ella reside la base de toda su teoría democrática y, por consiguiente, de sus postulados en torno a las falsas promesas de la democracia⁴. Para el filósofo turinés, la democracia ha de ser entendida no en términos de una macrodefinición con características sustantivas sino, antes bien, como una conceptualización mínima concebida procedimentalmente como un conjunto de normas que determinan quién o quiénes han de tomar las decisiones en nombre del colectivo y bajo qué procedimientos han de hacerlo, de forma que tales decisiones sean percibidas como decisiones colectivas y no arbitrarias (Bobbio, 2018, p. 24).

Dichas normas convendrían una serie de condiciones tales como entregar la potestad de las decisiones al mayor número de individuos que sea posible; decidirlas mediante el principio de mayoría; la plena existencia de una libre elección mediante múltiples alternativas; la garantía de libertades básicas tales como libertad de opinión, expresión, reunión, asociación, entre otras. Como bien afirma Mario Lozano, se trataría de una definición realista en el que el diálogo y el compromiso entre las partes se tornarían elementos fundamentales de la democracia: «en las democracias hay un compromiso primario que se refiere a la aceptación de las reglas del juego, y un compromiso secundario que se refiere a las decisiones tomadas sobre la base de aquellas reglas» (2018, p. 416). La debida comprensión de la previa definición es clave, en la medida en que de la democracia así entendida subyacen una serie de falsas promesas que invaden a todo régimen político democrático cuyo establecimiento en la praxis se aleja de la democracia en un sentido ideal-abstracto: «me parece útil para nuestro objetivo concentrar nuestra reflexión en la diferencia entre los ideales democráticos y la democracia real (...) del contraste entre lo que había sido prometido y lo que se realizó efectivamente» (2018, p. 28). De esto último cabe ineludiblemente preguntarse ¿cómo surgen esas falsas promesas?

Respondiendo a la pregunta, para Bobbio es un hecho inevitable que el mundo real condicionará a la democracia transformándola en una cosa muy diferente de su teorización ideal. Esto se debería a la existencia de una multiplicidad de componentes que influirían en este proceso, dentro de los cuales se encontrarían, por un lado, el surgimiento de nuevos poderes intermedios «con funciones propiamente políticas [que] han llegado a interferir en el modelo tradicional de la forma de gobierno democrática, produciendo transformaciones que serán interpretadas como carencias del propio ideal del gobierno democrático» (Greppi, 1998, p. 237). Por otro, la presencia de obstáculos imprevistos tales como la complejidad y tecnificación de las decisiones políticas, la expansión del aparato burocrático estatal y la ingobernabilidad producida por la asimetría entre el aumento de las demandas sociales y la incapacidad democrático-institucional de solventarlas (Bobbio, 2018, pp. 41-44). Del distanciamiento entre el ideal y su praxis real se originarían entonces seis falsas promesas de la democracia, previamente señaladas, de las cuales analizaremos específicamente la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible.

⁴ Existe una ingente bibliografía dedicada a analizar con más detalle la definición mínima de la democracia de Bobbio, entre los que destacan los trabajos de Greppi (1998), Squella (1987). Yturbe (2007), entre muchos otros. Además, para un análisis crítico de los componentes universales, unívocos y neutrales presentes en la definición mínima de Bobbio, véase Soto (2023).

3. La reivindicación de los intereses

Para entender la falsa promesa de la reivindicación de los intereses es necesario comprender antes en qué consiste dicha promesa y las causas de su incumplimiento. Como punto de partida debemos precisar el significado que Bobbio le entrega a los conceptos «representación» e «intereses», ambos ampliamente utilizados y al mismo tiempo ambiguos en sus definiciones. Para el filósofo italiano, el término «representación» puede significar dos cosas distintas: en un sentido jurídico significaría «actuar en nombre y por cuenta de otro», y en un sentido filosófico indicaría «reproducir» o «reflejar» una realidad objetiva⁵. A partir de esta precisión terminológica, la democracia representativa contemporánea:

Ya adquirió de manera estable ambos sentidos: una democracia es representativa en el doble sentido de tener un órgano cuyas decisiones colegiadas son tomadas por los representantes, y de reflejar mediante esos mismos representantes los diversos grupos de opinión o de interés que se forman en el interior de la sociedad⁶ (Bobbio, 1999, p. 415).

Mientras que para el término «intereses», más vago y genérico, sería útil, según Bobbio, definirlo en función de los adjetivos que se le atribuyen y le suelen acompañar, tales como «particular» o «general», «individual» o «colectivo». En palabras del intelectual turinés, la historia del concepto de interés no es, en realidad, «del concepto de interés sino de la contraposición entre diversos intereses, tanto que en la mayoría de los contextos la palabra interés, usada genéricamente, podría ser sustituida por otras semejantes»⁷ (1999, p. 416).

A partir de estas dos precisiones, lo que el pensador italiano estaría planteando es que al hablar de representación de intereses se estaría haciendo referencia implícitamente a intereses de tipo particular o parcial, mientras que por representación política se entendería, asimismo, intereses generales. En palabras del mismo Bobbio: «ambas formas de representación son formas de representación de intereses: la diferencia se encuentra en la contraposición entre intereses particulares y generales, entre los intereses de grupos determinados y el interés de la nación en su conjunto»⁸ (1999, p. 417). Es necesario dar cuenta de esta acotación terminológica porque cuando Bobbio habla de la falsa promesa de la reivindicación de los intereses, está presuponiendo que se trata de la reivindicación de un tipo de representación que es de carácter particular, en contraposición a una representación política que es, por regla, general.

De esta forma, y a modo de síntesis, el presupuesto básico para entender esta falsa promesa yacería en que existen dos tipos de representación: particular, referida a los intereses de individuos o grupos particulares; y política, referente a los intereses generales de la nación. A partir de esto, para Bobbio la democracia se asentó idealmente bajo la promesa de erradicar o, en lo posible, disminuir la representación de intereses en aras de potenciar la representación política: «la representación (...) estaba diseñada para que fuese política, es decir, que se ocupara de los intereses generales de la nación. Así pensada la representación política (...) se oponía a la

⁵ Cabe señalar, como el mismo Bobbio también lo acota, que en el lenguaje italiano esos dos significados se corresponden específicamente con dos palabras distintas –*rappresentanza* y *rappresentazione*– respectivamente. No obstante, tanto en el lenguaje español como en el inglés y el francés solo se dispone de una palabra para dar significado a estos dos sentidos distintos –*representación*–. Véase la *Nota del traductor* a la edición española de la obra de Bobbio (2009, p. 493).

⁶ Traducción propia.

⁷ Traducción propia.

⁸ Traducción propia.

representación de los intereses particulares» (Fernández Santillán, 2011, p. 107). El trasfondo de la representación de los intereses y representación política nos lleva ineludiblemente a las ideas de mandato libre e imperativo de la representación. Para Bobbio, el mandato libre se caracteriza por la libertad y el margen de acción que sostiene el representante respecto de su representado, a diferencia del mandato imperativo, en el que el representante posee poco, sino nulo, campo de elección frente a su representado, comportándose como un delegado más que como un fiduciario (2018, p. 54).

Esto se relaciona con los tipos de representación de intereses y política de la siguiente forma: para el caso de la representación política, sus representantes requieren de un mandato libre que les permita desligarse de sus electores por cuanto que estos, al estar inmersos en sus intereses particulares y privados, intervendrían constantemente en las decisiones de las personas elegidas cuyo compromiso debiera ser, ante todo, con los intereses generales de la nación y no los de quienes lo eligieron directamente. En corto, con el fin de que un representante pueda ejercer debidamente la representación política requiere como condición *sine qua non* un mandato libre que les permita aproximarse a los intereses generales de la nación, de lo contrario estará siempre bajo la influencia de sus electores, quienes le impondrían representar sus intereses particulares. Mientras que para la representación particular, al no importar los intereses generales sino los particulares de los electores, se establece un mandato imperativo por cuanto que solo así se garantizará la existencia de límites que restrinjan lo más posible al representante en su tarea de representar, valga la redundancia, a quienes lo eligieron directamente. Bobbio expresa todo esto a través de la siguiente fórmula:

Si A es un delegado, es simple y sencillamente un portavoz (...) de sus representados, y por tanto su mandato es extremadamente limitado y revocable *ad nutum*. Si en cambio A es un fiduciario, tiene el poder de actuar con cierta libertad en nombre y por cuenta de los representados (...) y puede interpretar a discreción los intereses de ellos. En este segundo caso se dice que A representa a B sin obligación de mandato (...) no existe mandato imperativo (2018, 54).

Hanna Pitkin en su ya conocida obra *El concepto de representación* también profundiza en esta misma cuestión respecto de los tipos de mandato y formas de representación. Si bien utiliza términos distintos lo cierto es que se refiere exactamente a los mismos fenómenos de los que habla el filósofo italiano⁹. Para Pitkin, la disputa entre una representación «por mandato» e «independiente» responde simplemente a la siguiente pregunta: ¿un representante debería hacer lo que sus electores quieren, vinculándose por los mandatos de estos; o debería ser libre para actuar como mejor le pareciese en la búsqueda del bienestar de ellos?

A juicio de la intelectual estadounidense, existe una gran tensión entre quienes defienden una representación por mandato y por independencia cuya base se fundamenta en la reclamación, por ambas partes, del verdadero concepto de representación, acusando a las respectivas contrapartes de subvertir los ideales representativos al momento de ponerlos en práctica. Para los defensores de una representación por mandato «la verdadera representación ocurre sólo cuando el representante actúa siguiendo instrucciones explícitas de sus electores, y que cualquier ejercicio de discreción es una desviación de ese ideal» (Pitkin, 1985, p. 159). Por el contrario, quienes son favorables a un mandato por independencia afirman que el representante si bien «es elegido localmente, debe buscar el interés nacional, que

⁹ Pitkin utiliza el término «mandato» e «independencia» para referirse a lo que Bobbio denomina como «mandato imperativo» y «mandato libre», respectivamente. Más allá de esta pequeña diferencia terminológica, ambos los utilizan para referirse exactamente a los mismos fenómenos.

de ningún modo emergerá automáticamente de la suma de los deseos de los distritos electorales locales. Debe dejársele libre de instrucciones con el fin de que pueda buscar aquel interés» (1985, p. 161).

Sin embargo, Bobbio va mucho más allá al afirmar que la representación por mandato imperativo, cuyo representante actúa como delegado y representa únicamente los intereses de sus electores, pertenecería a una representación particular; mientras que la representación por mandato libre, cuyo representante actúa como fiduciario y trasciende los intereses de sus electores directos para, idealmente, representar intereses generales, formaría parte de una representación política. En este sentido, y como señalamos al inicio, Bobbio asume que la representación política es por antonomasia general, *ergo*, cualquier representación que no tienda a ella sería considerada indudablemente, al menos por él, como particular:

Pienso que no se les ha escapado a ustedes la relación que existe, por una parte, entre la figura del representante como delegado y la de la representación de los intereses particulares y, por la otra, entre la figura del representante como fiduciario y la representación de los intereses generales (...) en la representación política de la mayor parte de los Estados que se rigen por el sistema representativo: con respecto al "quién" (...) el representante sea un fiduciario y no un delegado; con respecto al "qué cosa", que dicho fiduciario represente los intereses generales y no los intereses particulares (Bobbio, 2018, p. 55).

Siguiendo esta lógica, el mandato libre sería a la representación política lo que el mandato imperativo es a la representación particular: condiciones *sine qua non* para su correcto y adecuado funcionamiento. Por tal motivo, las democracias representativas parten desde la convicción de que «los representantes elegidos por los ciudadanos son capaces de juzgar cuáles son los intereses generales mejor que los ciudadanos, demasiado cerrados en la contemplación de sus intereses particulares»¹⁰ (Bobbio, 2006, p. 51). Bajo esta convicción moderna, los representantes adquieren las siguientes características: primero, una vez elegidos dejan de ser responsables directos de sus electores; segundo, dejan de serlo porque han de entregarse a la búsqueda del interés general y el bien común, no al interés de quienes les votaron directamente (Bobbio, 2018, pp. 54-55). Utilizando la terminología señalada anteriormente, por un lado, los representantes representan, valga la redundancia, como fiduciarios en vez de como meros delegados, permitiéndoles despojarse de cualquier control directo por parte de quienes le votaron; por otro, representan el interés general en vez del interés particular de quienes le votaron directamente.

La suma de estos elementos da como resultado para la democracia el surgimiento de una representación por mandato libre en vez de una representación de carácter imperativo-obligatorio. Nada de esto podría ser cumplido si es que el representante estuviera atado a un mandato imperativo dado que mantendría una relación de obligatoriedad con sus electores. A partir de entonces, el mandato libre, expresión incuestionable de la soberanía «fue transferido de la soberanía del rey a la soberanía de la asamblea elegida por el pueblo. Desde entonces, la prohibición de mandato imperativo se transformó en una regla constante de todas las constituciones de democracia representativa» (Bobbio, 2018, p. 31).

Sin embargo, para Bobbio esto se tornaría en una falsa promesa en el momento en que el principio de mandato libre es violado, de hecho, por parte de los

¹⁰ Traducción propia.

representantes y la responsabilidad mantenida con sus respectivos partidos políticos, fenómeno conocido como disciplina de partido. En palabras de Bobbio:

Jamás una norma ha sido tan violada como la prohibición de mandato imperativo (...) en una sociedad compuesta por grupos relativamente autónomos, que luchan por la supremacía para hacer valer sus intereses en contra de otros grupos, tal norma, tal principio ¿hubiera podido ser realizado? (...) ¿pero qué es lo que representa la disciplina de partido si no una abierta violación de la prohibición de mandato imperativo? (2018, pp. 31-32).

Lo anterior es posible únicamente atendiendo a la enorme influencia que los partidos políticos han ganado en la democracia contemporánea. Sin partidos políticos con capacidad de obstaculizar y constreñir a los representantes, esta falsa promesa difícilmente tendría lugar en la democracia. Sin embargo, tal importancia genera que «en la relación entre el partido y los elegidos, no son soberanos los diputados. Son soberanos los partidos, cuya dirección política guía, dirige y vincula al grupo parlamentario»¹¹ (Bobbio, 1999, p. 427). Más que canalizar los intereses ciudadanos para representarlos en la política institucional, los partidos políticos se han convertido, en última instancia, en los verdaderos potentados en la elección de las decisiones colectivas, todo esto mediante la re-institución del mandato imperativo a través de la disciplina de partido. El término «partidocracia» sería el que mejor reflejaría este fenómeno, entendido como las «circunstancias en que quienes toman las decisiones no son en última instancia los representantes con mandatos libres de los electores sino los partidos con mandatos imperativos sobre los considerados representantes, a los que proporcionan instrucciones»¹² (1999, p. 427).

Así, la reivindicación de los intereses se traduciría en la representación de los intereses particulares de los partidos políticos en desmedro de la representación política que, por definición, debiera ser la representación del interés general¹³. Si bien Bobbio afirma que esta es una de las falsas promesas de la democracia, no se detiene mucho en profundizarla. Por ello, a continuación me centraré en demostrar su vigencia de dos formas, a saber, a nivel teórico y a nivel práctico-político.

3.1. Vigencia de la reivindicación de los intereses

A nivel teórico, la reivindicación de los intereses podemos encontrarla en la idea de gran y pequeño mercado político, la disciplina de partido y la representación por mandato imperativo. Siguiendo a Joseph Schumpeter, Bobbio argumenta que en una democracia liberal, representativa y partidista, la lógica que caracteriza las relaciones entre partidos políticos es la privada del acuerdo y no la pública de dominio. Así, la verdadera realidad política escondida tras bambalinas es la de los acuerdos, transacciones y negociaciones llevadas a cabo por los partidos políticos. Aquí es donde yace el gran mercado político, no en las elecciones y votaciones populares. El filósofo turinés lo ejemplifica de la siguiente forma: «un gobierno puede caer porque un secretario de partido retire sus ministros de la coalición» (Bobbio, 2018, p. 150). La representatividad juega un papel clave en el gran mercado político puesto que los diputados o representantes están obligados a observar la disciplina de partido, de forma tal que en las discusiones en torno a las normas y leyes, es decir, allí donde el representante debiera representar el interés general, termina por representar antes los intereses de su partido: «entre estos potentados casi soberanos [partidos políticos] se desarrollan continuas negociaciones que constituyen la verdadera red de

¹¹ Traducción propia.

¹² Traducción propia.

¹³ En términos roussonianos, esto se entendería como la priorización de la voluntad particular y/o voluntad de todos por sobre la voluntad general. Véase Rousseau (2017).

relaciones de poder en la sociedad contemporánea» (2018, p. 154). En otras palabras, y como señalamos anteriormente, la disciplina de partido terminaría por violar el principio de mandato libre en pos de un mandato imperativo¹⁴.

Ahora bien, ¿dónde quedan los votantes, los electores, la voluntad de los ciudadanos? Conforman lo que Bobbio denominó como pequeño mercado político, manifestado en la relación entre los partidos, en general, y los ciudadanos electores cuando estos ejercen el derecho a voto. Cabe señalar que para el filósofo italiano se trata de un pequeño mercado por cuanto que las grandes discusiones públicas, que atañen a todas y todos los miembros de una comunidad, no tendrían mayor relevancia en esta esfera. Los ciudadanos se transforman en clientes, el voto se torna en una mercancía y los partidos, la clase política, se vuelven los verdaderos depositarios de la soberanía, cuyos intereses distan mucho del interés general y el bien común: «el mercado político (...) es una característica de la democracia, ciertamente no de la democracia imaginada por Rousseau (...) sino de la democracia real que se nutre de este intercambio continuo entre productores y consumidores (...) de poder» (2018, p. 156).

Este fenómeno nos lleva ineludiblemente a Peter Mair, quien en su libro *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental* sostenía como tesis que, a partir de la década de los noventa, la democracia occidental –liberal, representativa, partidista– entró en un proceso cada vez más grande de lo que se puede denominar como «democracia sin demos» o «democracia sin pueblo», tal como afirma en la siguiente cita: «La ciudadanía normal, en realidad cada vez más es *no-soberana*. Estamos asistiendo a la aparición de una idea de democracia a la que se está despojando de su componente popular, alejándola del demos» (Mair, 2017, p. 22). Mair explica que este fenómeno se debe a las deficiencias de los partidos políticos en su objetivo de convocar el interés y sobre todo las demandas de las y los ciudadanos. En este sentido, llega incluso al extremo de señalar que la era de los partidos ha acabado, pues «aunque los partidos permanecen, se han desconectado hasta tal punto de la sociedad en general y están empeñados en una clase de competición que es tan carente de significado que ya no parecen ser capaces de ser el soporte de la democracia en su forma presente» (2017, p. 21). Si aplicásemos la idea de mercado político sostenida por Bobbio, diríamos que aquella competición sin sentido de la que habla Mair no es sino la lucha por el poder que se da en el gran mercado, y esa desconexión con la sociedad en general se correspondería con la relación en el pequeño mercado que los partidos políticos estarían despreocupando, reflejándose cada vez más en la disminución de la mercancía electoral –votos–.

Podríamos ser aún más audaces y afirmar que la reivindicación de los intereses señalada por Norberto Bobbio originaría, entre otras cosas, una concepción de la política interpretada como un gran mercado político, lo que daría por resultado una «democracia sin demos» tal como la entiende Peter Mair. Visto así, la reivindicación de los intereses particulares en desmedro del interés general haría surgir un tipo de democracia vaciada de su componente popular y transformada en un gran mercado político donde acontecerían, de hecho, los grandes acuerdos y decisiones políticas –democracia sin demos–. Este diálogo teórico que establecimos entre Bobbio y Mair nos permite interpretar que el fenómeno contemporáneo de la «democracia sin demos» se encontraría, en realidad, en una relación de causa-efecto

¹⁴ De todas formas, si bien este gran mercado político haría ver a los partidos como los verdaderos poseedores de la soberanía política, lo cierto es que el mismo Bobbio señala en otros escritos que «tampoco los partidos son soberanos absolutos. Su soberanía se encuentra limitada, porque está condicionada por las preferencias de los electores (...) en última instancia, y aunque no sean conscientes de ello, los soberanos son [por derecho] los ciudadanos, pero (...) poseen un poder minúsculo a causa de su fragmentación». (Bobbio, 1999, p. 428) [Traducción propia].

cuya génesis yacería en la promesa incumplida de la democracia de acabar con los intereses particulares, demostrándose así la plena vigencia actual de esta última.

Si bien todo lo anterior demostraría teóricamente la existencia de la reivindicación de los intereses en los regímenes democráticos, sería útil también evidenciarlo a nivel práctico mediante dos fenómenos específicos que acontecen tanto en las democracias europeas como americanas: el neo-corporativismo¹⁵ y la disciplina de partido. El neo-corporativismo es una forma de resolución de conflictos entre grupos de intereses particulares, contrapuestos, en el que el gobierno actúa como mediador entre las partes en disputa en vez de establecer la primacía del interés general (Fernández Santillán, 2011, p. 108). Más específicamente, se caracteriza por una relación triangular en la que el gobierno, cuyo fin debiera ser la representación del interés general de la nación, interviene únicamente como mediador o árbitro entre contrapartes de carácter particular que, por definición, poseen únicamente intereses particulares. Como bien señala el filósofo turinés a continuación:

La sociedad neo-corporativa (...) [es] una forma de solución de conflictos sociales que utiliza un procedimiento, el del acuerdo entre las grandes organizaciones, que no tiene nada que ver con la representación política, y que, en cambio, es una típica expresión de la representación de intereses (Bobbio, 2018, p. 32).

En este sentido, se trataría de un instrumento institucional consistente en un reemplazo de la representación política de carácter general por una «representación inmediata de los intereses particulares en competencia, llamada también representación corporativa» (Bobbio, 1990, p. 59). Este fenómeno es de vital importancia como ejemplificación práctica y actual de esta falsa promesa por cuanto que la lógica de la representación-negociación se establecería así «como una vía, por un lado, alternativa, y por otro, paralela al sistema de la representación política» (Yturbe, 2007, p. 105), en el que grandes organizaciones negociarían entre sí y directamente con el gobierno —a través de sus funcionarios— para hacer de este un mero mediador o árbitro de respeto de los acuerdos alcanzados. Se trataría de una expresión típica de la reivindicación de los intereses por cuanto que el gobierno democrático, cuyo fin es gobernar en aras del interés general, se pondría a disposición de los múltiples grupos en disputa únicamente para mediar el consenso y el triunfo de sus intereses particulares corporativos, sin importar mayormente la primacía del bien común. En palabras de: «este modo de solucionar conflictos manifiesta, entonces, las dos características que distinguen a la representación de intereses: la defensa de los intereses particulares y el mandato imperativo» (2007, p. 105).

La disciplina de partido sería, también, otro elemento que demostraría la vigencia de esta falsa promesa al ser la principal herramienta en que se manifestaría la transgresión de la representación por mandato libre. Y si bien la gran mayoría de las democracias —representativas— rechazan el mandato imperativo tampoco estipulan normas que impidan su concreción. Por ello, podemos apreciar el fenómeno de la disciplina de partido a través de las distintas normas existentes al interior de cada partido político¹⁶.

¹⁵ Entre algunos autores que hablan del fenómeno del neocorporativismo véase Maraffi (1981) y Schmitter (1983). Sin embargo, es Bobbio quien vincula este tema con sus falsas promesas, razón por la cual preferimos apegarnos estrictamente a su definición y caracterización.

¹⁶ Cabe señalar que habría otro fenómeno igualmente relevante a este respecto ligado al transfuguismo o fenómeno de compra y venta literal de votos, acaecido en algunos países de Latinoamérica o en Europa, como en Italia con el caso Razzi-Berlusconi. No obstante, dado que este fenómeno requiere de un estudio ulterior que excedería los límites de esta investigación, se ha optado por no incorporarlo en profundidad más que como mención a pie de página.

Ejemplifiquemos esto último con algunos partidos políticos españoles actuales. En el artículo 6 de la Normativa Regulatoria del Partido Socialista Obrero Español se señala explícitamente: «los miembros del Grupo Parlamentario Federal del PSOE están sujetos a la unidad de actuación y disciplina de voto. Si no la respetasen, el Grupo Parlamentario y la Comisión Ejecutiva Federal podrían denunciar su conducta al Comité Federal (...) para proceder a darle de baja» (n. d, p, 3). Algo semejante podemos encontrar en los Estatutos Internos del Partido Popular (2017), quienes, según el artículo 16 *Infracciones muy graves*, punto E, consideran como una infracción grave: «la desobediencia a las instrucciones o directrices que emanen de los órganos de gobierno y representación del Partido siempre que sean acordes a los Estatutos, así como de los Grupos Institucionales del mismo» (p. 50); así como también la «manifiesta deslealtad al Partido, a sus órganos de gobierno y representación, entendida ésta como toda acción u omisión voluntaria que pueda perjudicar el interés general del Partido» (p. 50). El partido Podemos en su Reglamento General (n.d), Capítulo III *Del control político y el régimen disciplinario*, punto 3.D, también considera como 'infracciones muy graves' el incumplimiento de «las posiciones adoptadas por la dirección o, en su caso, por el Plenario del grupo o delegación» (p. 26). Otros partidos como VOX estipulan multas que pueden llegar a los tres mil euros para aquellos parlamentarios que no respeten la disciplina de partido (Galaup, 2019). Como estos ejemplos hay muchos otros ejemplos presentes en una multiplicidad de partidos políticos a lo largo de todos los sistemas democráticos del mundo, demostrando así la vigencia de esta falsa promesa¹⁷.

4. La eliminación del poder invisible

La segunda falsa promesa que se analizará a continuación corresponde a la eliminación del poder invisible. El filósofo turinés afirma que el surgimiento de la democracia está intrínsecamente ligado con la pretensión de erradicar del mundo político cualquier poder juzgado como invisible, en aras de instituir un gobierno cuyas funciones, mandatos y acciones debieran ser siempre realizados en público. Es decir, gobierno de lo público en público, entendiéndose por público su contraposición tanto a lo privado como al secretismo: «el gobierno del público señala el gobierno del pueblo, no de una persona o de pocos; y gobierno público significa que los actos de poder son ejercidos directamente frente al pueblo» (Bobbio, 2016, p. 36). Respecto de lo concerniente a las falsas promesas, Bobbio usa la segunda acepción del término público, definiéndolo como aquellos «mecanismos institucionales que constriñen a los gobernantes a tomar sus decisiones a la luz del día, y permiten a los gobernados 'ver' cómo y dónde se toman»¹⁸ (Bobbio, 1999, p. 339).

Dicha contraposición es clave como promesa de la democracia debido a que permite distinguir, entre otras cosas, a un régimen democrático de uno autocrático, en tanto que el principio rector de la democracia es el poder visible y el secretismo una excepción a la regla. Muy diferente de una autocracia donde el secretismo y la invisibilidad del poder son la norma, y la visibilidad su excepción (Bobbio, 2018, p. 97). La pretensión democrática de la publicidad afirmada por Bobbio se relaciona, por cierto, con los principios trascendentales del derecho público formulados por Immanuel Kant. Más específicamente, por un lado, en la idea de que las máximas que deben mantenerse en secreto son injustas *per se* por cuanto que sus contenidos no serían aceptables por todos, volviendo imposible su aplicación bajo plena publicidad, *ergo*, requiriendo del secretismo para ser aplicadas; por otro, que una máxima es justa

¹⁷ El hecho de que los ejemplos sean genéricos es únicamente reflejo de la generalidad misma de la falsa promesa tal y como la estipula Bobbio. Expondremos con mayor profundidad este punto al final del capítulo en el apartado 6. *Objeciones*,

¹⁸ Traducción propia.

per se cuándo requiere de la publicidad para alcanzar su propósito, puesto que es conforme con el fin general del público (Kant, 2013, pp. 75 y 83).

Uno de los efectos del poder visible y la publicidad yace en el fenómeno del escándalo, entendido como aquella respuesta de los ciudadanos originada tras la revelación de una acción mantenida en secreto cuya practicidad fue imposible de realizar bajo plena publicidad (Bobbio, 2018, pp. 102-103). La implicancia más prominente de todo esto es que el escándalo solo puede acaecer en aquellos regímenes políticos cuyas funciones son ejercidas conforme a la regla de la visibilidad y publicidad del poder, mas no en regímenes donde la esencia de todo acto de poder se constituye a partir de la invisibilidad y el secretismo. Si el escándalo ocurre en la democracia se debe exclusivamente a que «puede desarrollar en su seno anticuerpos y permitir formas de 'des-ocultamiento' por medio de la crítica libre y el derecho de expresión de los diversos puntos de vista» (2018, p. 114). Ahora bien, todo lo antes dicho corresponde a la pretensión ideal de la democracia, pero ¿por qué sería considerada por Bobbio como una falsa promesa? Porque el poder invisible nunca fue eliminado de la democracia, siendo en algunos casos potenciado o, a lo menos, protegido por ésta. Así, en la actualidad el poder invisible persiste en la política democrática, muchas veces incluso incentivándola activamente.

4.1. Vigencia del poder invisible

Dado que este fracaso se puede evidenciar de varias formas, se propondrá una categorización que distinguirá entre tres niveles distintos de poder invisible en función de su relación con la democracia: promoción pasiva, promoción activa e ineficacia. Con promoción pasiva nos referimos a la defensa que la democracia realiza a la esfera privada y/o secreta de los ciudadanos. En vez de combatir el secretismo lo protege pasivamente a través de la no intervención de dicha área individual. Respecto de la promoción activa, se habla del fomento de los servicios de inteligencia y seguridad por parte del Estado democrático, destinados a la vigilancia a nivel tanto externo –interestatal– como interno –intraestatal–. Se trata abiertamente de una promoción activa en tanto el régimen democrático promueve dicho secretismo a través del financiamiento permanente de dichas instituciones, creación de nuevos centros que potencien dicha función o incluso el establecimiento de alianzas con otros Estados para llevar a cabo colaboraciones conjuntas de vigilancia. Finalmente, sobre la ineficacia nos estamos refiriendo sobre todo a los poderes invisibles cuyas existencias son *a pesar* del Estado, como los grupos mafiosos, carteles narcotraficantes y corrupciones entre partidos o políticos en particular. Se trata de ineficacia por cuanto que el Estado es incapaz de combatirlos efectivamente, remitiéndose solamente a adoptar una posición de vigilancia y lucha constante con estos grupos¹⁹. Son estos tres tipos de poderes invisibles los que permanecen vigentes en la actualidad.

Desde el nivel de la promoción pasiva, el poder invisible jamás fue erradicado por cuanto que la democracia protege y promueve la existencia de una esfera individual intocable frente a las intromisiones del poder político. Aquella esfera corresponde específicamente a la esfera privada en la que yace la libertad de pensamiento, propiedad, expresión, elección, religión, entre muchas otras, que el régimen democrático promueve a través de la no intervención –de ahí el nombre pasiva– en tanto se trata de democracias liberales enmarcadas en un Estado de

¹⁹ No entraré en consideraciones conspirativas que defienden, sin pruebas convincentes, que el Estado en realidad no es ineficaz al combatir a estos grupos sino que más bien se trataría de una cuestión de voluntad en tanto que estaría interesado en la existencia de éstos a fin de justificar la vigilancia constante de la ciudadanía.

derecho. Si por Estado de derecho entendemos aquel tipo de Estado en el que existen normas fundamentales que regulan y restringen los poderes públicos, y en el que estos únicamente pueden ser ejercidos en completa concordancia con aquellas, el vínculo existente con los derechos liberales que defienden la existencia de una esfera privada de los individuos radica en que aquellas normas fundamentales del Estado de derecho no son sino la constitucionalización de los derechos individuales (Bobbio, 2006, p. 38).

Son estos los que otorgan el contenido de las normas generales constitucionales que regulan el poder político, originando con ello al Estado de derecho que protege la esfera privada de los individuos de cualquier intromisión externa. Así, la democracia terminaría por promover pasivamente la existencia de este poder invisible simplemente al no intervenir en la esfera privada individual. No creemos necesario entregar ejemplos concretos de la existencia de este poder invisible en tanto que es fácilmente identificable al analizar la constitución de cualquier país considerado democrático²⁰.

El termino activo es utilizado para hacer referencia al segundo nivel de promoción del poder invisible por parte de la democracia por cuanto que, a diferencia de una promoción pasiva, no se remite únicamente a una no-interferencia sino que, por el contrario, lo fomenta activa y abiertamente a través de la creación de centros de inteligencia y servicios de espionaje controlados directamente por el Estado democrático. No solo eso sino que también financia tales instituciones, crea ministerios o fondos públicos para mantenerlos activos y/o establece alianzas con otros Estados para potenciar vigilancias conjuntas. Lisa y llanamente se trata de una promoción activa que las democracias fomentan al interior de ellas sin importar la máxima del «poder público en público». La existencia de esta promoción activa del poder invisible se puede realizar de dos formas, a saber, a nivel intraestatal e interestatal.

La vigilancia intraestatal o interna se refiere a los servicios de inteligencia existentes en el interior de cada Estado democrático cuya finalidad es la vigilancia de sus propios ciudadanos. Para ello podemos enumerar, por ejemplo, el Centro Nacional de Inteligencia de España, el *Bundesnachrichtendienst* alemán, *Direction de la Protection et de la Sécurité de la Défense* francés, el MI5 del Reino Unido o el FBI y la Agencia de Seguridad Nacional de EE.UU. entre muchísimas otras existentes en todos los tipos de Estado democráticos. De esta forma, cada una de estas instituciones demostraría la existencia de un poder invisible bajo el alero, apoyo y promoción de la democracia, tratándose así de un poder cuyo fin es la vigilancia interna a través del mayor secretismo posible sin responder en lo absoluto a la opinión pública²¹.

Por otro lado, la vigilancia interestatal tiene que ver con los servicios de inteligencia cuyo campo de vigilancia reside al exterior de los Estados democráticos, es decir, en relación con otros Estados de la región o incluso del mundo. No es necesario enumerar nuevamente los tipos de servicio de inteligencia y espionaje

²⁰ Básicamente cualquier país que defienda la propiedad individual, la libertad de elección, de pensamiento, de religión, de expresión, de reunión, entre otros, defenderá pasivamente la existencia de un poder invisible al interior de la democracia.

²¹ Otra cuestión diferente, aunque no por ello menos importante, sería la de determinar si existen buenas razones para que estas instituciones existan, y cuál deban ser los mecanismos de control, de modo que sirvan como parte de una democracia militante y no como caballos de Troya de una concepción autoritaria del poder. Este trabajo, no obstante, se enfoca más en la demostración del poder invisible mediante las mencionadas instituciones, que en una valoración prescriptiva de la funcionalidad de las mismas.

interestatal como hicimos anteriormente cuando tan solo basta con nombrar dos de ellos para saber a qué nos referimos con este tipo de poder invisible: la CIA estadounidense y el MI6 inglés. En palabras más sencillas, se trata de un poder invisible promovido activamente por la democracia cuyo fin es la vigilancia hacia otros Estados –sean éstos democráticos o autocráticos– o grupos subversivos-terroristas que amenacen la integridad o seguridad de dicho Estado democrático.

Quizá uno de los ejemplos más polémicos y contemporáneos sobre la promoción activa del poder invisible a nivel interestatal sea el revelado por el ex agente de la Agencia Nacional de Seguridad de EE.UU., Edward Snowden, quien el año 2013 reveló para *The Guardian* un informe que demostraba la vigilancia y espionaje telefónico por parte de Estados Unidos hacia más de treinta líderes mundiales, siendo principalmente líderes de países aliados (MacAskill, 2013). Este ejemplo es significativo por dos motivos, por un lado, se trata de uno de los mayores espionajes realizados a gran escala contra líderes provenientes de países considerados democráticos, económicamente fuertes y de gran incidencia geopolítica; y por otro, fue efectuado por uno de los países (auto)considerado como la democracia contemporánea más antigua y consolidada del mundo, Estados Unidos. No se trató del espionaje llevado a cabo por un régimen autocrático sino de uno cuya democracia se jacta de ser un ejemplo mundial, y fue precisamente éste régimen democrático el que promovió activamente el poder invisible interestatal contra otros Estados democráticos, en su gran mayoría aliados geopolíticos históricos. Y es que, sin ir más lejos, cada Estado-nación que se arroge la debida titularidad soberana requiere, ya sea por necesidad de subsistencia como por eficacia de su poder, de instituciones cuyo fin exclusivo sea la vigilancia tanto intraestatal como interestatal de la sociedad.

Finalmente, por ineficacia nos referimos a aquel poder invisible cuya existencia acontece a pesar del Estado democrático. Es decir, no es promovido ni pasiva ni activamente por la democracia sino que se trata literalmente de aquel poder cuya erradicación le es imposible a la democracia ya sea por la logística, corrupción, carencia material y humana o incluso por las consecuencias y daños colaterales que generaría su extinción. Me refiero específicamente a carteles narcotraficantes, las mafias y las bandas delictivas. Al ser ineficaz, el Estado democrático únicamente se remite a adoptar una posición de vigilancia y lucha constante con estos grupos. A continuación, me centraré exclusivamente en los carteles de droga y las mafias operativas actuales con el fin de evidenciar la existencia de este poder invisible.

Respecto de los carteles narcotraficantes podemos enumerar una gran cantidad de ellos existentes al interior de países cuyas democracias son tanto consolidadas como imperfectas. Los casos de México y Colombia son los más evidentes respecto a la existencia de cárteles de drogas de alcance mundial cuyas democracias son incapaces de erradicar, ya sea por la fuerza material, económica y armamentista²² que estos grupos poseen como por sus infiltraciones al interior de lo más profundo de las burocracias estatales y sus funcionarios políticos. Los más conocidos y activos en la actualidad serían el Cártel de Sinaloa cuyo alcance se extiende en los territorios de México, Estados Unidos, Europa, Australia e incluso Nueva Zelanda; y el Cártel de Jalisco Nueva Generación cuya presencia abarca México, Estados Unidos, Reino Unido, Argentina, Brasil, Chile, Japón, Corea del Norte, entre muchos otros países de los cinco continentes. Si bien estos dos cárteles son de origen mexicano, su campo de acción se extiende prácticamente a todo el

²² Muchos de estos grupos poseen fuerzas paramilitares equivalentes a las de los propios Estados soberanos, rivalizando con estas e incluso cuestionando sus pretensiones de monopolización del poder coactivo.

mundo, siéndoles imposibles a los regímenes democráticos combatirlos y erradicarlos, optando por vigilarlos y controlarlos en la medida de lo que sus recursos lo permiten. Cabe señalar que las guerras contra las drogas emprendidas por los diversos Estados son una muestra de los intentos estatales por combatir estos grupos narcotraficantes, lamentablemente todos en vano por cuanto que estos cárteles continúan existiendo y masificándose por el mundo, demostrando nuevamente la ineficacia e impotencia democrática por eliminar este tipo de poder invisible.

Sobre los grupos mafiosos resalta de forma inmediata, incluso en la cultura popular, las mafias operativas en democracias consolidadas como la italiana o, nuevamente, la estadounidense. *La Cosa Nostra* –referida a la mafia siciliana y sus ramificaciones en EE.UU.– es quizá la más conocida a nivel mundial por cuanto que su historia se remonta al siglo XIX y, si bien han existido numerosos intentos a lo largo de la historia por combatirla y eliminarla, lamentablemente los Estados democráticos han sido incapaces de lograrlo²³. El mismo Bobbio al hablar de la mafia afirmaba tajantemente:

Se ha dicho, y se sigue diciendo, que la nuestra es una democracia a medias, incompleta, imperfecta. Pero si se reflexiona sobre el fenómeno de la mafia, sobre su poder creciente e impune, debemos usar una expresión mucho más fuerte: nuestra democracia es una democracia asediada, por lo menos en algunas regiones del sur, y sobre todo, hay que decirlo sin reticencias, en Sicilia. Asediada por un enemigo poderoso y sin escrúpulos, que hemos permitido crecer por ceguera o por ignorancia, o lisa y llanamente por conveniencia, o por cálculo equivocado o perverso, no se sabe bien. El abrazo de la mafia a la democracia es un abrazo mortal. Más que el terrorismo. El terrorista es el enemigo declarado. El mafioso es el enemigo solapado, fraudulento, que busca la alianza y la protección de los poderes del Estado. La alianza del terrorista con el Estado es imposible, ya que el propio terrorista la rechaza. La alianza del mafioso con el Estado no sólo es posible sino deseada (Bobbio, 1989, p. 2).

Visto así, cada uno de los ejemplos entregados permiten demostrar que hoy, casi cuarenta años después de los planteamientos de Bobbio, estas dos falsas promesas continúan siendo vigentes en pleno siglo XXI. De distintas maneras y a través de diferentes manifestaciones, la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible prosiguen acechando al sistema democrático contemporáneo.

5. Vínculos y retroalimentación

Si bien aquí fueron analizadas por separado, lo cierto es que también es posible vincular ambas promesas incumplidas estableciendo una relación de retroalimentación mutua. A nuestro entender, la política resultante de la reivindicación de los intereses no podría prevalecer sin la masificada práctica del secretismo que permitiría ocultar de la deliberación pública las decisiones importantes –de carácter colectivo– tomadas en el gran mercado político. Pero a su vez, difícilmente el secretismo podría extenderse como lo ha hecho sin la existencia de grupos y partidos políticos que actuaran, políticamente, tras bambalinas. Es decir, la existencia de una política protagonizada por grupos que actúan «en las sombras» de la luz y el escrutinio público crearía el escenario idóneo que facilitaría la extensión del secretismo. El fenómeno del escándalo no sería sino la evidencia que demostraría la retroalimentación entre estas dos falsas promesas.

²³ Sobre este tema véanse las investigaciones de Dickie (2006) y Lupo (2009).

6. Objeciones

Me gustaría cerrar con una objeción dirigida contra las falsas promesas formuladas por Bobbio, a fin de cuestionarlas analítica y argumentalmente. Dicha objeción consistiría en la generalidad de las falsas promesas tal y como las plantea nuestro filósofo turinés. Si bien esto se explicaría por el mismo carácter amplio y genérico de su definición mínima de la democracia, lo cierto es que así formuladas, las falsas promesas no permiten un análisis pormenorizado de casos concretos ni mucho menos entablar diferencias específicas al interior de dos fenómenos distintos pero correspondientes a una misma falsa promesa.

Desarrollemos mejor esto último que acabamos de decir a través de la falsa promesa de la pervivencia del poder invisible. Esta última se puede manifestar de muchas formas, tales como la promoción activa a través de la vigilancia masiva tanto intra como interestatal. Ahora bien, la vigilancia que un determinado Estado realice no será exactamente la misma que realice otro Estado en términos de finalidad, medios o alcance, es decir, se trataría de la transgresión de una misma falsa promesa pero mediante casos disímiles cuyas características particulares merecerían un análisis detallado. Ahora bien, un análisis a través de las falsas promesas solamente nos permitiría concluir que en ambos casos hubo una violación del principio democrático de la publicidad, nada más. No permitiría un análisis pormenorizado en torno a las diferencias particulares de cada caso, mucho menos una comparación detallada.

En este sentido, las promesas incumplidas de la democracia únicamente entregarían un marco general de análisis que, sin embargo, carecería de la minuciosidad necesaria para llevar a cabo un estudio más detallado de los casos concretos en los que se manifestarían tales falsas promesas. Esto se vería reflejado en los ejemplos utilizados a lo largo de este capítulo, pues en la medida en que se trataba de falsas promesas amplias y generales no se pudo mediar, a su vez, en consideraciones específicas respecto de las previsibles diferencias entre estos ejemplos concretos, sino únicamente al hecho de que eran funcionales para demostrar manifiestamente la vigencia actual de las falsas promesas seleccionadas.

7. Conclusiones

A modo de síntesis, el objetivo fundamental del presente escrito era demostrar la vigencia de las falsas promesas de la reivindicación de los intereses y la eliminación del poder invisible. Los motivos para llevar a cabo dicho análisis consisten en la contribución política y teórica que esta investigación se propuso alcanzar. En el marco político, lograr una mayor comprensión de las falsas promesas que permitiera afrontar los problemas que aquejan a la democracia contemporánea como la desafección y la desconfianza institucional. En el marco teórico, contribuir con un análisis pormenorizado a un aspecto poco estudiado de toda la filosofía y teoría política bobbiana.

La primera gran conclusión es que la vigencia de la promesa incumplida de la pervivencia de los intereses se puede demostrar teóricamente a través del análisis de la política democrática como un pequeño y gran mercado, y de la idea planteada por Peter Mair de la «democracia sin demos», es decir, la democracia vaciada de su componente popular y elitizada por los partidos políticos. También, se puede demostrar en la praxis contemporánea a través del fenómeno del neo-corporativismo y, sobre todo, de la existencia de la disciplina de partido. Este último es quizá el elemento más demostrativo de la vigencia de esta falsa promesa por cuanto que anula

directamente el principio democrático del mandato libre y hace efectivo, de hecho, el mandato imperativo.

La segunda gran conclusión es que la falsa promesa de la persistencia del poder invisible es, asimismo, vigente en el siglo XXI. A través de una categorización propia, el secretismo se manifestaría de tres maneras actualmente: una promoción pasiva encarnada en las leyes que promueven la libertad y la esfera privada de los individuos; una promoción activa a través de la creación y el financiamiento de servicios de inteligencia, por parte del Estado democrático, que realizan vigilancias masivas tanto a nivel intraestatal como interestatal –la información revelada por Edward Snowden el año 2013 ejemplificaría este punto–; una ineficacia por eliminar estos poderes invisibles que existen a pesar del Estado, tales como carteles narcotraficantes o mafias, sean de alcance nacional o internacional. La tercera gran conclusión yacería en el hecho de que se puede establecer un vínculo entre estas dos falsas promesas, pues a nuestro entender una política basada la reivindicación de los intereses particulares no puede no existir sin un extendido secretismo que cubra de la luz pública las grandes decisiones tomadas en el gran mercado político. Pero al mismo tiempo, la extensión del secretismo solo podría florecer allí donde existen grupos políticos con la manifiesta intencionalidad de actuar bajo las sombras, alejados del escrutinio público.

La cuarta gran conclusión se encontraría en el carácter genérico de estas falsas promesas, que a su vez se debería a la misma generalidad con la que Bobbio plantea su propia definición mínima. No permitirían un análisis más detallado de casos ni lugares concretos, ni mucho menos una distinción entre distintos tipos de secretismos o distintas formas de disciplina de partido. Es decir, cualquier análisis o comparación más detallada se vería obstaculizada por el mismo carácter general que estas falsas promesas comportan.

Bibliografía

- Bobbio, N. (2018). *El futuro de la democracia*. FCE.
- Bobbio, N. (2016). *Democracia y secreto*. FCE.
- Bobbio, N. (2009). Representación e intereses. En *Teoría general de la política* (pp. 490-508). Trotta.
- Bobbio, N. (2006). *Liberalismo e democrazia*. Simonelli.
- Bobbio, N. (1999). Rappresentanza e interessi. En *Teoria generale della la politica* (pp. 410-428). Einaudi.
- Bobbio, N. (1999). Democrazia e conoscenza. En *Teoria generale della politica* (pp. 339-352). Einaudi.
- Bobbio, N. (1990). *L'utopia capovolta*. La Stampa.
- Bobbio, N. (1989). *La democrazia asediata por la mafia*. Disponible en: <https://www.desco.org.pe/recursos/sites/indice/137/602.pdf>
- Dickie, J. (2006). *Cosa Nostra: Historia de la mafia siciliana*. Debate.
- Fernández Santillán, J. (2011). *Filosofía política de la democracia*. Fontamara.
- Galaup, L. (2019, 22 de noviembre). Multas de hasta 3.000 euros: el reglamento de Vox para mantener la disciplina de sus cargos públicos. *elDiario.es*. https://www.eldiario.es/politica/vox-extrema-derecha-sanciones_1_1289763.html
- González, J. (1992). Límites y aporías de la democracia representativa en Norberto Bobbio. En J. González y F. Quesada. (Coord.), *Teorías de la democracia* (pp. 39-56). Anthropos.
- Greppi, A. (1998). *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*. Marcial Pons.
- Kant, I. (2013). *La paz perpetua*. Tecnos.
- Lozano, M. (2018). *Norberto Bobbio. Una biografía cultural*. Carocci.

- Lupo, S. (2009). *Historia de la mafia. Desde sus orígenes hasta nuestros días*. FCE.
- MacAskill, E. (2013, 12 de junio). Edward Snowden: how the spy story of the age leaked out. *theguardian.com*.
<https://www.theguardian.com/world/2013/jun/11/edward-snowden-nsa-whistleblower-profile>
- Mair, P. (2017). *Gobernando el vacío. La banalización de la democracia occidental*. Alianza.
- Maraffi, M. (ed.). (1981). *La sociedad neo-corporativa*. Il Mulino.
- Mouffe, C. (2020). *The return of the political*. Verso.
- Pagallo, U. (2017). The broken promises of democracy in the information era. En C. Prins, C. Cuijpers, P. Lindseth, M. Rosina. (Eds.), *Digital democracy in a globalized world* (pp. 77-99). Edward Elgar publishing.
- Partido Socialista Obrero Español (n. d). *Normativa reguladora de los cargos públicos*. Disponible en <https://e00-elmundo.uecdn.es/documentos/2014/07/25/psoe.pdf>
- Partido Popular (2017). *Estatutos nacionales*. Disponible en https://www.pp.es/sites/default/files/documentos/estatutos_definitivos.pdf
- Pitkin, H. (1985). *El concepto de representación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Podemos (n. d). *Reglamento general*. Disponible en <https://transparencia.podemos.info/docs/reglamento-economico-cargos-electos-autonomicos.pdf>
- Ramírez-Vallejo, D. (2021). La construcción lingüística del Estado moderno: el concepto de *democracia* como una descripción abreviada de promesas por cumplir. *Analecta política*, 11(20), 133-151. DOI: <https://doi.org/10.18566/apolit.v11n20.a07>
- Rousseau, J. J. (2017). *El contrato social*. Akal.
- Schmitter, P. (1983). Teoria della democrazia e pratica neocorporativa. *Stato e mercato*, (9), 385-422.
- Soto, C. (2023). La definición mínima de la democracia de Norberto Bobbio (Revisitada). *Hybris. Revista de filosofía*, 13(2), 63-87. DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8102752>
- Soto, C. (2024). Neoliberalismo y falsas promesas: la erosión de la democracia. En C. Núñez, S. García y T. Chicaiza. (Coords.), *Neoliberalismo y Derechos Humanos II. Despojo y violencia vs Resistencia y justicia* (pp. 289-322). Universidad Autónoma Metropolitana.
- Squella, A. (1987). La definición mínima de la democracia de Norberto Bobbio. En A. Squella. (Ed.), *Norberto Bobbio. Estudios en su homenaje* (pp. 389-411). Edeval.
- Yturbe, C. (2007). *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*. UNAM.

¿Cómo lograr la representación paritaria? Un repaso a la legislación de cuotas de género en la España multinivel*

How to achieve gender-balanced representation? A review of the gender quota legislation in multilevel Spain

Unai Ahedo

Universidad del País Vasco

ORCID ID: 0000-0002-0064-6819

unai.ahedo@ehu.eus

Ainhoa Novo-Arbona

Universidad del País Vasco

ORCID ID: 0000-0001-6184-7916

ainhoa.novo@ehu.eus

Cita recomendada:

Ahedo, U. y Novo-Arbona, A. (2021). ¿Cómo lograr la representación paritaria? Un repaso a la legislación de cuotas de género en la España multinivel. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 147-171.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9848>

Recibido / received: 26/06/2024

Aceptado / accepted: 09/05/2025

Resumen

Con el objetivo de incrementar la presencia de mujeres en los órganos representativos, en verano de 2024 el Congreso de los Diputados aprobaba una nueva regulación de las cuotas legales que suponía un cambio de modelo. Una modificación de la ley de 2007 que supondrá una mayor limitación de la acción de las fuerzas políticas a la hora de elaborar sus candidaturas a nivel estatal y subestatal. En este artículo analizaremos la trayectoria sobre el debate y la aprobación de las cuotas en España. En este sentido, pondremos el foco sobre la nueva regulación, trataremos de desgranar los principales ejes del debate y los cambios más relevantes introducidos por el legislador. Asimismo, analizaremos el impacto de la nueva regulación en el reparto competencial y en la efectividad para favorecer la presencia de las mujeres en los órganos de representación.

* Esta investigación ha sido financiada por el Grupo de Investigación Gobernanza Multinivel (IT1377-22).

Palabras clave

Cuotas electorales, cuotas legales, igualdad de género, sistemas electorales, federalismo, representación descriptiva, paridad.

Abstract

With the aim of increasing the presence of women in representative bodies, in the summer of 2024, the Congress of Deputies approved a new regulation of legal quotas, which meant a change in the model. A modification of the 2007 law that will mean a greater limitation of the action of political forces when it comes to drawing up their candidacies at state and sub-state level. In this article we will analyse the history of the debate and approval of quotas in Spain. In this regard, we will focus on the new regulation, and we will try to unravel the main axes of the debate and the most relevant changes introduced by the legislator. We will also analyse the impact of the new regulation on the distribution of powers and on the effectiveness in favouring the presence of women in representative bodies.

Keywords

Electoral quotas, legal quotas, gender equality, electoral systems, federalism, descriptive representation, parity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El debate y la aprobación de las cuotas voluntarias y legales en la España multinivel. 3. La nueva regulación de cuotas legales. 3.1. El debate sobre las competencias en materia electoral y regulación de cuotas. 3.2. El debate sobre el concepto de paridad y la segregación vertical. 3.3. El debate sobre el modelo de cuota y su mayor efectividad. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En el marco de la Agenda 2030 y de la Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas, el 7 de marzo de 2023, el Consejo de Ministros aprobaba el Anteproyecto de Ley Orgánica de representación paritaria de mujeres y hombres en órganos de decisión. Sin embargo, este anteproyecto nunca se llegaría a presentar en las Cortes Generales. La convocatoria de elecciones anticipada en julio de 2023, y la disolución del gobierno de coalición entre el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) y Unidas Podemos (UP) dejó el citado anteproyecto en una situación de impasse. Así, será en la XV legislatura, con un gobierno conformado por el PSOE y Sumar, cuando se volvería a retomar esta cuestión. El 15 de diciembre de 2023 el Gobierno presentaba en el Congreso de los Diputados el Proyecto de Ley Orgánica 121/000001 de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Un proyecto en el que, entre otras cuestiones, se pretendía modificar la legislación electoral española, en todos sus niveles políticos y administrativos.

Tras un quindenio, de nuevo, un gobierno estatal de centroizquierda volvía a introducir en la agenda política española el debate sobre la necesidad de seguir ahondando en la representación paritaria en los órganos legislativos y las asambleas representativas estatales, autonómicas, municipales, insulares, forales, e incluso europeas. Aún más, el gobierno estatal volvía a poner en la agenda política la necesidad de modificar los instrumentos legales implementados hasta la fecha para asegurar una presencia equilibrada de hombres y mujeres en las asambleas representativas y, por ende, en las listas y candidaturas electorales presentadas por los partidos políticos.

Sin embargo, la reforma del modelo de regulación de cuota no parece haber llegado a formar parte de la agenda política y mediática. A pesar de que, en marzo de 2023, cuando el Gobierno anunció la incorporación de las «listas cremallera», los medios se hicieron eco de dicha propuesta la cuestión no formó parte del debate político-partidista durante los meses posteriores. En pocos meses se tramitó y aprobó en las Cortes Generales la nueva Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el nuevo modelo de cuotas legales en el marco español. En primer lugar, trataremos de hacer un repaso histórico sobre la regulación de cuotas en España. En segundo término, analizaremos los tres ejes fundamentales se introducen en el debate de la regulación actual. Primero, la cuestión del reparto de las competencias en la regulación de cuotas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Segundo, la definición del concepto de paridad y el establecimiento del umbral mínimo de presencia de mujeres. Por último, el nuevo modelo de cuota, la cremallera, y sus posibles efectos en la representación descriptiva y simbólica.

2. El debate y la aprobación de las cuotas voluntarias y legales en la España multinivel

Hace tiempo que numerosos estudios observan que el modelo territorial del estado afecta a la eficacia y eficiencia de las políticas públicas (Inmman y Rubinfeld, 1997) y también a las políticas de igualdad (Vickers, 2019). En el caso español los últimos estudios analizan los efectos del sistema multinivel en lo que Walby (2015) ha conceptualizado como el «régimen de igualdad». Es decir, el conjunto de relaciones sociales e instituciones de género interrelacionadas que constituyen en sistema (Lombardo y Alonso, 2020).

En España la implementación del *mainstreaming* de género ha sido un claro ejemplo de los efectos de la estructura del modelo territorial de poder sobre las políticas de igualdad (Alonso, 2016). Así se puede observar la activación del «efecto laboratorio» según el cual, los avances en materia de igualdad se han dado primero a nivel autonómico o subestatal y después se han asumido a nivel estatal (Rose-Ackerman, 1980). Dándose una especie de «efecto contagio o imitación» del que nos hablaba (Aldeguer, 2020), no sólo entre las fuerzas políticas, sino también entre las unidades constituyentes y, entre éstas y el Estado (Weaver, 2020).

La regulación de las cuotas legales no ha sido una excepción a esta práctica. De acuerdo con la teoría del Incremental Track (Dahlerup y Freidenvall, 1995; Dahlerup, 2006), los países europeos que cuentan con medidas legislativas de acción positiva para garantizar la presencia de mujeres contaron con cuotas voluntarias en algunos de los partidos políticos previamente (Meier, 2004; Murray, 2012; Proud, 2012). Aunque, la escasa incidencia de estas medidas voluntarias y la percepción de la relevancia del problema a abordar (Fernández y Valiente, 2024, Lépinard, 2015) llevan a que los poderes públicos asuman este objetivo como público y adopten medidas de carácter regulativo. De acuerdo con la importancia de la variable ideológica (Aldaguer, 2020), en España los primeros partidos en aprobar cuotas voluntarias serán los de centroizquierda. Asimismo, también lo serán los primeros ejecutivos autonómicos.

Las primeras medidas de acción positiva para garantizar la presencia de mujeres son voluntarias y se producen en el ámbito interno de los partidos políticos a finales de la década de 1980 en España. El modelo que adoptan algunos partidos españoles será el de garantizar una presencia mínima de mujeres en la totalidad de

la lista electoral en cada circunscripción. Así, en 1982 el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) reserva una cuota mínima del 6% a mujeres. Cuota que irá incrementando, sobre todo, tras lo acordado en el XXXIV Congreso Federal de 1997, que debía oscilar entre un 40% y un 60% (Serra, 2008, p. 172). Asimismo, durante la década de 1990 Izquierda Unida (IU) iría incorporando en sus estatutos formulas paritarias a la hora de elaborar las candidaturas electorales. Apostando, al igual que el PSOE, por el principio de equilibrio entre sexos a la hora de elaborar las candidaturas electorales.

Más allá de su visibilización de las mujeres en las listas electorales, los partidos también han demostrado su sensibilidad hacia la problemática de la «segregación vertical» (Aldegue, 2020). Así, la elegibilidad de las candidatas pasará a formar parte del debate sobre las cuotas voluntarias y legales. En el caso del PSOE, se establece un sistema de cuotas que garantiza una representación equilibrada de mujeres y hombres, con un porcentaje variable que debe situarse entre el 40 % y el 60 % del total de la lista electoral. No obstante, se introduce una precisión especialmente significativa: dicho equilibrio debe respetarse también en el conjunto de puestos con previsión de resultar electos. Por su parte, Izquierda Unida va un paso más allá, procurando que las posibilidades de resultar elegidos sean iguales para mujeres y hombres. Para ello, recomienda el uso de la fórmula de la cremallera – alternancia entre sexos– siempre que sea posible, aunque sin imponerlo como una norma de obligado cumplimiento (Serra, 2008, pp. 173-175), lo que limitó considerablemente su efectividad.

En lo que respecta a los sistemas electorales y a la legislación electoral, las primeras fórmulas de cuota legislativa que se regulan en España no serán a nivel estatal, sino a nivel autonómico. Debemos señalar que las CCAA españolas tienen competencias legislativas en materia electoral. Sin embargo, no todos los elementos configuradores de los sistemas electorales autonómicos están en manos exclusivas de las CCAA. La Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General establece que parte del articulado también se aplicará de forma directa a las CCAA, entre otros los aspectos, en lo que concierne a la presentación de las listas o candidaturas¹. También señala que todo el Título Primero referente a disposiciones comunes, se aplicará de forma supletoria en las elecciones autonómicas.

Sin embargo, cuando se aprueba la ley en 1985, no se recoge ningún aspecto sobre las condiciones que deben cumplir las cuotas respecto a la presencia de mujeres y hombres. Así las cosas, las CCAA asumen este espacio como desarrollo de la ley general o como ámbito no regulado por la ley general y, por tanto, un espacio sobre el que decidir.

En el año 2002 los Parlamentos Autonómicos de Castilla-La Mancha y de las Islas Baleares modificaron las leyes de elección de los representantes de sus cámaras legislativas, con la finalidad de garantizar una representación paritaria entre mujeres y hombres. Tanto en Castilla-La Mancha, en donde existía un gobierno y una mayoría parlamentaria del PSOE y en las Islas Baleares, donde existía una mayoría parlamentaria y un gobierno de coalición integrado por el PSOE y otras tres fuerzas políticas de izquierda en lo que se conoció como «Pacto de Progreso» (Araujo, 2004, p. 479) se legisló sobre esta cuestión. La fórmula elegida en ambos casos para garantizar la representación paritaria fue la de la cremallera o la alternancia de

¹ Véase la Disposición Adicional Primera de la Ley Orgánica 5/1985. Los restantes artículos del Título I de esta Ley tienen carácter supletorio de la legislación que, en su caso, aprueben las Comunidades Autónomas, siendo de aplicación en las elecciones a sus Asambleas Legislativas en el supuesto de que las mismas no legislen sobre ellos.

hombres y mujeres en la totalidad de la candidatura o lista. Así se establece en el art. 1 de la Ley 11/2002 aprobada por las Cortes de Castilla-La Mancha:

Para garantizar el principio de igualdad en la representación política, las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de electores, alternarán hombres y mujeres, ocupando los de un sexo los puestos pares y los del otro los impares. La Junta Electoral sólo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes.

Así mismo, así lo establece el art. 1.4 de la Ley 6/2002 aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares:

Con la finalidad de hacer efectivo el principio de igualdad en la participación política, las candidaturas electorales deberán contener una presencia equilibrada de hombres y mujeres. Las listas se integrarán por candidatos de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa.

Es este punto es donde podemos apreciar el juego entre los partidos políticos y los gobiernos, y parlamentos centrales y autonómicos. Y es que, tal y como señalábamos anteriormente, aunque ambas leyes fueron aprobadas en las cámaras legislativas autonómicas, el gobierno central –entonces en manos del Partido Popular (PP)–, interpuso recursos de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (TC)² cuestionando la constitucionalidad de ambas leyes. Entre las motivaciones alegadas estaban la competencia de las CCAA para legislar en materia electoral y de la igualdad entre la ciudadanía española, más allá de lo que lo hacía la propia legislación electoral estatal (Serra, 2008, p. 178). Ante la relevancia del debate que se planteaba, el TC optó por dejar en suspenso la aplicación de dichas leyes autonómicas (véanse: ATC 5/2003, 14-1 y ATC 71/2003, 26-2), que no se pudieron aplicar en los procesos electorales celebrados en 2003. Sin embargo, tal y como nos señala Molero (2021, p. 55) el TC no llegó a pronunciarse al respecto debido a la extinción del proceso por desistimiento (véanse ATC 331/2006, 26-9 y ATC 359/2006, 10-10). Algo que, según Serra (2008: 179) se explicaría porque, en 2004 el gobierno estatal pasaría a estar en manos del PSOE.

Posteriormente, la Comunidad Foral de Navarra también legisló en esta materia, pero con una finalidad meramente declarativa. Es decir, sin obligar o limitar la acción de los partidos políticos. Así lo recogía el art. 2. de la Ley Foral 33/2002 de igualdad entre mujeres y hombres en el que se establecía que: «Se promocionará la presencia de mujeres en los órganos de decisión de los partidos políticos, así como en las candidaturas con que concurren a las elecciones, y a aquellas fuerzas políticas que aumenten la presencia femenina en las candidaturas». Una medida que, en la realidad, no dejaba de ser meramente declarativa, ya que no obligaba a los partidos políticos a integrar un cupo determinado de mujeres en las candidaturas electorales (Serra, 2008, p. 176).

En esa misma línea, Cataluña no llega a modificar la ley electoral, pero en ese periodo se encuentran con el proceso de reforma del Estatuto de Cataluña, e incorporan el mandato. Así, se establecía en el art. 56.3 de la Ley Orgánica 6/2006 de reforma del Estatuto de Cataluña, donde se señalaba que: «La ley electoral de Cataluña debe establecer criterios de paridad entre mujeres y hombres para la elaboración de las listas electorales». Una ley electoral catalana que aún sigue sin aprobarse.

² Recurso de inconstitucionalidad número 5536-2002 (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2002) y Recurso de inconstitucionalidad número 5537-2002 (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2002).

Asimismo, sin regular explícitamente las cuotas, la Comunidad Valenciana prevé incentivos para la incorporación de mujeres en la lista. En concreto, la Ley 9/2003 de igualdad entre hombres y mujeres aprobada por las Cortes Valencianas tan sólo llegaba a establecer una serie de beneficios –en forma de subvenciones o de un mayor espacio en los medios de comunicación– para aquellos partidos que integrasen un mayor número de mujeres en sus listas, como se especificaba en los artículos 10, 11 y 12 de la citada ley.

En el año 2005 –aún sin resolver las cuestiones de constitucionalidad planteadas años atrás–, se da un nuevo paso en la incorporación de las cuotas legales en el ámbito autonómico. Las comunidades autónomas de Andalucía y Euskadi plantean sendos cambios en la legislación electoral con el objetivo de garantizar la paridad entre mujeres y hombres. Por un lado, la comunidad andaluza volvería a adoptar el modelo de la cremallera o la alternancia de ambos géneros. Así lo establece el art. 2 de la Ley 5/2005 aprobada por el Parlamento de Andalucía en la que se modifica la anterior Ley Electoral andaluza:

La presentación de candidaturas, en la que se alternarán hombres y mujeres, [...] mediante listas que deben incluir tantos candidatos como escaños a elegir por cada circunscripción y, además, cuatro candidatos suplentes, expresándose el orden de colocación de todos ellos, ocupando los de un sexo los puestos impares y los del otro los pares.

Por otro lado, a diferencia de lo que había sucedido en otras CCAA, Euskadi seguiría un camino diferente. Tal y como se estableció en la Ley 4/2005 aprobada por el Parlamento Vasco con la que se pretendía fomentar la igualdad entre mujeres y hombres, la fórmula a emplear en la legislación electoral sería la de la cuota de «bloques». Así se establece en las Disposiciones Finales Cuarta y Quinta de la Ley 4/2005:

Las candidaturas que presenten los partidos políticos, federaciones, coaliciones o agrupaciones de personas electoras estarán integradas por al menos un 50% de mujeres. Se mantendrá esa proporción en el conjunto de la lista de candidatos y candidatas y en cada tramo de seis nombres [...].

Debemos señalar que con la aprobación de la Ley 4/2005 Euskadi reformará todos sus sistemas electorales, tanto el de elección del Parlamento Vasco, como los de elección de las Juntas Generales de los tres Territorios Históricos (TTHH) de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa. Así las cosas, la legislación aprobada en Euskadi incorpora un nuevo modelo de regulación de las cuotas de género y una nueva definición de la paridad que marcará el debate sobre las cuotas de género en España hasta la actualidad.

En primer lugar, se establece una doble cuota que no sólo afectaría al conjunto de la lista, sino que también afecta a bloques de seis candidatos o candidatas. En segundo lugar, este modelo introducirá una definición del concepto de paridad completamente novedoso. Un concepto de paridad que se entiende como la presencia mínima de un 50% de mujeres en cada uno de esos bloques de seis. En tercer lugar, el modelo vasco se aleja del modelo de neutralidad de género para optar por la especificidad. Es decir, se hará una apuesta por reconocer que la discriminación afecta a las mujeres, y que, por tanto, el sistema de cuotas debe de garantizar sus derechos, dejando así la puerta abierta a la elaboración de listas electorales integradas exclusivamente por mujeres.

Sin embargo, al igual que acaeció con las leyes electorales de Castilla-La Mancha y de las Islas Baleares, ambas normas fueron de nuevo recurridas ante el TC³. En ambos casos, por diputados y diputadas del PP (Ruiz, 2004).

En lo que concierne a ambos casos, los escritos presentados ante el Alto Tribunal demandaban el examen varias causas de inconstitucionalidad, que de nuevo giraban en torno a lo competencial y a lo sustantivo. En primer lugar, se alegaba que algunos artículos de la Ley 4/2005 aprobada por el Parlamento Vasco y de la Ley 5/2005 aprobada por el Parlamento de Andalucía invadían competencias –en relación con el derecho de acceso a los cargos públicos que– reservadas al Estado. En segundo lugar, se argüía que las citadas leyes infringían la prohibición constitucional de definir las categorías de elegibles por razón de sexo. Dicho de otro modo, que afectaban a la igualdad de la ciudadanía española en lo que al derecho de sufragio pasivo se refiere. En tercer lugar, se argumentaba que las citadas leyes invadían la esfera de libertad de acción y de decisión de los partidos políticos (véanse la STC 13/2009, 19-1 y la STC 40/2011, 31-3).

A diferencia de lo acontecido unos años antes, tanto en Andalucía como en Euskadi, la interposición de dichos recursos de inconstitucionalidad no implicó la suspensión de la aplicación de las citadas leyes electorales (Serra, 2008). Algo por lo que las primeras elecciones en las que se aplican medidas de acción positiva en España se producen en Euskadi, concretamente en los comicios de 2005.

En ese momento, el Gobierno central presidido en minoría por el PSOE, adopta la decisión de liderar la regulación de la cuota a nivel estatal. Lo hace modificando el art. 44 de la Ley Orgánica 5/1985 del Régimen Electoral General (LOREG), una ley orgánica cuyo ámbito de aplicación no se limita a las elecciones del Congreso, Senado, municipales y europeas, sino que afecta también a las elecciones autonómicas, forales y de Consejos y Cabildos insulares.

Tal y como nos señala Carmona (2018), desde 2001 distintas fuerzas parlamentarias de izquierda presentaron distintas iniciativas parlamentarias intentado modificar la legislación electoral estatal con la finalidad de introducir cuotas legales. Propuestas que, debido a la composición de las Cortes Generales, nunca salieron adelante.

Será en el año 2007 cuando se apruebe la Ley Orgánica 3/2007 para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. Una Ley Orgánica donde, mediante la Disposición Adicional Segunda, se añade el art. 44 bis al articulado de la LOREG, quedando redactada de la siguiente forma:

1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados al Congreso, municipales y de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares canarios en los términos previstos en esta Ley, diputados al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que en el conjunto de la lista los candidatos de cada uno de los sexos supongan como mínimo el cuarenta por ciento. Cuando el número de puestos a cubrir sea inferior a cinco, la proporción de mujeres y hombres será lo más cercana posible al equilibrio numérico. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán

³ Recurso de inconstitucionalidad núm. 4057-2005 (BOE núm. 159, de 5 de julio de 2005) y Recurso de inconstitucionalidad núm. 5404-2005 (BOE núm. 234, de 30 de septiembre de 2005).

establecer medidas que favorezcan una mayor presencia de mujeres en las candidaturas que se presenten a las Elecciones de las citadas Asambleas Legislativas.

2. También se mantendrá la proporción mínima del cuarenta por ciento en cada tramo de cinco puestos. Cuando el último tramo de la lista no alcance los cinco puestos, la referida proporción de mujeres y hombres en ese tramo será lo más cercana posible al equilibrio numérico, aunque deberá mantenerse en cualquier caso la proporción exigible respecto del conjunto de la lista.

3. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en los anteriores apartados.

4. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171 de esta Ley, tales listas deberán tener igualmente una composición equilibrada de mujeres y hombres, de forma que la proporción de unas y otros sea lo más cercana posible al equilibrio numérico.

De esta forma, el Estado asume sus competencias para la regulación de las cuotas legales en lo que se refiere a la elaboración y presentación de listas o candidaturas. Más aún, tal y como se señala en la Disposición Adicional Primera, la legislación estatal será de obligado cumplimiento para las CCAA.

Será en este punto donde surjan algunas dudas sobre la compatibilidad entre la nueva legislación electoral estatal y la legislación electoral de cuotas aprobada ya, en ese momento, por algunas CCAA. Se interpretó que no, que las candidaturas presentadas en las elecciones autonómicas –también las de los Cabildos Insulares y los TTHH vascos– debían cumplir como mínimo lo establecido por el Estado, pudiendo desarrollar una regulación más detallada o desarrollada. Y, en caso de no hacerlo, bastaba con que las CCAA aplicasen la normativa estatal; incluso, sin la necesidad de reformar sus leyes electorales propias.

De este modo, podríamos señalar que, de ser una competencia exclusiva de las CCAA, la regulación de las cuotas legales pasa a ser concurrente a la legislación española. Es decir, ambos niveles territoriales tienen capacidad legislativa sobre la materia. El Estado regula una base mínima común y las CCAA pueden desarrollarla, incorporando nuevas exigencias a la cuota.

Tal y como había sucedido con las diferentes leyes aprobadas a nivel autonómico, también generaron serias dudas en torno a su constitucionalidad. Entre otras, la Cuestión de Inconstitucionalidad núm. 4069-2007 y el Recurso de inconstitucionalidad 5653-2007 (véase la STC 12/2008, 29-1). Sin embargo, las alegaciones fueron diversas en cuanto a su procedencia y contenido. La mayoría de estas cuestiones no se dirigían a poner en duda la capacidad legislativa del Estado o de las CCAA sino a la constitucionalidad de limitar la capacidad de los partidos políticos a la hora de elaborar sus listas, la propia referencia a la distinción entre

mujeres y hombres⁴ o la limitación del derecho pasivo del electorado⁵. Tal y como señalan Molero (2021, p. 55) y Torres (2009, p. 32) todos los procedimientos fueron resueltos por la STC 12/2008, 29-1 en la que el Alto Tribunal desestimaba tanto el recurso como la cuestión de inconstitucionalidad considerando la norma estatal acorde a la Constitución. Algo que servirían de fundamento al Alto Tribunal para resolver los recursos interpuestos años atrás ante las leyes vasca (véase la STC 13/2009, 19-1) y andaluza (véase la STC 40/2011, 31-3), que quedarían igualmente desestimados (Molero, 2021, p. 55).

En dicha sentencia de 2008, en primer lugar, se señalaba la idoneidad y constitucionalidad de las medidas de acción positivas para favorecer la igualdad entre mujeres y hombres. Sobre todo, en lo que a la participación política se refiere. En segundo lugar, se dejaba claro que la fórmula de equilibrio entre sexos no trataba de beneficiar a uno de los dos, sino a los dos. En tercer lugar, la sentencia señalaba que el derecho de sufragio pasivo de la ciudadanía no se veía dañado, puesto que la ley tan sólo era de obligado cumplimiento para los partidos políticos, asociaciones u otros entes que son los únicos que pueden presentar candidaturas. Por último, se señalaba que efectivamente la ley termina por limitar la libertad ideológica y de acción de los partidos, pero tan sólo en pos de la promoción del derecho fundamental que supone la igualdad entre mujeres y hombres (Molero, 2021).

Estas sentencias reconocían la capacidad al Estado y de las CCAA de regular sobre la materia, al no considerar inconstitucional ninguna de las regulaciones autonómicas y, además, zanjaban el debate sobre la posibilidad de aprobación y aplicación de cuotas de género en la elaboración de las candidaturas electorales.

Así las cosas, el modelo estatal de cuotas será el que adopten el resto de las CCAA desde la aprobación de la ley. Aun teniendo plenas competencias para legislar en materia electoral, podemos señalar que ninguna comunidad autónoma ha planteado en estos años modelos de cuota diferentes a los previamente aprobados. De hecho, es más que reseñable la escasa o prácticamente nula alusión a esta

⁴ Por ejemplo, se plantearon varios recursos y cuestiones de inconstitucionalidad en las elecciones municipales de mayo de 2007, ante la negativa de distintas Juntas Electorales para aceptar candidaturas, presentadas por partidos de centro derecha y extrema derecha, e integradas en su mayoría o en su totalidad por mujeres (Álvarez, 2012). Sin embargo, a diferencia de lo acaecido anteriormente, es en esta ocasión donde la visión y el planteamiento sobre la Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4069-2007 planteada dará un giro de ciento ochenta grados. Y es que, como podemos observar en la STC 12/2008, 29-1, en el Auto de 5 de mayo de 2007 elevado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife ante el Pleno de TC, el art. 44 bis Ley Orgánica 5/1985 –que precisamente era el elemento u objeto central de los recursos presentados por parte del PP del municipio canario de Garachico tras la decisión de la Junta Electoral de Zona de Icod de los Vinos de denegar la proclamación de la candidatura presentada– en realidad no parecía generar dudas sobre su supuesta inconstitucionalidad. Más aún, por un lado, en el escrito se señalaba que efectivamente, que se trataba de una medida de distinción hecha por el legislador, pero con motivos razonables y objetivos con el fin último de promover una discriminación positiva hacia las mujeres. Todo ello en línea con las medidas de igualdad aprobadas hasta la fecha, no sólo a nivel estatal, sino también a nivel internacional. Aún más, incluso se llegaba a plantear la duda sobre si la limitación del 60% podría suponer una barrera para que las propias mujeres pudieran ejercer el derecho de sufragio pasivo. Por otro lado, también se planteaba la posible limitación de la libertad ideológica y de acción de los partidos políticos a la hora de nombrar a sus candidatos y candidatas (véase la STC 12/2008, 29-1).

⁵ En junio de ese mismo año, más de 50 diputados del PP interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra ese mismo art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985 que se había añadido en la Ley Orgánica 3/2007 sobre la igualdad. En él, por un lado, se argumentaba que mediante ese artículo se limitaban tanto los derechos de igualdad de la ciudadanía española en cuanto al derecho de sufragio pasivo. Por otro lado, se volvía a remarcar la limitación que suponía dicho artículo para los partidos políticos a la hora de elegir a sus candidatas y candidatos. Cuestiones que, en definitiva, interferían en los derechos fundamentales de la ciudadanía española. Y que, lejos de aumentar y favorecer el derecho de sufragio pasivo y la presencia de mujeres en las instituciones representativas la limitarían a un máximo del 60% (véase la STC 12/2008, 29-1).

cuestión en las leyes electorales y en las leyes de igualdad que se han ido aprobando en las Comunidades Autónomas de Aragón, Asturias, Castilla y León, Galicia, La Rioja, Madrid y Murcia. La tabla 1 resume la situación actual de la regulación de la cuota en las leyes electorales autonómicas.

A) Regulan la cuota directamente mediante la modificación de la ley electoral y/o mediante la ley de igualdad	Andalucía, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha y País Vasco
B) No regulan, tan sólo hacen alusión a la paridad en la elaboración de las candidaturas y la composición de órganos representativos en sus leyes de igualdad	Canarias, Cataluña, Extremadura, Navarra y C. Valenciana
C) No regulan, no hacen alusión a la paridad en la elaboración de candidaturas y en la composición de los órganos representativos ni en sus leyes de igualdad ni en sus leyes electorales	Aragón, P. de Asturias, Castilla y León, Galicia, La Rioja, C. de Madrid y R. de Murcia

Tabla 1: La regulación autonómica de las cuotas de género – Fuente: elaboración propia.

Tan solo en las leyes en torno a la igualdad entre mujeres y hombres de Extremadura, Canarias y Cataluña encontramos una breve alusión a que los poderes públicos de dichas comunidades fomentarán y garantizar una presencia equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales y en las asambleas parlamentarias⁶.

Solo la Comunidad de Cantabria ha incorporado en el articulado de su ley de igualdad (véase la Disposición adicional cuarta de la Ley 2/2019) y en su ley electoral (véase el art. 23.4 de la Ley 5/1987) el modelo de cuotas estatal. Asimismo, la Comunidad Foral de Navarra, en su ley de igualdad (Ley Foral 17/2019), ha sido la única comunidad que ha manifestado la intención de establecer un modelo distinto al estatal: el de la cremallera. Algo que finalmente no se llegó a plasmar en la legislación electoral navarra.

En definitiva, parece que la centralización o estatalización de la regulación de las cuotas legales desde 2007 ha tenido efectos positivos, pero, también negativos. Por una parte, la incorporación de las cuotas legales en la legislación electoral general española afectó directamente a todos los sistemas electorales de las CCAA que aún no habían tomados medidas de acción positiva –en este caso, limitando la acción de los partidos en la elaboración de las listas– para incrementar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en los órganos de decisión. Por otra parte, esta regulación estatal de las cuotas también sirvió para que ninguna otra CCAA elaborara un sistema de cuotas distinto, acorde con los elementos configuradores de su sistema electoral particular o de su sistema de partidos. Una falta de adaptación a la realidad de cada sistema electoral y de partidos que puede estar dejando sin efectos la propia cuota legal (Novo-Arbona y Diz, 2022).

⁶ Véase el art. 3.12 de la Ley 8/2011 de igualdad de extremeña; el art. 60 de la Ley 1/2010 de igualdad canaria, y el art. 19.2 de la Ley 17/2015 de igualdad catalana.

3. La nueva regulación de cuotas legales

Tal y como señalábamos al inicio, en verano de 2024 las Cortes Generales españolas aprobaban una nueva ley, en la que se volvían a regular las cuotas legales⁷. Una vez más, un gobierno de centroizquierda incorporó a la agenda parlamentaria y legislativa española la necesidad de profundizar en la igualdad política entre mujeres y hombres. En este contexto, se impulsó la revisión de los marcos normativos relativos a la composición paritaria de las candidaturas electorales, con el propósito de aumentar la representación descriptiva⁸ en los órganos de toma de decisiones tanto a nivel estatal como subestatal. En este sentido, se planteó la sustitución del sistema de «cuotas por bloques» por el modelo de «cremallera», un mecanismo que garantiza la alternancia de sexos en las listas electorales y que, al contar con menor flexibilidad, exige un esfuerzo adicional por parte de los partidos políticos en los procesos de elaboración de dichas listas.

Sin embargo, la modificación de las cuotas legales se produce en una situación extraordinaria. Por un lado, se incorpora dentro de la adaptación de una directiva europea que tiene como objeto un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas. Por otro lado, se tramita por vía de urgencia. El proyecto se presenta por parte del Gobierno en la cámara baja en diciembre del 2023, no siendo hasta junio de 2024 cuando la Mesa –a petición del propio Gobierno– decide que se tramitará de urgencia. Una premura que vendría justificada por el agotamiento de los plazos previstos por la UE para la adaptación de la legislación española a la Directiva 2022/2381. Una premura que hará que tras una breve tramitación y escasas enmiendas⁹ a finales de julio se termine aprobando la que hoy conocemos como Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres.

Esta nueva ley toca tres aspectos sensibles en el sistema político español. Aspectos que como veremos han estado presentes en el debate sobre la aprobación de las cuotas legales desde hace ya más de dos décadas en los sistemas electorales estatales y subestatales. En primer lugar, el debate y aprobación de la nueva regulación volverá a poner sobre la mesa el debate entre el Estado y la CCAA sobre las competencias en materia de legislación electoral y establecimiento de las cuotas. En segundo lugar, el debate sobre la definición del concepto de paridad. En tercer lugar, la discusión sobre el modelo de la cuota y sus consecuencias en la libertad de los partidos políticos a la hora de elaborar sus candidaturas y sus posibles efectos en lo que a la composición paritaria o equilibrada entre hombres y mujeres de los órganos representativos se refiere.

⁷ Toda la documentación sobre la tramitación de la Ley Orgánica de representación paritaria pueden consultarse en la web del Congreso de los Diputados: https://www.congreso.es/es/busqueda-de-iniciativas?p_p_id=iniciativas&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&iniciativas_mode=mostrarDetalle&iniciativas_legislatura=XV&iniciativas_id=121/000001

⁸ En su obra *The Concept of Representation* (1967), Hanna Pitkin define la representación descriptiva como aquella en la que los representantes se asemejan en características relevantes (como género, etnia o clase) a las personas representadas. No se centra en la acción, sino en el reflejo social del grupo representado. Es un concepto clave para entender la justificación de las medidas de acción positiva, las cuotas.

⁹ Así las cosas, en las primeras enmiendas presentadas ante el proyecto de ley, en primer lugar nos encontramos con una oposición frontal por parte del grupo parlamentario de VOX, grupo que presentará una enmienda a la totalidad en el Congreso de los Diputados y que, posteriormente, presentará una propuesta de veto en el Senado.

3.1. El debate sobre las competencias en materia electoral y regulación de cuotas

El proyecto de ley de paridad presentado por el Gobierno tenía como objetivo fundamental terminar con la cuota por bloques estableciendo como modelo el sistema de alternancia de sexos –o cremallera– y aplicarlo a la totalidad de los sistemas electorales: estatales, autonómicos, forales, insulares, municipales y europeo. Concretamente, se proponía la siguiente modificación del art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985 de Régimen Electoral General:

1. Las candidaturas que se presenten para las elecciones de diputados y diputadas al Congreso, municipales, de miembros de los consejos insulares y de los cabildos insulares, diputados y diputadas al Parlamento Europeo y miembros de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas deberán tener una composición paritaria de mujeres y hombres, integrándose las listas por personas de uno y otro sexo ordenados de forma alternativa.
2. A las listas de suplentes se aplicarán las reglas contenidas en el anterior apartado.
3. Cuando las candidaturas para el Senado se agrupen en listas, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 171, tales listas deberán tener igualmente una composición paritaria de mujeres y hombres, tal y como se establece en el apartado 1.
4. La Junta Electoral solo aceptará aquellas candidaturas que cumplan este precepto tanto para los candidatos como para los suplentes.

Por tanto, no solo se pretendía modificar el modelo de cuotas, la nueva propuesta del Gobierno implicaba, además, un vaciamiento de la capacidad legislativa de las comunidades autónomas en esta materia. Esta asunción por parte del Estado de la competencia exclusiva en la regulación de las cuotas fue prontamente cuestionada durante el proceso de tramitación parlamentaria.

Así, durante el trámite en Comisión, el Partido Nacionalista Vasco (EAJ/PNV) y el Bloque Nacionalista Galego (BNG) presentaron una serie de enmiendas orientadas a revisar el contenido de dicho artículo. El objetivo principal de estas propuestas era garantizar que la regulación respetase las competencias exclusivas de las CCAA en materia electoral, algo que, según ambos grupos parlamentarios, no quedaba salvaguardado en la redacción original del proyecto de ley.

Esta cuestión quedó rápidamente zanjada, tanto en el Dictamen emitido por la Comisión como en el texto aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados antes de ser enviado al Senado. Se incluía pues una excepción, de modo que las Comunidades Autónomas y las Juntas Generales de los Territorios Históricos de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa podrían establecer una legislación electoral distinta, siempre que promoviese la representación equilibrada en las asambleas legislativas. Así quedaba modificado finalmente tras la aprobación de la Ley Orgánica 2/2024 de representación paritaria el tantas veces citado art. 44 bis de la Ley 5/1985 de Régimen Electoral General, al que se le añadía un nuevo punto:

3. En las elecciones de miembros de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas y Juntas Generales de los Territorios Históricos vascos, las leyes reguladoras de sus respectivos regímenes electorales podrán establecer otros sistemas de elaboración de listas siempre que su objetivo sea favorecer la representación paritaria y la presencia equilibrada de mujeres y hombres en dichas candidaturas.

Sin embargo, esta nueva redacción del artículo 44 bis tiene otra serie de consecuencias sobre el reparto competencial en la materia. Y es que, con lo

estipulado en la nueva normativa, la regulación de las cuotas pasa de ser una materia concurrente entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en la que una legisla la base y la otra el desarrollo, a una materia de carácter supletorio; dado que ahora se aplicará la legislación estatal siempre y cuando no haya una regulación autonómica al respecto.

En resumidas cuentas, la nueva ley no establece ningún condicionamiento a la legislación electoral y de cuotas de las CCAA. Solamente señala que la regulación de la cuota deberá garantizar el principio de paridad en la elaboración de las candidaturas. Así, el mínimo exigido a las CCAA pasa de la «doble cuota» –no sólo en la totalidad de la lista, sino también en bloques de cinco puestos– a la «cuota simple» –tan sólo en la totalidad de la lista– si éstas así lo regulan en sus particulares leyes electorales.

Además, establece diferencias entre distintos órganos subestatales. Los TTHH vascos podrán regular sus propias cuotas legales, mientras que los Cabildos y Consejos insulares no; deberán aplicar obligatoriamente el modelo estatal.

	<i>En la Ley Orgánica 3/2007</i>	<i>En la Ley Orgánica 2/2024</i>
<i>Congreso de los Diputados</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cremallera en la totalidad de la lista
<i>Senado</i>	General, mínimo del 40% en la totalidad de la lista	Cremallera en la totalidad de la lista
<i>Municipios >3.000 habitantes</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cremallera en la totalidad de la lista
<i>CCAA que tengan aprobada o desarrollen su propia regulación de cuotas</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cuota simple, paridad en la totalidad de la lista
<i>CCAA que no desarrollen su propia regulación de cuotas</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cremallera, en la totalidad de la lista
<i>Juntas Generales de los TTHH</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cuota simple, paridad en la totalidad de la lista
<i>Cabildos y Consejos Insulares</i>	Doble cuota, paridad en la totalidad de la lista y en bloques de 5	Cremallera en la totalidad de la lista

*Se entiende por paridad la presencia de un mínimo del 40% de mujeres.

Tabla 2. Comparativa de la regulación de cuotas establecida en la legislación estatal para los distintos órganos y niveles políticos – Fuente: elaboración propia.

El Estado tiene competencia exclusiva para regular las elecciones al Congreso, Senado, municipales y europeas. Pero la aplicación de la nueva medida de la cremallera plantea algunas excepciones.

En el caso de las elecciones municipales la medida tan sólo será de obligado cumplimiento en la elaboración de las candidaturas que se presenten en municipios con una población censada mayor de 3000 habitantes. La cuota no será de obligado cumplimiento en los demás municipios españoles.

Dónde la regulación si tiene un efecto más crítico es en las elecciones a las Cortes Generales. En el caso de las candidaturas presentadas en las elecciones al Senado, se señala que –siempre que se presenten en forma de lista o plancha – deberán respetar la alternancia entre ambos sexos.

¿De qué manera debemos interpretar este condicionamiento? En principio, no tendría sentido regular el orden de las candidaturas en un formato de plancha o lista, si entendemos –tal y como establece la regulación del sistema– que el sufragio pasivo en dichas elecciones es individual a cada candidato o candidata. El elector no tiene opción de votar a una sola lista cerrada y bloqueada, por el contrario, tiene capacidad para elegir a 3 candidatos o candidatas presentados en el conjunto de las listas.

Una cuestión que debemos ligar a la incidencia del propio sistema electoral en la escasa efectividad de las cuotas en las elecciones al Senado. Por un lado, algo que se debe a la fórmula electoral elegida por el legislador para la conversión de votos en escaños: la mayoritaria. Por otro lado, algo que se debe a la baja magnitud de las circunscripciones electorales: entre 4 y 1. Dos motivos por los cuales, la obligatoriedad de cuotas como la cremallera en la elaboración de las listas electorales podría no tener ningún efecto en la representación descriptiva.

Dicho esto, la aplicación de la cuota legal en los niveles subestatales se complejiza con la actual legislación estatal. En el caso de las elecciones autonómicas, y de acuerdo con lo dispuesto en la nueva ley de paridad, en aquellas CCAA que cuenten con una normativa propia para garantizar la paridad en la elaboración de candidaturas, dicha regulación prevalecerá sobre la establecida por el Estado. Así las cosas, tras la aprobación de la nueva legislación estatal, Andalucía, Islas Baleares, Cantabria, Castilla-La Mancha y País Vasco mantendrían lo regulado en sus leyes de igualdad y en sus leyes electorales, manteniendo así sus particulares modelos, tanto de cremallera como de bloques de 5 y de 6.

Por el contrario, al resto de las 12 CCAA se les aplicará, de forma supletoria, la actual cuota estatal. Por tanto, en tanto que no regulen ninguna otra fórmula para garantizar la presencia equilibrada o paritaria de mujeres y hombres en la elaboración de las listas electorales, las fuerzas políticas deberán respetar obligatoriamente la cremallera.

Sin embargo, la nueva legislación estatal nos genera una serie de dudas. Y es que, ¿cómo ha cambiado el suelo mínimo de regulación de la cuota en las elecciones autonómicas con esta nueva regulación?

De acuerdo con la actual regulación, las CCAA podrían regular sus propios modelos de cuota –en lo que a elaboración de candidaturas se refiere–, teniendo tan sólo que cumplir obligatoriamente con el principio de paridad (el mínimo del 40%) en la totalidad de la lista. Sin necesidad de prestar atención a la problemática de la segmentación vertical. En definitiva, la nueva ley elimina la modalidad de doble cuota como base para toda la legislación electoral autonómica, que obligaba al cumplimiento

del principio de paridad no sólo en la totalidad de la lista, sino también en tramos de 5 puestos.

No obstante, no podemos obviar que, aunque de difícil comprobación y argumentación, el articulado de la nueva ley añade una segunda condición respecto a la regulación autonómica de las cuotas legales: que su objetivo último sea el de favorecer la representación paritaria. Queda por conocer cómo es interpretado este principio si llegan a aprobarse nuevas cuotas legales a nivel autonómico.

Finalmente, en el caso de las elecciones a los Consejos Insulares y a las Juntas Generales –cuya legislación constituye una materia de competencia compartida entre el Estado y las comunidades autónomas de Baleares y Euskadi, respectivamente– se han producido diferencias sustanciales. Bajo la normativa anterior, en ambos casos se aplicaba la ley estatal como legislación básica, mientras que las disposiciones específicas eran desarrolladas por los parlamentos autonómicos balear y vasco.

Con la nueva regulación, para la elección de los miembros de los Consejos de Mallorca, Menorca, Ibiza y Formentera se aplicará la cuota aprobada por el Estado no de forma supletoria sino de forma exclusiva. Sin embargo, en el caso de la elección de los representantes en las Juntas Generales de Araba, Bizkaia y Gipuzkoa se aplicará la ley que regula el Parlamento Vasco y solamente de forma supletoria se aplicaría la estatal porque la excepción regulada solo afecta a estos órganos de representación.

3.2. El debate sobre el concepto de paridad y la segregación vertical

Otra de las de las cuestiones que se fijaban en el proyecto de ley presentado por el Gobierno era el de seguir definiendo la paridad o el equilibrio de mujeres y hombres en los órganos representativos –y, por ende, en las candidaturas electorales– como la presencia de un mínimo del 40% y un máximo de un 60% para cada uno de los sexos.

Las enmiendas de EAJ/PNV y PP trataban de modificar esta definición. En línea con la definición vasca de la paridad, de definir la paridad refiriéndose específicamente a las mujeres. Y, fijando, que la paridad habría que entenderla no como la presencia de un mínimo del 40%, sino al menos de un 50%.

Esta cuestión también fue planteada desde el Grupo Mixto por Podemos que también realizó enmiendas en las que se trataba de modificar la definición del 40%-60%, a favor de la definición de la presencia equilibrada en la que se señala que ésta debe de asegurar siempre la presencia mínima –ya sea en tramos o en la lista entera– de un mínimo del 50% de mujeres.

En esta línea, Podemos presentaría también una enmienda de modificación de art. 44 bis, en la que se señalaba la posibilidad de no respetar la cremallera en el caso de que este orden alterno fuese perjudicial contra las mujeres. Posibilitando la presencia de dos o más mujeres seguidas en una candidatura electoral y negando esta posibilidad a los candidatos masculinos. Algo que podría hacer aún más efectiva la medida a la hora de garantizar la presencia de mujeres en los parlamentos y asambleas.

Asimismo, desde el Grupo Mixto, partidos como Coalición Canaria (CC) también defendieron excepciones similares ante la cremallera. Desde este grupo

político se defenderá la posibilidad de repetir candidatos o candidatas del mismo sexo, siempre que esto tenga como finalidad una mayor presencia y participación de las mujeres. Ahora bien, a diferencia de la propuesta de UP, la propuesta de enmienda presentada por CC proponía un límite de un 40%-60% de ambos sexos en tramos de seis. Es decir, que en una candidatura podrían ir en los tres primeros puestos 3 mujeres, pero que, en ese caso, los dos siguientes debían de ser obligatoriamente ocupados por hombres.

Una idea que también sería defendida por el BNG, que iría más allá, señalando que, en estos casos, tan sólo se podría permitir la presencia simultánea de 2 hombres en el caso de que ocupasen los puestos 4º y 5º del bloque. Algo que también terminará defendiendo el PP cuando el proyecto se tramite en el Senado.

Vemos en las propuestas de enmienda de CC y BNG de nuevo aquí la diferente interpretación sobre el concepto de paridad o representación equilibrada, que vuelve a ser la del 40%-60%, y no la del mínimo del 50% de mujeres. Sin embargo, atisbamos también esa preocupación por los efectos perjudiciales que la cremallera pudiera tener en las mujeres finalmente electas. Por ejemplo, en aquellas circunscripciones donde un partido cuenta con 2 puestos seguros, antes era posible que esos 2 puestos fueran ocupados por 2 mujeres, mientras que con la cremallera no. Algo que podría reducir la presencia de mujeres electas a la mitad.

Asimismo, podemos decir que aún más interesante son las enmiendas realizadas por Esquerra Republicana de Catalunya (ERC) tanto en el Congreso como en el Senado introduciendo dos nuevos conceptos: el de la «paridad vertical» y el de la «paridad horizontal». Así quedaba reflejado en sus enmiendas al proyecto de ley presentado por el gobierno, y concretamente, al art. 44 bis de la Ley Orgánica 5/1985:

La paridad vertical se combinará con la paridad horizontal, debiendo los partidos políticos presentar un número igual de listas encabezadas por mujeres y por hombres en el conjunto de circunscripciones o de municipios a los que concurran.

Por una parte, conscientes de la relevancia estratégica que tienen los puestos considerados seguros o de salida, y en particular los encabezamientos de lista; y, por otra, preocupados por la escasa presencia de mujeres candidatas en dichas posiciones, desde ERC se propondrá una limitación adicional a la capacidad de decisión de los partidos políticos. El objetivo era garantizar un mayor número de mujeres, no sólo en las candidaturas, sino también en las cámaras legislativas.

Así, propondrán asegurar la «paridad horizontal», o la paridad en la totalidad de la composición de las listas electorales, defendiendo la medida de la cremallera. Sin embargo, añadirán la necesidad de asegurar también la «paridad horizontal», es decir, la presencia de un número igual de listas encabezadas por mujeres y hombres en todas aquellas circunscripciones electorales –incluso municipios– en las que concurran los partidos electorales.

Por ejemplo, si en las elecciones al Congreso de los Diputados, ERC –por continuar con el caso– presenta candidaturas en las 4 circunscripciones catalanas, debería presentar al menos 2 candidaturas encabezadas por mujeres y 2 por hombres. Algo que, sin duda, sería muy efectivo en aquellos casos como el español, donde debido a la configuración de su sistema electoral y al tamaño de sus circunscripciones, muchos partidos tan sólo obtienen 1 único escaño. Un escaño que, de aplicarse la cremallera, no tiene por qué ser mujer.

Un debate que, en el texto finalmente aprobado quedaría zanjado mediante la definición de la presencia equilibrada como un mínimo del 40% y un máximo del 60% de ambos sexos. Asimismo, todas aquellas medidas propuestas para evitar la segregación vertical no fueron tenidas en cuenta. Posibilitando que todas las candidaturas presentadas por una misma fuerza política, en diferentes circunscripciones, puedan estar siempre encabezadas por hombres. Algo que, como veremos después, puede limitar la efectividad de la cuota.

3.3. El debate sobre el modelo de cuota y su mayor efectividad.

Por último, mediante el proyecto de ley presentado por el ejecutivo del PSOE y Sumar se modificaba el instrumento empleado hasta la fecha por en las elecciones nacionales y en la mayoría de las autonómicas. La denominada «cuota de bloques» pasaba a ser sustituida por la «cremallera». Un instrumento para garantizar la presencia equilibrada de mujeres y hombres en las candidaturas electorales dotado de una menor flexibilidad y que implicaría conceder una menor libertad a los partidos políticos a la hora de elaborar sus listas electorales. Una medida orientada a reforzar aún más la representación descriptiva.

Así las cosas, la tercera de las cuestiones que más debate generó en la tramitación de la nueva ley fue la de la medida de discriminación positiva a emplear. Es decir, la discusión entre idoneidad y efectividad de la cremallera frente a la cuota de bloques; o, mejor dicho, a las cuotas de bloques (de tramos de 5 o de 6).

Como hemos visto, el Gobierno, defendía la cremallera como instrumento de elaboración de las candidaturas. Un modelo en el que se han de alternar obligatoriamente candidatos y candidatas hombres y mujeres de forma consecutiva¹⁰. Sin embargo, en sus enmiendas, partidos como EAJ/PNV y PP proponían seguir con la cuota de bloques, pero modificándola o cambiándola por la cuota de bloques de tramos de seis, en los que mínimo el 50% de las candidatas debían de ser obligatoriamente mujeres. De hecho, trataron de justificar su propuesta con los buenos resultados que había obtenido esta medida en las elecciones autonómicas vascas y forales.

Aunque este modelo de bloques de seis fue defendido en las enmiendas presentadas por EAJ/PNV y PP en el Congreso de los Diputados y en el Senado, esta medida no fue incorporada al documento final. La cremallera se establecía así como el nuevo modelo a aplicar.

Sin embargo, no debemos pasar por alto que estas enmiendas situaban el debate en otros puntos cardinales: por un lado, el de la subida del umbral mínimo de presencia de mujeres en las candidaturas del 40% al 50%. Por otro lado, el de la eficacia final de las cuotas en el incremento del número de mujeres parlamentarias.

En esta línea, podemos decir que el debate sobre la efectividad de los distintos modelos de cuotas se produce desde el momento en el que se aplican en las elecciones autonómicas de Euskadi en 2005 y las elecciones estatales en 2008. Dos comicios en los que las medidas mostrarán resultados muy dispares en tres vertientes: a) la efectividad técnica, b) la efectividad basada en resultados y, c) la efectividad indirecta.

Por un lado, cuando hablamos de efectividad técnica de la cuota nos referimos al cumplimiento estricto por parte de los partidos políticos de lo que está establecido

¹⁰ Recordemos que este modelo ya existe en Castilla-La Mancha, Islas Baleares y Andalucía.

en la legislación electoral. Y es que, aunque el objetivo de las distintas leyes que hemos ido citando será el de promover e incrementar la presencia de mujeres en los órganos representativos, en realidad tan sólo obligan a los partidos políticos a respetar ciertas normas en la elaboración de las listas electorales. Normas de obligado cumplimiento que, de no ser respetadas, conllevan una sanción máxima: la no concurrencia a las elecciones. Algo que ha traído consigo un cumplimiento estricto de la norma, tal y como los distintos estudios han venido constatando (Trujillo y Oñate, 2002).

Por otro lado, la efectividad basada en resultados haría referencia a si la legislación habría logrado terminar con la escasa presencia de mujeres en los órganos de representación política. A este respecto, podemos señalar que la efectividad de las cuotas puede variar en función del modelo, de otros elementos del sistema electoral (por ejemplo, el tamaño de las circunscripciones) o de las características del sistema de partidos en el que apliquen.

En el caso de las elecciones generales de España, diferentes estudios han constatado la escasa efectividad de la cuota de bloques (Ortega et al., 2011; Uribe, 2013; Ramírez y López, 2015; Novo-Arbona y Ahedo, 2024). Una situación que parece replicarse en muchas de las elecciones autonómicas (Novo-Arbona y Diz, 2020, 2022) e, incluso, en las municipales (Vergé, 2008; Escobar, 2022). Algo que parece deberse a dos factores que el legislador no parece haber tenido en cuenta a la hora de diseñar el sistema de cuotas: el tamaño de las circunscripciones (Ortega et al., 2011; Ramírez y López, 2015), las características del sistema de partidos (Ortega et al., 2011; Novo-Arbona y Diz, 2022), e, incluso, en los últimos años, la entrada de algunos actores de derecha-radical (Novo-Arbona y Ahedo, 2024).

Finalmente, la efectividad indirecta haría referencia a los estímulos con los que los propios partidos políticos cuentan a la hora de garantizar una mayor presencia de mujeres en sus candidaturas electorales, sobre todo, a la hora de determinar quién ocupa los puestos seguros o de salida.

En esta línea, debemos señalar que el debate sobre la escasa presencia de mujeres en los órganos de representación ya estaba inserto en el debate político-partidista –sobre todo impulsado e implementado a nivel interno por fuerzas de izquierda– antes de la aprobación legal de las cuotas (Vergé, 2006; Trujillo y Oñate, 2020). De hecho, la mayoría de los partidos políticos ya cumplían con la cuota antes de su adopción tanto en las elecciones generales (Novo-Arbona y Ahedo, 2024) como en las autonómicas (Novo-Arbona y Diz, 2022).

Debemos apuntar a que la propia regulación de las cuotas de género parece insertar el issue, el tema, en la competición electoral y partidista. Así las cosas, los partidos políticos y los medios de comunicación terminan situando el tema en la agenda, en el debate político y electoral, reforzando la discusión y el proceso que ya se había iniciado a finales del siglo XX a nivel interno en partidos en el contexto español (Vergé, 2006) e incluso, a nivel europeo (Delgado y Jerez, 2008). Un estado de la competición electoral partidista que puede llevar a los partidos políticos a situar un mayor número de mujeres en sus listas, e incluso en los puestos de salida.

Si tomamos como referencia los resultados de las elecciones al Congreso de los Diputados celebradas en julio de 2023¹¹, podemos observar la cantidad de mujeres que resultaron electas en las candidaturas presentadas por las diferentes

¹¹ Véase la web Infoelectoral del Ministerio del Interior: <https://infoelectoral.interior.gob.es/es/elecciones-celebradas/resultados-electorales/>

fuerzas políticas. Asimismo, podemos llegar incluso a evaluar el impacto máximo – según lo estipulado por la legislación electoral a la hora de elaborar las candidaturas– que hubiesen tenido las dos medidas, tanto la cuota de bloques y como la cremallera.

En la siguiente tabla, se muestra el número y el porcentaje de mujeres electas, el número y porcentaje total de escaños que habrían sido afectados por la cuota de bloques, y el número y porcentaje total de escaños que se habrían visto afectados por la cremallera por partido político.

<i>Candidaturas</i>	<i>Núm. de escaños obtenidos</i>	<i>Mujeres electas</i>		<i>Escaños afectados por la cuota</i>		<i>Escaños afectados por la cremallera</i>	
		<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>	<i>Núm.</i>	<i>%</i>
PP	137	59	43,1	19	13,9	57	41,6
PSOE	121	60	49,6	12	9,9	49	40,5
VOX	33	8	24,2	2	6,1	7	21,2
SUMAR	31	14	45,2	4	12,9	7	22,6
ERC	7	4	57,1	1	14,3	2	28,6
JxCAT	7	3	42,9	0	0,0	2	28,6
EH Bildu	6	3	50,0	0	0,0	2	33,3
EAJ/PNV	5	2	40,0	0	0,0	2	40,0
BNG	1	0	0,0	0	0,0	0	0,0
CC	1	1	100,0	0	0,0	0	0,0
UPN	1	0	0,0	0	0,0	0	0,0
TOTAL	350	154	44,0	38	10,9	128	36,6

Tabla 3. Diferencias entre las mujeres electas y los escaños afectados por la cuota y la cremallera en función de las candidaturas – Fuente: elaboración propia

Si observamos los datos referentes a los dos grandes partidos de ámbito estatal, el PP y el PSOE, podemos decir que ambos son los que más escaños consiguen en las elecciones de julio de 2023 (el PP 137, y el PSOE 121). Asimismo, no es de extrañar que también acumulen el mayor número de mujeres electas. En el caso del PP, son un total de 59 diputadas electas, que suponen un 43,1% del total de los representantes obtenidos. En el caso del PSOE, son un total de 60 diputadas electas, que suponen un 49,6% de los representantes obtenidos. Datos que nos hacen señalar, indudablemente, que estos partidos políticos, cumplen con la idea de paridad –recordemos que la legislación española la situaba en una presencia mínima del 40% de mujeres– en la composición de sus grupos parlamentarios.

Sin embargo, llegados a este punto debemos ser críticos y preguntarnos sobre los factores que pueden estar detrás de estos resultados. Aún más, debemos de preguntarnos si este resultado final, en la cámara baja, puede deberse específicamente a la regulación de las cuotas de género, al establecimiento legal de la presencia mínima de mujeres en las candidaturas o listas electorales presentadas por estos partidos políticos. ¿Son estos porcentajes de mujeres diputadas en los grupos parlamentarios socialista y popular fruto de las limitaciones impuestas por la denominada «cuota de bloques» en la elaboración de las candidaturas? Más aún,

¿podrá la nueva medida de la «cremallera» aumentar la representación descriptiva y la paridad dentro del Congreso de los Diputados?

Por un lado, si observamos los efectos máximos que tuvo la cuota de bloques en las elecciones de julio de 2023 podemos contestar rotundamente que no. En aquellas elecciones, el número de diputadas electas fue de 154, un 44,0%. Se alcanzaba así ese objetivo de la composición paritaria de la Cámara. Sin embargo, no podemos señalar que este número de mujeres electas fuese fruto de las limitaciones impuestas a los partidos políticos a la hora de elaborar sus listas electorales. El aumento de mujeres en el Congreso de los Diputados se debe ligar; más bien, a la voluntad de los partidos políticos por situar a mujeres en los puestos de salida de sus candidaturas.

Si las fuerzas políticas que concurrieron a dichas elecciones hubieran respetado escrupulosamente los dictados de la ley –aplicando la cuota de bloques– a la hora de elaborar sus candidaturas, tan sólo un 10,9% de las representantes electas de la Cámara hubieran sido mujeres. Un resultado final en lo que a la composición paritaria del Congreso de los Diputados se refiere que tampoco alcanzaría ni el mínimo del 40% de haberse aplicado la nueva legislación, o la cremallera. De haberse aplicado estrictamente esta medida de discriminación positiva en la elaboración de las candidaturas, tan sólo un 36,6% de mujeres diputadas electas compondría la Cámara.

Realizando el mismo análisis, pero centrando el foco en cada una de las fuerzas políticas que obtuvieron representación parlamentaria, puede afirmarse que, si el PP y el PSOE hubieran elaborado sus candidaturas en cada circunscripción electoral siguiendo únicamente sus propios criterios, el número final de mujeres diputadas electas habría sido sensiblemente inferior. En el caso del PP, la cuota de bloques tan sólo habría afectado a 19 de sus escaños obtenidos. Es decir, de haberse aplicado estrictamente la cuota de bloques para poder presentar todas sus candidaturas de acuerdo con lo establecido en la legislación electoral, tan sólo un 13,9% del total de sus representantes electas hubieran sido mujeres. Una merma de la cantidad de diputadas electas que, en el caso del PSOE, hubiera sido aún peor. De haberse aplicado estrictamente la cuota de bloques para poder presentar todas sus candidaturas de acuerdo con lo establecido en la legislación electoral, tan sólo un 9,9% del total de sus representantes electas hubieran sido mujeres.

Por otro lado, si observamos los efectos máximos que tendría la nueva medida de la cremallera de haberse aplicado en las elecciones de julio de 2023, podemos señalar que los resultados finales, en lo que a composición equilibrada de hombres y mujeres del Congreso de los Diputados se refiere, tampoco hubieran sido mejores. No podemos negar que la cremallera establecería –en el caso del PP y del PSOE– un suelo mínimo en el número de diputadas electas que se situaría entorno al 40%. Sin embargo, no conseguiría incrementar el número de mujeres que finalmente fueron electas en ambos partidos. De haberse aplicado estrictamente la cremallera para poder presentar todas sus candidaturas de acuerdo con lo establecido en la legislación electoral, tan sólo un 41,6% del total de las representantes electas del PP hubieran sido mujeres. Un resultado aún peor en el caso del PSOE. De haberse aplicado estrictamente la cremallera para poder presentar todas sus candidaturas de acuerdo con lo establecido en la legislación electoral, tan sólo un 40,5% del total de sus representantes electas hubieran sido mujeres.

Estos mismos efectos se reproducen en el caso de Sumar. Mientras que esta fuerza política finalmente consiguió un total de 14 mujeres electas (lo que supone un 45,2% del total de sus representantes en la cámara), de haber aplicado de forma

escrupulosa la cuota de bloques el resultado hubiera sido mucho más exiguo. Del total de 31 escaños conseguidos, tan sólo 4 de ellos hubieran estado ocupados por mujeres (un 12,9% del total). Una merma en la representación descriptiva de las mujeres que también se hubiera dado si, al elaborar y presentar sus candidaturas, dicha fuerza política hubiera aplicado lo estipulado en la nueva normativa. El uso de la cremallera en la elaboración de las candidaturas, lejos de aumentar el número de mujeres diputadas de Sumar, las hubiera reducido a la mitad. Tan sólo 7 de los 31 escaños conseguidos hubiera estado ocupado por mujeres (un 22,6% del total).

Y, curiosamente, estos efectos reductores –y no correctores– de las cuotas de bloques y de la cremallera también se podrían atisbar en un «partido de hombres» como VOX. Aunque este será el partido político de ámbito estatal que un menor número de diputadas electas consiga reunir, tan sólo un 24,2% del total de sus representantes, ni los efectos de la cuota de bloques, ni los efectos de la cremallera serían significativamente mejores. De haber aplicado de forma escrupulosa la cuota de bloques, el número de mujeres electas hubiera sido significativamente menor. Del total de 33 escaños conseguidos, tan sólo 2 de ellos hubieran estado ocupados por mujeres (un 6,1% del total). Una merma en la representación descriptiva de las mujeres que también se hubiera dado si, al elaborar y presentar sus candidaturas, dicha fuerza política hubiera aplicado lo estipulado en la nueva normativa. El uso de la cremallera en la elaboración de las candidaturas presentadas por VOX, lejos de aumentar su cantidad de mujeres diputadas, las hubiera reducido de 8 a 7.

En el caso de los partidos de ámbito no estatal (PANE) los efectos de las medidas tampoco parecen ser muy halagüeños. Sobre todo, entre aquellas fuerzas políticas que cuentan con pocos puestos seguros o de salida, y donde la cabeza de lista tiene una importancia absoluta.

A este respecto, son especialmente significativos los casos de ERC, JxCAT, EH Bildu, EAJ/PNV y CC por ser los PANE que mayor número de mujeres incorporan entre sus representantes electas.

Un 57,1 % de las diputadas electas de ERC, un 42,9% de las de JxCAT, un 50,0% de las de EH Bildu y un 40,0% de las de EAJ/PNV son mujeres. Asimismo, la única representante que consigue CC también es una mujer. Sin embargo, si estos partidos hubieran aplicado la cuota de bloques como requisito indispensable para poder presentar sus candidaturas los resultados finales hubieran sido bien distintos. La cuota de bloques tan sólo hubiera impuesto alguna limitación a la hora de elaborar sus listas electorales a ERC, haciendo posible que una única mujer saldría finalmente electa como diputada. De haberlo querido, los demás partidos hubieran podido situar en los puestos de salida tan sólo a hombres, sin que –en la realidad– la cuota de bloques supusiera limitación alguna.

Desde luego, de haberse aplicado la cremallera los resultados hubieran sido mejores a los producidos por la cuota de bloques; los partidos políticos hubieran tenido mayores limitaciones a la hora de elaborar sus candidaturas e incorporar obligatoriamente un mayor número de mujeres en ellos puestos de salida de sus candidaturas. Sin embargo, de nuevo, los resultados no parecen mejorar el número de mujeres que finalmente resultan electas. De haberse aplicado la cremallera, un 40,0% de las diputadas electas de EAJ/PNV hubieran sido mujeres. Pero, tan sólo un 33,3 % de las de EH Bildu y un 28,6% de las de ERC y JxCAT hubieran sido mujeres.

Por último, debemos señalar a aquellos PANE sobre los que ninguna de las cuotas, ni la de bloques ni la de la cremallera, hubiera tenido efectos. Tanto el BNG como UPN, que cuentan ambos con un único diputado electo, no se verían limitados

por ninguna de las cuotas a la hora de elegir a aquellas personas que integran los puestos de salida o, mejor dicho, la cabeza de sus listas. Algo que nos habla de los escasos e incluso nulos efectos de la nueva medida en ciertos casos.

4. Conclusiones

A pesar de que las cuotas legales tienen como objetivo final terminar con la infrarrepresentación de las mujeres en los órganos de representación en ocasiones, la fórmula elegida por el legislador no termina por surtir los efectos necesarios. Este es el caso de España, en el que el establecimiento de diferentes modelos de cuota no parece ser el factor fundamental en el incremento de la representación descriptiva. La variable ideológica parece seguir jugando un papel clave en este incremento.

La casi nula efectividad de la regulación de bloques de 5 en la elegibilidad había quedado demostrada desde su aprobación y aplicación, cuando el porcentaje de mujeres electas apenas varió respecto a la legislatura anterior. Por tanto, la modificación del modelo de cuota resultaba algo primordial y necesario; sobre todo, con la entrada en el sistema de partidos español de partidos de derecha radical con un discurso poco amistoso hacia las medidas de igualdad entre mujeres y hombres.

El legislador ha optado en esta ocasión por introducir una regulación de cuotas menos flexible que la anterior, algo que limitará aún más la acción de los partidos políticos en la elaboración de las candidaturas. ¿Supondrá esto un incremento cuantitativo real de la presencia de mujeres electas? Según los datos aquí presentados la respuesta es negativa. La nueva cuota aumentará la efectividad respecto a la anterior. Pero, este efecto parece que será asimétrico en función de: a) la fortaleza –electoral y parlamentaria– de los partidos políticos, b) la magnitud de las circunscripciones y, c) el diferente formato de las candidaturas para elegir a diputados y senadores. Una efectividad que puede verse aún más reducida de aplicar el mismo modelo en los demás niveles subestatales.

Así las cosas, la nueva regulación de cuotas legales nos plantea algunos interrogantes sobre los que el legislador deberá estar atento. Por un lado, la necesidad de plantear algún tipo de limitación sobre los puestos seguros y las cabezas de lista. Un elemento que parece ser fundamental a la hora de incrementar realmente la paridad en las cámaras de representantes.

Por otro lado, el legislador deberá también estar atento a las consecuencias que esta nueva regulación pueda tener en el reparto de competencias entre el Estado y las CCAA. La presente investigación muestra como las CCAA han ampliado su margen regulatorio en materia de cuotas con la nueva legislación. Así, la regulación de la cremallera solo se les aplicará de forma supletoria si estas no cuentan con regulación específica de cuota en su ámbito electoral.

En definitiva, veremos si el discurso ideológico y el contagio en la competición político-partidista influye finalmente en la elaboración o modificación de las nuevas posibles leyes electorales autonómicas. Y, por ende, en la implementación de una auténtica democracia paritaria.

Bibliografía

- Aldeguer, B. (2020). Democracia paritaria. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 342-364. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5716>
- Alonso, A. (2016). *El mainstreaming de género en España*. Tirant lo Blanch.

- Álvarez, I. (2012). *Democracia equilibrada versus Democracia representativa*. Congreso de los Diputados.
- Araujo, J.O. (2004). El régimen electoral de las Islas Baleares. *Cuadernos de Derecho Público*, 22-23, 473-479. <https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/735>
- Carmona, E. (2018). Representación política y democracia paritaria. En B. Pendás (Dir.), *España constitucional (1978-2018) trayectorias y perspectivas III* (2601-2615). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Dahlerup, D. (2006). *Women, Quotas and Politics*. Routledge.
- Dahlerup, D. y Freidenvall, L. (1995). Quotas as a “Fast Track” to Equal Representation for Women. *International Feminist Journal of Politics*, 7(1), 26-48. <https://doi.org/10.1080/1461674042000324673>
- Delgado, I. y Jerez, M. (2008). Mujer y política en España: un análisis comparado de la presencia femenina en las asambleas legislativas (1977-2008). *Revista Española de Ciencia Política*, 19, 41-78. <https://recyt.fecyt.es/index.php/recp/article/view/37467>
- Escobar, M.S. (2022). La representación política de las mujeres de origen inmigrante en las candidaturas municipales en España: Un análisis desde la interseccionalidad [Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. E-Archivo. <http://hdl.handle.net/10486/704178>
- Fernández, J.J. y Valiente, C. (2021). Gender Quotas and Public Demand for increasing Women’s Representation in Politics: An Analysis of 28 European Countries. *European Political Science Review*, 13(3), 351-70. <https://doi.org/10.1017/S1755773921000126>
- Lepinard, É. (2016). From Breaking the Rule to Making the Rules: The Adoption, Entrenchment, and Diffusion of Gender Quotas in France. *Politics, Groups, and Identities*, 4(2), 231-45. <https://doi.org/10.1080/21565503.2015.1080616>
- Inman, R.P. y Rubinfeld, Daniel L. (1997). Rethinking Federalism. *Journal of Economic Perspectives*, 11(4), 43-64. <https://doi.org/10.1257/jep.11.4.43>
- Lombardo, E. y Alonso, A. (2020). Gender Regime Change in Decentralized States: The Case of Spain. *Social Politics*, 27(3), 449-466. <https://doi.org/10.1093/sp/jxaa016>
- Meier, P. (2004). The contagion effect of national gender quotas on similar party measures in the Belgian electoral process. *Party Politics*, 10(3), 583-600. <https://doi.org/10.1177/135406880404538>
- Molero, M.P. (2021). *Luces y sombras de las cuotas electorales en la experiencia española contemporánea*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. https://www.te.gob.mx/editorial_service/media/pdf/DHD_Luces_sombras.pdf
- Murray, R. (2012). Parity in France: A ‘Dual Track’ Solution to Women’s Underrepresentation. *West European Politics*, 35(2), 343-361. <https://doi.org/10.1080/01402382.2011.648010>
- Novo-Arbona, A. y Ahedo, U. (2024). La paridad en manos de Vox: un estudio sobre la disminución de diputadas en el Congreso. *IgualdadES*, 10, 73-90. <https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.10.03>
- Novo-Arbona, A. y Diz, I. (2022). Sistemas de partidos, cuotas y representación descriptiva en contextos multinivel. En M. Lois y A. Alonso (Eds.), *Género y política: nuevas líneas de análisis ante la cuarta ola feminista* (109-130). Tirant lo Blanch.
- Novo-Arbona, A. y Diz, I. (2020). Eficacia de las cuotas de género y paridad en las elecciones autonómicas. En C. Ortega, J. Montabes y P. Oñate (Eds.), *Sistemas electorales en España: caracterización, efectos, rendimientos y propuestas de reforma* (283-298). Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Ortega, C.; Torres, J. y Trujillo J.M. (2011). Un estudio de las elecciones al congreso de los diputados de 2008. *Psicología Política*, 42, 117-139.

- Praud, J. (2012). Introduction: Gender Parity and Quotas in European Politics. *West European Politics*, 35(2), 286-300.
<https://doi.org/10.1080/01402382.2011.648007>
- Ramírez, V. y López, A. (2015). Mejora de la paridad de género en el Congreso de los Diputados. *Revista Española de Sociología*, 23, 95-116.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/res/article/view/65375>
- Rose-Ackerman, S. (1980). Risk taking and reelection: does federalism promote innovation? *The Journal of Legal Studies* 9, 593-616.
<https://www.jstor.org/stable/724006>
- Ruiz, A. (2004). El régimen electoral de Andalucía. *Cuadernos de derecho público*, 22-23, 347-358.
<https://revistasonline.inap.es/index.php/CDP/article/view/724/779>
- Serra, R. (2008). La presencia de mujeres en los parlamentos autonómicos. *Revista de Estudios Políticos*, 141, 161-195.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/45125>
- Torres, I. (2009). Las SSTC 12/2008, de 29 de enero, y 13/2009, de 19 de enero, sobre las cuotas electorales: contenido, recepción y consecuencias. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 24, 30-38.
https://bibliotecavirtual.aragon.es/repos/es/catalogo_imagenes/grupo.do?path=3705732
- Trujillo, J.M. y Oñate, P. (2022). Eficacia de las cutas de género y paridad en el Congreso de los Diputados y el Senado. En C. Ortega, J. Montabes y P. Oñate (Eds.), *Sistemas electorales en España: caracterización, efectos, rendimientos y propuestas de reforma* (pp. 95-119). CIS
- Uribe, A. (2013). Las cuotas de género y su aplicación en España: los efectos de la Ley de Igualdad (LO 3/2007) en las Cortes Generales y los Parlamentos Autonómicos. *Revista de Estudios Políticos*, 160, 159-197.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RevEsPol/article/view/39860>
- Vergé, T. (2008). Las cuotas voluntarias y legales en España. La paridad a examen. *Revista de Investigaciones Sociológicas*, 123, 123-150.
<https://doi.org/10.5477/cis/reis.123.123>
- Vergé, T. (2006). Mujer y Partidos Políticos En España: Las Estrategias de Los Partidos y Su Impacto Institucional, 1978-2004. *Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, 115(06), 165-196.
<https://doi.org/10.2307/40184770>
- Vickers, J. (2019). The gender and federalism research field: past, present and future. En J. Kincaid (Ed.), *A research agenda for Federalism Studies* (pp. 117-128). Edwar Elgar.
- Walby, S. (2015). *Crisis. Polity*.
- Weaver, R.K. (2020). Policy Dynamics in Federal System: A Framework for Analysis. *Publius: The Journal of Federalism*, 50(2), 157-187.
<https://doi.org/10.1093/publius/pjaa003>

Anexo de jurisprudencia y legislación

- Auto del Tribunal Constitucional 5/2003, de 14 de enero de 2003.
- Auto del Tribunal Constitucional 71/2003, de 26 de febrero de 2003.
- Auto del Tribunal Constitucional 331/2006, 26 de septiembre de 2006.
- Auto del Tribunal Constitucional 359/2006, de 10 de octubre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 12/2008, de 29 de enero de 2008 (BOE núm. 52, de 29 de febrero de 2008).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 13/2009, de 19 de enero de 2009 (BOE núm. 38, de 13 de febrero de 2009).

- Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2011, de 31 de marzo de 2011 (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2011).
- Directiva (UE) 2022/2381 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de noviembre de 2022 relativa a un mejor equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas (DOUE L 315/44, de 7 de diciembre de 2022).
- Ley de Cantabria 5/1987, de 27 de marzo, de Elecciones al Parlamento de Cantabria (BOCT núm. 67, de 3 de abril de 1987).
- Ley 11/2002, de 27 de junio, de modificación de la Ley 5/1986, de 23 de diciembre, Electoral de Castilla-La Mancha (BOE núm. 169, de 16 de julio de 2002).
- Ley 6/2002, de 21 de junio, de modificación de la Ley 8/1986, de 26 de noviembre, Electoral de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears (BOE núm. 170, de 17 de julio de 2002).
- Ley 9/2003, de 2 de abril, para la igualdad entre mujeres y hombres (BOGV núm. 4474, de 04 de abril de 2003).
- Ley 4/2005, de 18 de febrero, para la Igualdad de Mujeres y Hombres (BOPV núm. 42, de 2 de marzo de 2005).
- Ley 5/2005, de 8 de abril, por la que se modifica la Ley 1/1986, de 2 de enero, Electoral de Andalucía (BOE núm. 117, de 17 de mayo de 2005).
- Ley 1/2010, de 26 de febrero, canaria de igualdad entre mujeres y Hombres (BOC núm. 45, de 5 de marzo de 2010).
- Ley 8/2011, de 23 de marzo, de Igualdad entre mujeres y hombres y contra la violencia de género en Extremadura (BOE núm. 88, de 13 de abril de 2011).
- Ley 17/2015, de 21 de julio, de igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 215, de 8 de septiembre de 2015).
- Ley 2/2019, de 7 de marzo, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (BOCT núm. 5, de 08 de marzo de 2019).
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña (BOE núm. 172, de 20 de julio de 2006).
- Ley Foral 33/2002, de 28 de noviembre, de Fomento de la Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres de Navarra (BON núm. 150, de 13 de diciembre de 2002).
- Ley Foral 17/2019, de 4 de abril, de igualdad entre Mujeres y Hombres (BON núm. 71, de 11 de abril de 2019).
- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE núm. 147, de 20 de junio de 1985).
- Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres (BOE núm. 186, de 02 de agosto de 2024).

¿Pueden amnistiarse los delitos de terrorismo? Una reflexión a partir del caso Tsunami Democràtic, la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía y el concepto sociológico de terrorismo*

Is it possible to grant amnesty for terrorism-related crimes? A reflection grounded in the Tsunami Democràtic case, Organic Law 1/2024 on Amnesty and the sociological concept of terrorism

David Gallego Arribas
 Universidad Autónoma de Madrid
 ORCID ID 0000-0002-5166-1090
david.gallegoa@uam.es

Cita recomendada:

Gallego Arribas, D. (2025). ¿Pueden amnistiarse los delitos de terrorismo? Una reflexión a partir del caso Tsunami Democràtic, la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía y el concepto sociológico de terrorismo. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 172-192.
 DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9849>

Recibido / received: 26/12/2024
 Aceptado / accepted: 26/09/2025

Resumen

El carácter amnistiable o no de los delitos de terrorismo continúa siendo objeto de debate, especialmente tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2024 de amnistía, que excluye de sus beneficios aquellos actos de terrorismo según la Directiva (UE) 2017/541, si estos implican graves violaciones de derechos humanos o vulneran el derecho internacional humanitario. La ley parece así distinguir diferentes modalidades de terrorismo, algunas de las cuales sí podrían ser

* Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas. Profesor ayudante en el área de Derecho penal de la Universidad Autónoma de Madrid.

amnistiables. Esta distinción entre diversos tipos de terrorismo también puede apreciarse en la investigación de los hechos vinculados al caso *Tsunami Democràtic*. Aunque el caso ha sido archivado por un defecto procesal, al tiempo que la constitucionalidad de la amnistía ha sido avalada por la sentencia del Tribunal Constitucional 137/2025, persiste la pregunta de si, en el fondo, ciertas acciones podrían haber sido consideradas terrorismo bajo la normativa penal y si, en tal caso, podrían haberse beneficiado de la amnistía. Este artículo trata de dar una respuesta a estos dos últimos interrogantes, señalando cómo se trata de problemas derivados de la existencia de un concepto jurídico de terrorismo extremadamente amplio y disfuncional.

Palabras clave

Ley Orgánica 1/2024, Amnistía, Directiva (UE) 2017/541, Terrorismo, STC 137/2025

Abstract

The question of whether terrorism-related offenses can be subject to amnesty remains a matter of ongoing debate, particularly following the enactment of Organic Law 1/2024 on Amnesty. This law excludes terrorist acts from its benefits, if they involve serious human rights violations or breach international humanitarian law. Therefore, it remains a possibility that some acts of terrorism could be amnestied. Likewise, the investigation related to Tsunami Democràtic Case also highlights the existence of different types of terrorism. Although the case has been dismissed on procedural grounds, and the constitutionality of amnesty has been upheld by Constitutional Court Judgment 137/2025, the question remains as to whether certain actions could, in substance, be considered terrorism under criminal law—and whether such actions would be eligible for amnesty. This article seeks to address these two questions, arguing that they arise from the existence of an extremely broad and dysfunctional legal concept of terrorism.

Keywords

Organic Law 1/2024, Amnesty, Directive (EU) 2017/541, Terrorism, STC 137/2025

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Los distintos tipos de terrorismo en la Ley Orgánica de amnistía. 2.1. Contraposición entre el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541 y el art. 573 CP. 2.2. Implicaciones en el ámbito de exclusión de la Ley Orgánica de amnistía. 2.3 Teoría de la cooperación en contextos de recursos comunes. 3. Concepto jurídico-penal de terrorismo en sentido nuclear o restringido. 3.1. El terrorismo como violencia subversiva: coacción y provocación al poder. 3.2. Elementos nucleares de los delitos de terrorismo a partir de su lógica psicosociológica. 4. ¿«Terrorismo de baja intensidad»? 4.1. El concepto de terrorismo en el auto de 29 de febrero de 2024 del Tribunal Supremo. 4.2. Crítica a la potencial calificación de los hechos como delitos de terrorismo. 5. Deber de investigar y castigar los delitos de terrorismo: alcance y compatibilidad con la promulgación de amnistías. 6. Conclusión.

1. Introducción

A lo largo de los últimos dos años, el concepto jurídico-penal de terrorismo ha estado de absoluta actualidad jurídica. El 10 de junio de 2024 entró en vigor la Ley Orgánica 1/2024, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña (en adelante, Ley Orgánica de amnistía). Según lo recogido en su art. 2 apartado c), quedan excluidos del beneficio de la amnistía «los actos que por su finalidad puedan ser calificados como terrorismo, según la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo (en adelante, la Directiva (UE) 2017/541) y, a su vez, hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos, en particular las reguladas en los artículos 2 y 3 del Convenio Europeo para la Protección de los

Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y en el derecho internacional humanitario».

De inicio, el precepto es, cuanto menos, jurídicamente llamativo. Ello en la medida en la que, con el objeto de delimitar su ámbito de exclusión, parece distinguir, al menos, hasta cuatro modalidades distintas de terrorismo. Así, como punto de partida de la distinción, hace uso de un elemento subjetivo: las diversas finalidades contenidas en la Directiva (UE) 2017/541, que definirían un primer concepto de terrorismo. Este primer concepto vendría a contraponerse, tácitamente, al contenido en el art. 573 del Código Penal (en adelante, CP) (segundo tipo de terrorismo), donde se definen los delitos de terrorismo a nivel nacional, y que recoge finalidades no previstas la Directiva (UE) 2017/541.

No obstante, ni siquiera todos los actos que pudieran constituir terrorismo bajo la Directiva (UE) 2017/541 quedarían excluidos de la amnistía, sino (requisito cumulativo) únicamente aquellos que hayan causado graves violaciones de los derechos humanos. De esta manera, el primer tipo de terrorismo ha de entenderse subdivido en dos subtipos distintos, en función de si los actos subjetivamente terroristas (esto es, subsumibles bajo alguna de las finalidades recogidas en la Directiva (UE) 2017/541) constituyen graves violaciones de los derechos humanos (subtipo número uno, expresamente no amniable) o no (subtipo número dos, que no queda expresamente excluido del beneficio de la amnistía). Finalmente, el precepto cierra con una referencia a un último tipo de terrorismo, aquel que se desarrolla en el marco de un conflicto armado y que vulnera el derecho internacional humanitario (en adelante, DIH), excluyéndolo de manera expresa de la amnistía.

A este respecto, no resulta extraño que uno de los argumentos que se daba en el recurso de inconstitucionalidad 6436/2024, interpuesto contra la Ley Orgánica de amnistía, versara, precisamente, sobre la dicotomía existente entre un terrorismo que constituye graves violaciones de los derechos humanos y otro que no lo haría. A juicio de los recurrentes, se trataría de una distinción inconciliable con la Directiva (UE) 2017/541, que extendería la obligación de adoptar sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias respecto de todos los delitos de terrorismo. Si bien la reciente sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 137/2025, de 26 de junio, avaló la constitucionalidad de la Ley Orgánica de amnistía¹, no terminó de dar una respuesta definitiva a si realmente existiría un terrorismo amniable que se opusiera a otro no amniable.

Asimismo, en lo que a dicha distinción se refiere, no puede desconocerse la relación entre, por un lado, el modo en el que se encuentra redactado el mencionado art. 2.c) de la Ley Orgánica de amnistía y, por otro, la apertura en su momento por parte de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de una investigación, entre otros, a Carles Puigdemont por delitos de terrorismo². La atención se puso en los hechos

¹ En cualquier caso, no puede dejar de señalarse que hubo determinados preceptos de la Ley Orgánica de amnistía que fueron declarados inconstitucionales. Por un lado, se declaró la inconstitucionalidad parcial de su art. 1.1, en la medida en la que vulneraría el art. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE) al extender el beneficio de la amnistía únicamente a los «actos cometidos con la intención de reivindicar, promover o procurar la secesión o independencia de Cataluña, así como los que hubieran contribuido a la consecución de tales propósitos». Tal y como se dispone en su fundamento jurídico 8.3.5, las disposiciones de la Ley han de entenderse aplicables, con las mismas condiciones, límites y requisitos que sus normas establecen, a quienes realizaron los actos amniables con la finalidad de oponerse a la secesión o independencia de Cataluña o a la celebración de las referidas consultas. Por otro lado, se declaró inconstitucional y nulo el párrafo segundo del apartado 3 del art. 1 de la Ley Orgánica de amnistía, el cual preveía la posibilidad otorgar un efecto *pro futuro* a la amnistía, lo que, a juicio del Tribunal, carece de una justificación objetiva y razonable y resulta, por ello, contrario al art. 14 CE.

² Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2403A).

vinculados al caso «*Tsunami Democràtic*», plataforma impulsada por el sector independentista de la sociedad civil catalana y desde la que se desarrollaron numerosas iniciativas dirigidas a reivindicar la independencia de Cataluña. Concretamente, el auto del Tribunal Supremo, de 29 de febrero de 2024, se focalizaba en el bloqueo del aeropuerto de Barcelona-El Prat, el 14 de octubre de 2019³. En relación con este proceso, nunca llegó a existir un pronunciamiento sobre el fondo, pues la magistrada instructora dictó auto archivando la causa penal por terrorismo. El auto de la magistrada ratifica la decisión de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de invalidar todas las diligencias acordadas en los últimos tres años al haberse prorrogado la investigación el 30 de julio de 2021, 24 horas fuera de plazo⁴. La invalidez de las diligencias (ex. art. 324 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) impidió así dotar de fundamento a la decisión de continuar el procedimiento.

Como puede observarse, a pesar de que tanto el recurso de constitucionalidad como el procedimiento judicial contra Puigdemont por terrorismo se encuentran actualmente resueltos, las cuestiones de fondo permanecen, en cierta medida, abiertas. A saber: ¿hubiera sido jurídicamente posible calificar, *lege lata*, los hechos vinculados a *Tsunami Democràtic* como delitos de terrorismo? De haber sido así, ¿la amnistía podría haber resultado aplicable por tratarse de uno de los terrorismos sobre los que no recae la prohibición de amnistiar? ¿realmente existe un terrorismo amnistiable que pueda contraponerse a otro no amnistiable?

El objetivo de las siguientes páginas será tratar de dar una respuesta a los interrogantes previamente planteados. Para ello, en primer lugar, se analizará la distinción que establece la Ley Orgánica de amnistía entre distintos tipos de terrorismo. A continuación, se hará referencia a lo que aquí se ha definido como concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo, el cual será derivado de las características psicosociológicas de la violencia terrorista. En tercer lugar, se examinará el concepto de terrorismo manejado por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, contraponiéndolo con el concepto jurídico-penal nuclear previamente construido. Por último, se analizará la respuesta que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) dio en su sentencia 137/2025 al argumento referido a la vulneración del deber de imponer sanciones proporcionadas respecto de los delitos de terrorismo, así como al estado de la jurisprudencia del TEDH en lo relativo a la prohibición de amnistiar las violaciones más graves de los derechos humanos.

2. Los distintos tipos de terrorismo en la Ley Orgánica de amnistía

Uno de los grandes problemas que plantea el análisis del terrorismo es que se trata de un concepto que, en el lenguaje cotidiano, aparece como altamente impreciso. Así lo demuestra, por ejemplo, que en los distintos medios de comunicación de masas se haya hecho uso de expresiones como «terrorismo doméstico o machista», «terrorismo medioambiental», «terrorismo forestal», etc. (Cancio Meliá, 2010, pp. 22-23).

Aunque pudiera pensarse lo contrario, esta situación de indeterminación no es mucho mejor desde la perspectiva jurídica. Hoy en día, el derecho positivo continúa careciendo de un concepto jurídico de terrorismo preciso. Sí existe, no obstante, una estructura de aproximación al fenómeno compartida, tanto a nivel nacional, como regional e internacional. Así, a la hora de definir jurídico-penalmente el terrorismo, el

³ En relación con los hechos, vid. Apartado 4.1. El concepto de terrorismo en el auto de 29 de febrero de 2024 del Tribunal Supremo.

⁴ Véase, auto del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:8686A). Véase también, en relación con otros procesados no aforados, el auto de la Audiencia Nacional 365/2024, de 8 de julio (ECLI:ES:AN:2024:4781A).

derecho positivo parece optar mayoritariamente por un modelo objetivo-subjetivo. De esta manera, la calificación de un hecho como «terrorista» dependerá tanto de la comisión de determinados delitos (aspecto objetivo), como de la presencia de una determinada finalidad (aspecto subjetivo). Esto no solo sucede en la Directiva (UE) 2017/541 y en el Derecho penal español, lo que será objeto de análisis a continuación, sino también en otros países de la Unión Europea como, por ejemplo, Alemania⁵ o Italia⁶, o en algunos de los convenios y tratados suscritos a nivel internacional⁷.

2.1. Contraposición entre el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541 y el art. 573 CP

A los efectos de ir dotando de un contorno a los distintos tipos de terrorismo que parece diferenciar de la Ley Orgánica de amnistía resulta necesario, en primer lugar, contraponer el concepto de terrorismo recogido en el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541, con el contenido en el art. 573 CP. En ambos casos, como ha sido anteriormente señalado, el concepto es construido a partir de una estructura objetivo-subjetiva.

Así, desde una perspectiva objetiva, el apartado 1 del art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541 considera necesaria la comisión de actos intencionados, que, por su naturaleza o contexto, pueden perjudicar gravemente a un país o a una organización internacional. Concretamente, enumera los siguientes: «a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte; b) atentados contra la integridad física de una persona; c) el secuestro o la toma de rehenes; d) destrucciones masivas de instalaciones estatales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, sistemas informáticos incluidos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico; e) el apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías; f) la fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de explosivos o armas de fuego, armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares inclusive, así como la investigación y el desarrollo de armas químicas, biológicas, radiológicas o nucleares; g) la liberación de sustancias peligrosas, o la provocación

⁵ En este sentido, la regulación alemana resulta llamativa. Por un lado, el § 129a (1) StGB (*Bildung terroristischer Vereinigungen*) dispone un modelo exclusivamente objetivo, al considerar organización terrorista a la que se constituye para cometer un delito de: 1. asesinato (§ 211 StGB), homicidio (§ 212 StGB), genocidio (§ 6 VStGB), crímenes de la lesa humanidad (§ 7 VStGB), crímenes de guerra (§§ 8, 9, 10, 11 o 12 VStGB) o; 2. Delitos contra la libertad personal en los casos del § 239a StGB o del § 239b StGB. Por otro lado, el § 129a (2) StGB (*Bildung terroristischer Vereinigungen*) plasmaría un modelo objetivo-subjetivo en el que ya no es suficiente la comisión de una serie de conductas —las recogidas del apartado 1 al 5—, sino, adicionalmente, un determinado ánimo subjetivo, a saber: «intimidar a la población de manera significativa, coaccionar a una autoridad u organización internacional, eliminar o perjudicar significativamente las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales básicas de un Estado o una organización internacional».

⁶ A este respecto, el supuesto italiano difiere del español en que el art. 270 sexies del Código Penal italiano no contiene un listado de delitos que puedan ser considerados terroristas en atención a su finalidad, sino que únicamente refiere un listado de fines a los que dota de dicho carácter. Sin embargo, la jurisprudencia de dicho país ha venido exigiendo una idoneidad de los actos para alcanzar dichos fines lo que puede verse como el establecimiento de un umbral de gravedad objetiva. En relación con esta cuestión, véase Rossi (2023, pp. 1-57).

⁷ Véase, por ejemplo, el art. 1.3 de la Convención para la Prevención y el Combate contra el Terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana. Este define el terrorismo a partir de la concurrencia de un elemento objetivo (entre otros, la comisión de un delito que ponga en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas) y la de un elemento subjetivo («i) intimidar, atemorizar, forzar, coaccionar o inducir a cualquier gobierno, organismo o institución pública en general, o a cualquier segmento de aquellas, a hacer o abstenerse de hacer cualquier acto, o a adoptar o abandonar un punto de vista determinado, o a actuar de acuerdo con ciertos principios; ii) interrumpir cualquier servicio público, la prestación de cualquier servicio esencial para la población o crear una emergencia pública [...]»).

de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; h) la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas; i) la interferencia ilegal en los sistemas de información a tenor del artículo 4 de la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 3 o apartado 4, letras b) o c), y la interferencia ilegal en los datos a tenor de su artículo 5, en los casos en los que sea de aplicación su artículo 9, apartado 4, letra c); y, j) la amenaza de cometer cualquiera de los actos enumerados en las letras a) a i)».

Junto al requisito anterior, el apartado 2 del art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541 recoge, como condición adicional para que los actos sean calificables de terrorismo, que se hubieran cometido con alguno de los siguientes fines (aspecto subjetivo): «a) intimidar gravemente a una población; b) obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo; c) desestabilizar gravemente o destruir las estructuras políticas, constitucionales, económicas o sociales fundamentales de un país o de una organización internacional».

De la misma manera, también el concepto jurídico de terrorismo presente en el ordenamiento penal español es construido a partir de una perspectiva objetivo-subjetiva. Así, el apartado primero del art. 573 CP establece que son delitos susceptibles de ser considerados delitos de terrorismo (aspecto objetivo) «[...] cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías [...]». A lo anterior han de añadirse, como señala el apartado segundo del art. 573 CP, «los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quater»; de otro lado, como indica el apartado tercero del art. 573 CP «el resto de los delitos tipificados en este Capítulo»⁸.

Como condición adicional necesaria, y al igual que sucedía con la Directiva, la calificación como delito de terrorismo requiere que se lleve a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades (aspecto subjetivo): «[...] 1.^a Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo. 2.^a Alterar gravemente la paz pública. 3.^a Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional. 4.^a Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella».

Como se puede percibir, existen bastantes similitudes entre uno y otro concepto. Sin embargo, no son idénticos, pues también pueden apreciarse

⁸ Como indica Fernández Hernández (2024, pp. 34-35), esto incluye: «el delito de depósito de armas o municiones y de tenencia o depósito de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o de sus componentes, así como su fabricación, tráfico, transporte o suministro y la mera colocación o empleo de tales sustancias (art. 574 CP), el autoadiestramiento, autoadoctrinamiento y los viajes con fines terroristas (art. 575 CP), la financiación del terrorismo (art. 576 CP), la colaboración con organización, grupo o elemento terroristas (art. 577 CP), el enaltecimiento o justificación de los delitos de terrorismo y la humillación, menosprecio o descrédito de las víctimas del terrorismo o de sus familiares (art. 578 CP), así como las incitaciones indirectas y actos preparatorios punibles de los anteriores tipos (art. 579 CP)».

divergencias entre ellos, tanto en el elemento subjetivo (los fines perseguidos por el autor), como en el elemento objetivo (los actos que, por el bien jurídico vulnerado, pueden constituir delitos de terrorismo). En relación con el listado de finalidades típicas, el art. 573 CP es más extenso que el contenido en el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541, como lo demuestra la referencia a la grave alteración de la paz pública o a la provocación de un estado de terror en la población. Del mismo modo, el art. 573 CP también es más amplio desde una perspectiva objetiva, como evidencia el que resulten potencialmente calificables de delitos de terrorismo, por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual o los delitos contra el patrimonio, conductas no recogidas en el art. 3 de aquella⁹.

2.2. Implicaciones en el ámbito de exclusión de la Ley Orgánica de amnistía

La contraposición desarrollada en el apartado anterior permite concluir, y esto es relevante a los efectos del alcance de la Ley Orgánica de amnistía, que siempre que una conducta sea susceptible de ser considerada delito de terrorismo bajo el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541, también lo será bajo el art. 573 CP. Sin embargo, esta misma cualidad no puede predicarse a la inversa. Esto provoca que, tomando como referencia el concepto de terrorismo contenido en el art. 573 CP, no todos los delitos susceptibles de ser potencialmente calificados de «terroristas» desde el plano subjetivo queden expresamente excluidos del beneficio de la amnistía. Así, no quedan expresamente excluidos aquellos cuyo carácter subjetivamente terrorista derive de la finalidad de alterar la paz pública o de causar un estado de terror en la población, pues se trata de finalidades no recogidas en la Directiva (UE) 2017/541.

No obstante, lo anterior tampoco significa que todos los actos cometidos con alguna de esas finalidades resulten amnistiables. En primer lugar, resulta razonable entender que no serán susceptibles de amnistía aquellos actos constitutivos de delitos de terrorismo que puedan reconducirse a otros preceptos de exclusión dentro de la propia Ley Orgánica de amnistía. Así, por ejemplo, como establece su art. 2.a) «[...]los actos dolosos contra las personas que hubieran producido un resultado de muerte, aborto o lesiones al feto, la pérdida o la inutilidad de un órgano o miembro, la pérdida o inutilidad de un sentido, la impotencia, la esterilidad o una grave deformidad [...]».

Menos clara resulta, del literal del art. 2.c) de la Ley Orgánica de amnistía, la posibilidad de extender sus beneficios a otros actos potencialmente calificables como delitos de terrorismo. Así, por un lado, no se hace expresa una prohibición de amnistiar aquellos delitos de terrorismo en los que se hayan cometido actos que hayan causado de forma intencionada graves violaciones de derechos humanos con un resultado distinto a los enumerados en el art. 2.a) de la Ley Orgánica de Amnistía, y que únicamente pudieran considerarse subjetivamente terroristas por alterar la paz pública o crear un estado de terror en la población.

Por otro lado, tampoco se hace expresa la exclusión de aquellos delitos subjetivamente terroristas según el art. 573 CP, pero no así según el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541, que no constituyeran graves violaciones de derechos humanos. Esto es, en este último caso, aquellos actos que, sin suponer graves violaciones de los derechos humanos, alteren la paz pública o creen un estado de terror en la población, siendo así calificables de «terroristas». En este punto, cabe preguntarse si, realmente, estos casos resultan potencialmente calificables de «terrorismo». En relación con ello, considero que un examen de la dinámica

⁹ Un análisis detallado de la mayor amplitud en la tipificación de los delitos de terrorismo periféricos (esto es, los que no son delitos comunes agravados), puede consultarse en Fernández Hernández (2024, pp. 38-42).

sociológica y psicológica del terrorismo resulta muy provechoso a efectos de deducir cuales serían los elementos esenciales que habrían de definirlo, *lege ferenda*, jurídicamente. Una vez llevado a cabo dicho esfuerzo, podrá hacerse una valoración crítica acerca de cómo una definición jurídica de terrorismo cada vez más alejada *lege lata* de dichos elementos esenciales puede avalar un trato diferenciado en el ámbito de la concesión de la amnistía.

3. Concepto jurídico-penal de terrorismo en sentido nuclear o restringido

3.1. El terrorismo como violencia subversiva: coacción y provocación al poder

A pesar de la amplia variedad de finalidades terroristas recogidas en la Directiva (UE) 2017/541 o en el propio art. 573 CP, la doctrina dominante está de acuerdo en entender como elemento nuclear del concepto jurídico-penal de terrorismo el objetivo político o subversivo perseguido¹⁰. Esta finalidad subversiva no ha de entenderse de una manera excesivamente restrictiva, de forma que solo constituirían delitos de terrorismo aquellos en los que se buscara reemplazar completamente al poder establecido. El concepto de subversión es gradual, de manera que el adjetivo «subversivo» también podría emplearse respecto de aquellos actos que buscan influir en la toma de decisiones de un determinado Gobierno sobre cuestiones esenciales relacionadas con la soberanía del Estado¹¹.

Nótese que, siguiendo la definición anterior, desde la perspectiva de la finalidad perseguida, los delitos de terrorismo no diferirían entonces del delito de rebelión (Lamarca Pérez, 1985, p. 216). En este sentido, el art. 472 CP considera reos del delito de rebelión a «los que se alzaren violenta y públicamente para cualquiera de los fines siguientes: 1.º Derogar, suspender o modificar total o parcialmente la Constitución [...] 6.º Sustituir por otro el Gobierno de la nación o el Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o usar o ejercer por sí o despojar al Gobierno o Consejo de Gobierno de una Comunidad Autónoma, o a cualquiera de sus miembros de sus facultades, o impedirles o coartarles su libre ejercicio, u obligar a cualquiera de ellos a ejecutar actos contrarios a su voluntad». Como puede advertirse, la similitud es más que evidente respecto de la fórmula empleada en el art. 573.1ª CP relativa a la finalidad de «subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo».

La diferencia entre una y otra figura ha de encontrarse en el plano objetivo. En el delito de rebelión los actos exteriorizados por el sujeto activo son objetivamente idóneos para alcanzar el fin subversivo de manera directa e inmediata¹². Por el contrario, no sucedería lo mismo en relación con los delitos de terrorismo, donde los

¹⁰ Entre otros muchos, Cancio Meliá (2010, pp. 62, 79, 176); Pawlik, (2008, p. 11); Llobet Anglís (2010, pp. 57 y ss.); Paredes Castañón (2018, p. 183); Pastrana Sánchez (2020, p. 28).

¹¹ Así, Pastrana Sánchez (2020, p. 207), habla del «núcleo decisiones que afectan esencialmente a la existencia, configuración o ejercicio del modelo constitucional o la propia soberanía estatal». Como ejemplo, véase el empleado por Cancio Meliá (2010, p. 187), considerando que el fin subversivo en los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid puede encontrarse en la búsqueda, por parte de Al Qaeda, de un cambio en la política exterior de España.

¹² En este sentido, Pastrana Sánchez (2020, p. 76), señala que el delito de rebelión ha de quedar reservado a aquellos supuestos en los que se hace uso de una *vis* irresistible para tomar el poder público, bastando incluso con una *vis* compulsiva suficiente, por ejemplo, a partir de la mera exhibición de armas. En cualquier caso, esta última apreciación no es pacífica, así, véase relación con la discusión existente sobre este último matiz referido a si cabe hablar de rebelión aun cuando no se haga uso de violencia física, véase, por todos, García Rivas (2020, pp. 295-298), con múltiples referencias sobre si es suficiente con hacer uso de una *vis* compulsiva en el delito de rebelión.

actos se dirigen a alcanzar el objetivo de forma indirecta, ante la incapacidad de subvertir directamente el orden establecido (Waldmann, 1998, p. 35; Cancio Meliá, 2010, p. 68; Paredes Castañón, 2010, pp. 192-197). Y es que, desde una perspectiva sociológica, el terrorismo queda caracterizado como una estrategia de comunicación en la que la violencia se encuentra dirigida a desencadenar determinadas respuestas psicológicas en la población¹³. Para ello, se sirve de las víctimas directas de sus actos, que resultan instrumentalizadas frente a distintos colectivos dentro de la sociedad (Waldmann, 1998, pp. 12, 17).

En este sentido, resulta frecuente distinguir hasta tres destinatarios diferenciados del «mensaje» que busca transmitir el terrorismo: en primer lugar, aquellas personas a las que se caracteriza como «enemigos» por pertenecer o apoyar al Estado que se busca subvertir (Cancio Meliá, 2010, p. 71); en segundo lugar, el grupo compuesto por aquellos «terceros a los que se pretende interesar», esto es, aquel sector del que, por la coincidencia en sus reivindicaciones, se pretende extraer legitimidad en el uso de la violencia (Münkler, 2002, pp. 101-102; Waldmann, 1998, pp. 12, 31). Por último, también se encontraría el propio Gobierno o poder constituido.

Los efectos que cada acto de violencia intentaría originar y el mensaje que buscaría transmitir varían en función de cada uno de los destinatarios señalados. En el primero, el objetivo es generar una sensación de miedo, de desconfianza en cuanto a la capacidad del Estado de asegurar la vigencia de los derechos fundamentales (Waldmann, 1998, pp. 12, 30; Reinares Nestares, 1998, p. 141). Se busca que cada individuo experimente una sensación de indefensión, que se auto perciba como una víctima potencial (Llobet Anglís, 2010, pp. 69-70), de manera que acabe demandando al Estado una cesión a las pretensiones del terrorismo. La labor de los medios de comunicación en relación con este efecto es esencial a la hora de maximizar el impacto en la psique del ciudadano respecto de la amenaza que realmente representa (Waldmann, 1998, pp. 56-57, 60; Reinares Nestares, 1998, pp. 15-16, 39, 54).

Distintos son los efectos que trata de desencadenar el terrorismo en el segundo de los colectivos. Respecto de los individuos que integran este grupo lo que se busca es movilizarlos a la lucha activa contra el opresor (Waldmann, 1998, pp. 12, 31). Lo anterior se conseguiría, principalmente, mediante la selección de las víctimas directas de los ataques, limitándolos a quienes, por ser identificables como miembros del Estado que se trata de subvertir, puedan generar una cierta alegría por el mal ajeno (*Schadenfreude*) (Waldmann, 1998, p. 13; Hoffman, 2006, pp. 229-231). Se trata de una característica que, en los últimos tiempos, aparece bastante debilitada en relación con el terrorismo yihadista¹⁴, aun cuando ello no quiera decir que haya desaparecido por completo (Waldmann, 1998, pp. 117-118; Hoffman, 2006, p. 89).

Por último, las víctimas directas de la violencia terrorista también serían instrumentalizadas ante el propio Gobierno. Por un lado, son empleadas como medio con el que transmitir un mensaje claro: si no hay una cesión a sus demandas, «volverá a ejecutarse ese hecho u otro igual de destructivo» (Llobet Anglís, 2010, p. 67). Desde esta perspectiva, se trataría de una estrategia de coacción que se ve reforzada por las demandas que, en principio, habrían de llegar desde aquel sector de la ciudadanía que se siente intimidado. No obstante, el terrorismo no solo busca coaccionar al Gobierno, también busca «provocarlo»¹⁵, esto es, generar una reacción represiva e indiscriminada que le permita presentar sus distintas actuaciones como «violencia

¹³ Así, Waldmann (1998, pp. 13, 48-49); Reinares Nestares (1998, p. 17); Münkler (2002, p. 101).

¹⁴ Como indica Pawlik (2008, p. 12), ello es así en tanto la definición de enemigo resulta más amplia para este tipo de terrorismo, pues ya no se identifica con una determinada clase política, sino con el estilo de vida occidental, entendido como aquel que no sigue la Sharía como ley fundamental del ordenamiento.

¹⁵ En este sentido, Waldmann (1998, p. 32); Cancio Meliá (2010, p. 61); Pastrana Sánchez (2020, p. 32).

defensiva» (Waldmann, 1998, p. 32; Reinares Nestares, 1998, pp. 85, 159; Münkler, 2002, p. 102). Y es que solo de esta forma lograría una movilización masiva de la población a su favor de manera que pueda llegar a desarrollar un enfrentamiento directo con el Estado (Reinares Nestares, 1998, p. 86; Cancio Meliá, 2010, pp. 67, 130; Pastrana Sánchez, 2020, pp. 35-36).

3.2. Elementos nucleares de los delitos de terrorismo a partir de su lógica psicosociológica

Una vez analizada la dinámica sobre la que se asienta el terrorismo, ha de iniciarse el proceso de traslación de sus características al concepto jurídico. La noción que desde el ordenamiento se construya ha de ser respetuosa con la dinámica anterior, atendiendo a los distintos bienes jurídicos lesionados por aquella, pues de lo contrario se estaría extendiendo un tratamiento penal homogéneo a fenómenos diversos con lesividades diferenciadas.

En este sentido, parece claro que la primera característica que dotaría de contenido al concepto jurídico-penal de terrorismo sería la lesión inmediata de determinados bienes jurídicos como medio de subversión de un bien jurídico ulterior: el propio orden constitucional¹⁶. De este modo, lo primero que configuraría el concepto de terrorismo es la comisión de determinados delitos, si bien resulta necesario determinar si cualquier tipo de delito puede, por su finalidad subversiva, convertirse en «terrorista».

Si se atiende al derecho positivo, puede observarse un más que criticable ensanchamiento del listado de delitos que pueden llegar a ser calificados de terroristas¹⁷, como lo demuestra la referencia en el art. 573 CP a, por ejemplo, los delitos contra el patrimonio (¿hurto o estafa terrorista?) o la salud pública (¿tráfico de drogas terrorista?). De esta manera, resulta posible emplear el adjetivo «terrorista» respecto de conductas que poco o ninguna relación tienen con la dinámica sobre la que se asienta el terrorismo (Pastrana Sánchez, 2020, p. 232). Delitos como el hurto o la estafa carecen de un componente de violencia, siquiera de intimidación, idóneo para la estrategia subversiva.

Frente a esta tendencia, parece bastante más razonable sostener que, desde un plano objetivo, los delitos de terrorismo habrían de consistir en la lesión de bienes jurídicos personalísimos como la vida, la integridad física o la libertad de las personas¹⁸. Ello en tanto solo la lesión de estos bienes jurídicos resultaría idónea para producir sobre la población los efectos psicológicos que habrían de conducir al fin subversivo (Llobet Anglís, 2010, p. 77). En cualquier caso, y en atención a la misma lógica, considero que también puede llegar a calificarse de terrorista la lesión a otros bienes jurídicos, en la medida en la que descuenten un futuro peligro concreto para bienes jurídicos personalísimos de los individuos¹⁹. Adviértase que esto último es lo que sucede en la Directiva (UE) 2017/541, cuyo art. 3 recoge como potencialmente

¹⁶ Así, Asua Batarrita (2002, pp. 49, 78), considera que la creación de terror y la alteración de la paz pública serían «finalidades próximas» junto a las que se ubican finalidades ulteriores de carácter político. En un sentido similar, defienden que la alteración de la paz pública o la creación de terror no serían fines en sí mismos, sino medios a partir de los cuales alcanzar el fin político ulterior, Llobet Anglís (2010, pp. 66, 168-169); Cancio Meliá (2016, pp. 53, 60); Pastrana Sánchez (2020, pp. 79, 84, 229).

¹⁷ Un magnífico análisis cronológico de cómo se ha producido este ensanchamiento en el ordenamiento jurídico-penal español puede encontrarse en Fernández Hernández (2024, pp. 18 y ss).

¹⁸ Así, entre otros muchos, cit., p. 260; González Cussac / Fernández Hernández (2008, pp. 39, 48-49); Llobet Anglís (2010, pp. 61, 66, 77-78); Cancio Meliá (2010, pp. 168-170).

¹⁹ Paredes Castañón (2010, p. 172). En la misma dirección, Llobet Anglís (2010, p. 79).

terrorista la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico, pero solo si tiene como efecto poner en peligro vidas humanas.

En consecuencia, no puedo estar completamente de acuerdo con Fernández Hernández cuando señala que «no es preciso, para considerar que un delito de terrorismo vulnera gravemente los derechos humanos el que consista en un acto violento contra bienes jurídicos personalísimos, habida cuenta de que todas las conductas que son calificadas como tales tienen como finalidad posibilitar dichos ataques. De lo que podría inferirse, en consecuencia, que todas ellas atentan, inmediata o mediatamente, contra aquellos» (Fernández Hernández, 2024, p. 24). Por un lado, estoy de acuerdo en que hay actos que pueden considerarse graves en atención a que, de manera mediata, pueden acabar vulnerando gravemente los derechos humanos. Empero, entiendo que ello solo es posible en la medida en la que ese acto pueda ser susceptible de ser actualizado dentro de la propia organización (como sucede con el delito de colaboración²⁰), o por un autor determinado, para lesionar bienes jurídicos personalísimos. Sin este último extremo, no es posible dotar del carácter de grave a la conducta anterior. Así, dudo que pueda predicarse dicho carácter respecto de la comisión reiterada delitos de hurto con un fin subversivo, principalmente, porque difícilmente se podrá alcanzar tal fin a través de aquel medio. En cambio, nada obsta a considerar ese mismo delito hurto como grave si lo hurtado es un material explosivo que se facilita a la organización para colocar un coche bomba en una calle transitada.

De hecho, a partir de la dinámica psicosocial del terrorismo también resulta posible defender, en contra de lo que sucede actualmente en el art. 577 CP donde se reconoce la figura del terrorista individual, que los actos habrían de ser perpetrados en el seno de una organización. Y es que un único individuo, aislado por completo de todo elemento organizativo, difícilmente puede generar una amenaza de reiteración y sistematicidad de los ataques a futuro (Llobet Anglís, 2010, pp. 86-88). La existencia de una organización que trasciende al individuo sí permitiría desplegar dicha sensación sobre la sociedad, pues, aunque uno de sus miembros sea detenido, otro ocupará su lugar²¹. Ello no obsta, y así ha sucedido en los últimos tiempos, a que el

²⁰ En este sentido, la doctrina mayoritaria entiende el delito de colaboración como un tipo en el que se adelanta la barrera jurídico-penal, castigando al sujeto que realiza una aportación a la organización, creando un riesgo ulterior para determinados bienes jurídicos individuales, de manera que, aunque no lesione directamente dichos bienes jurídicos, es idóneo para ser posteriormente actualizado dentro de la organización. Entre otros, Silva Sánchez (2004, pp. 1082-1090); Cancio Meliá (2010, pp. 232-234); Llobet Anglís (2010, pp. 346-347)

²¹ Cancio Meliá (2010, p. 156). Como indica, Asua Batarrita (2002, pp. 51, 80), la existencia de la estructura organizativa permite, con la comisión de cada delito, transmitir la amenaza de comisión de uno nuevo en el futuro, lo que permitiría la generación de terror; de la misma forma, Llobet Anglís (2010, pp. 63, 69, 71), destaca que sin el componente organizativo no resulta posible hablar de un «pronóstico de repetición objetivamente constatable» que permita generar una sensación de terror en la ciudadanía. En el mismo sentido de los anteriores, Pastrana Sánchez (2020, pp. 59, 84, 207).

concepto clásico de organización pueda ser flexibilizado²², llegando incluso a defender el rol de Internet como un equivalente funcional a aquella²³.

Por otro lado, la propia lógica del terrorismo sirve para cuestionar lo apropiado o correcto de mantener un listado de finalidades alternativas a la de la subversión del orden constitucional. La alteración de la paz pública o la provocación de un estado de terror en la población, o en una parte de ella, no representan la finalidad última del terrorismo, sino más bien los medios de los que se vale para alcanzarla (Llobet Anglís, 2010, pp. 66, 168-169; Cancio Meliá, 2016, pp. 53, 60; Pastrana Sánchez, 2020, pp. 79, 84, 229). De hecho, ninguna de esas finalidades alternativas es suficiente, por sí misma, para diferenciar el terrorismo de otros fenómenos limítrofes.

La generación de terror no solo puede encontrarse en la criminalidad organizada común²⁴, sino también, por ejemplo, en los asesinatos en serie. De igual modo, la finalidad de alterar la paz pública, a la que se hace referencia en el auto del TS sobre *Tsunami Democràtic*, aparece como un criterio definitorio bastante deficiente (Cancio Meliá, 2010, p. 186; Llobet Anglís, 2010, pp. 168-169). Esta ha sido definida como el «conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana»²⁵ (Sentencia del Tribunal Supremo 1321/1999, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:1999:5825), fundamento de derecho 2.º) o «las condiciones básicas generales para la convivencia ciudadana, la seguridad en el ejercicio espontáneo de derechos y libertades sin temer por la propia vida» (Asua Batarrita, 2002, p. 79). Así concebida, cabe plantearse si esta protección de la convivencia trasciende, de algún modo, a la función del Derecho penal en su conjunto²⁶, puesto que, de no hacerlo, se trataría de un concepto vacío y tautológico (Cancio Meliá, 2010, p. 186).

Por el contrario, la finalidad de subvertir el orden constitucional sí permitiría dotar de un contorno propio a los delitos de terrorismo²⁷. Mediante el uso de la violencia contra bienes jurídicos personalísimos, el terrorismo cuestiona los mecanismos para la canalización de demandas y resolución de conflictos que el

²² A este respecto, sobre todo a partir del terrorismo yihadista, se ha pasado de una organización vertical, regida por la jerarquía y la subordinación, a una organización en red, en las que estas notas desaparecen a favor de la descentralización, constituyéndose células de menor tamaño, sin que, en ocasiones, haya relación alguna entre ellas. Sobre ello, véase, entre otros, Cano Paños (2009, pp. 12 y ss., especialmente, pp. 17-18), indicando que también esta estructura resulta eficaz a los efectos de proyectar una capacidad de reiteración de los ataques, pues la autonomía entre células y la ausencia de un centro de mando claro hacen su desarticulación mucho más compleja. En cualquier caso, resulta imperativo señalar que la flexibilización del concepto de organización terrorista comienza mucho antes de que el terrorismo yihadista tomara relevancia en España. De hecho, en relación con el llamado entorno de ETA, la flexibilización del concepto de organización puede decirse que comienza con el procedimiento sumario 18/98 del Juzgado Central de Instrucción número 5, origen de la Sentencia de la Audiencia Nacional 73/2007, de 19 de diciembre (ECLI: ES:AN:2007:6248). Como en su momento destacó Garro Carrera (2009, pp. 335-336, 350), se trata de resoluciones en las que el carácter de organización terrorista se atribuye a grupos de personas que llevaban a cabo actos de afinidad ideológica con ETA, al margen de la existencia de conexiones organizativas, de objetivos y/o de planes compartidos con dicha organización.

²³ Como pone de manifiesto Llobet Anglís (2015, pp. 50-54), Internet ofrece la posibilidad de difundir no solo una determinada ideología, sino también, por ejemplo, instrucciones sobre cómo fabricar explosivos, lo que ocasiona un auténtico riesgo de reiteración de los ataques por individuos anónimos.

²⁴ Así, Paredes Castañón (2010, p. 166), considera que esta característica está presente en todo infractor criminal, particularmente en la criminalidad organizada.

²⁵ Sentencia del Tribunal Supremo 1321/1999, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:1999:5825), fundamento de derecho 2.º.

²⁶ En este sentido, al margen de la función inmediata de protección de bienes jurídicos, atribuye al Derecho penal una función mediata de mantenimiento de la convivencia o de la paz social, Molina Fernández (2001, pp. 4-5).

²⁷ Cancio Meliá (2010, pp. 80, 193), defendiendo que los delitos de terrorismo tendrían que encontrarse entre los delitos contra la constitución y no entre los delitos contra el orden público.

Estado de derecho habilita²⁸. Esto último no sucede en la delincuencia organizada, que si bien puede ambicionar cierto poder al margen del Estado (Llobet Anglís, 2010, p. 58), no busca sustituir el poder constituido u obligar, por fuera de los procedimientos instaurados, a realizar un determinado acto al Gobierno (Llobet Anglís, 2010, p. 60).

Como puede advertirse, las cualidades que la violencia terrorista presenta desde el plano psicosociológico apoyan una restricción del desmesurado concepto jurídico de terrorismo actualmente presente en el derecho positivo. En concreto, aquí se aboga por un entendimiento del terrorismo como lesión o puesta en peligro, desde una estructura organizativa, de bienes jurídicos personalísimos con la finalidad de subvertir el orden constitucional vigente por medio de la creación de un estado de terror en la población. De esta manera, el injusto de los delitos de terrorismo quedaría conformado por: i) el injusto perteneciente a la lesión del ordenamiento constitucional como bien jurídico colectivo; ii) el injusto relativo a la lesión de los bienes jurídicos personalísimos de los individuos, al que habría que incorporar el precedente de la instrumentalización de sus víctimas (Cancio Meliá, 2016, p. 53), despersonalizadas y cosificadas ante la sociedad²⁹; iii) la mayor peligrosidad vinculada a la dimensión organizativa³⁰. Todo ello refleja un plus de lesividad que fundamentaría una mayor penalidad de los delitos de terrorismo.

4. ¿«Terrorismo de baja intensidad»?

4.1. El concepto de terrorismo en el auto de 29 de febrero de 2024 del Tribunal Supremo

En primer lugar, y antes de entrar propiamente en la argumentación jurídica empleada, es necesario recordar los hechos probados sobre los que se asentaba el auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024. El 14 de octubre de 2019 una multitud de personas, coordinadas por la plataforma Tsunami Democràtic, se concentró en el Aeropuerto del Prat de Barcelona portando billetes de avión falsos, con el objetivo de bloquear los accesos y salidas del recinto. Esta acción provocó una grave alteración de los servicios aeroportuarios e internacionales, impidiendo el acceso tanto de pasajeros como de tripulaciones y afectando al tráfico aéreo. Como parte de la actuación, se aisló la torre de control y se intentó retener en su interior a los controladores aéreos, con la intención de forzar la paralización del aeropuerto y la cancelación masiva de vuelos. Durante los disturbios, varios agentes de la autoridad desplazados al lugar resultaron heridos de diversa consideración tras recibir el impacto de objetos lanzados por los manifestantes, entre ellos «instrumentos peligrosos y artefactos de similar potencia destructiva a los explosivos, tales como extintores de incendios, vidrios, láminas de aluminio, vallas, carritos metálicos o portaequipajes». Finalmente, un ciudadano francés falleció tras sufrir un infarto en el transcurso de los hechos, sin que los servicios de emergencia pudieran asistirlo a tiempo debido al bloqueo de los accesos al aeropuerto.

²⁸ Cancio Meliá (2010, p. 190); en la misma dirección, Lamarca Pérez (1985, p. 34); González Cussac / Fernández Hernández (2008, pp. 39, 48); Paredes Castañón (2010, pp. 150-151).

²⁹ Asua Batarrita (2002, p. 75); Cancio Meliá (2010, p. 71); Llobet Anglís (2010, p. 83); Pastrana Sánchez (2020, p. 229). Como indica Waldmann (1998, pp. 29-30), la criminalidad ordinaria no poseería ese fragmento de desvalor pues cada acto en concreto no busca generar un impacto psicológico que sirva como estrategia de comunicación; en la misma dirección que el anterior, Hoffman (2006, pp. 36, 61).

³⁰ Cancio Meliá (2010, p. 184); Llobet Anglís (2010, p. 164). Esto no solo se debe, como señalan los autores anteriores, a la fungibilidad de sus miembros; también, como indican González Cussac / Fernández Hernández (2008, p. 56), a que la propia dinámica colectiva dentro de la estructura organizativa reduce el sentimiento de responsabilidad de cada individuo.

A partir del relato anterior, el auto estimaba que los hechos resultaban potencialmente subsumibles en los delitos de terrorismo, en la medida en la que, desde el plano subjetivo, los actos podían considerarse guiados por la finalidad de subversión del orden constitucional y de desestabilización grave de las instituciones democráticas (art. 573.1. 1ª CP). El elemento subversivo que rodeaba todos estos hechos parecía, entonces, ser la clave en la calificación como terrorismo. Y digo parecía, porque lo anterior no queda nada claro cuando se atiende a la argumentación que tuvo que desplegar en lo que a la subsunción de los hechos desde el plano objetivo se refiere. Así, uno de los principales argumentos que se da en el auto reside en la idea de que «el terrorismo [...] no es, ni puede ser, un fenómeno estático, sino que se amplía y diversifica de manera paulatina y constante, por lo que el legislador penal democrático en la respuesta obligada a este fenómeno complejo ha de ir ampliando también el espacio penal de los comportamientos que objetivamente han de ser considerados terroristas»³¹.

En este sentido, los hechos vinculados al movimiento *Tsunami Democràtic* fueron subsumidos dentro del denominado «terrorismo callejero» o «terrorismo de baja intensidad», equiparándolo con la *Kale Borroka*³². Así, se afirmó que este tipo de «terrorismo de baja intensidad» quedaría caracterizado por «descomponer la normal convivencia ciudadana, dificultando con ello que se puedan ejercer adecuadamente los derechos fundamentales recogidos en nuestro orden constitucional». Se afectaría así a la llamada paz pública, concepto que sobrepasaría «el de orden público en el sentido de atacar o resentir el funcionamiento normal de las instituciones y de los servicios, para reflejar supuestos que engloban una tendencia interna intensificada consistente en el propósito de intranquilizar a personas o despertar en ellas inquietud, sobresalto o desasosiego, perturbando e impidiendo de ese modo el pacífico y normal desenvolvimiento del ejercicio de la libertad en las actividades cotidianas o de los derechos o libertades públicas»³³.

4.2. Crítica a la potencial calificación de los hechos como delitos de terrorismo

La subsunción de los hechos anteriormente mencionados en el ámbito de los delitos de terrorismo resulta criticable por distintos motivos. De entrada, porque, a partir de su realidad sociológica, difícilmente puede sostenerse que este «terrorismo de baja intensidad» presente una dinámica que le otorgue una lesividad equiparable a la del terrorismo en sentido estricto. Ello resulta relevante, como ha observado Llobet Anglí, desde la óptica de los principios de proporcionalidad y lesividad. Y es que, aun cuando el art. 573 bis CP modula los marcos penales en atención a los distintos delitos comunes cometidos, no por ello deja de existir una evidente desproporción entre, por ejemplo, la pena correspondiente por un delito de pertenencia a organización criminal o la correspondiente por un delito de pertenencia a organización terrorista³⁴.

Del mismo modo, tampoco considero acertada la equiparación de *Tsunami Democràtic* con el fenómeno de la *Kale Borroka* en lo que la alteración de la paz pública se refiere. De hecho, en atención al relato de hechos probados, todo lo relativo

³¹ Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2403A), fundamento de derecho 3.º.

³² Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2403A), fundamento de derecho 4.º.

³³ Auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2403A), fundamento de derecho 4.º.

³⁴ Como indica Llobet Anglí (2025, p. 9), mientras que en el caso de pertenencia a organización terrorista la privación de libertad puede alcanzar los 15 años para los dirigentes, los 12 para los miembros y los 10 para los colaboradores, en el delito de pertenencia a organización criminal el máximo previsto es de 8, 6 y 5 años, respectivamente.

al caso de *Tsunami Democràtic* encontraría un mejor encaje en el delito de desórdenes públicos del art. 557 CP³⁵. Y es que, como ha venido sosteniendo un determinado sector doctrinal, orden público y paz pública serían conceptos próximos y limítrofes, pero no idénticos (Asúa Batarrita, 2002, p. 79). Concretamente, se trataría de conceptos cualitativamente diferentes: la paz pública haría referencia a un estado de tranquilidad y quietud en el ejercicio espontáneo de los derechos y libertades (González Cussac, 2006, pp. 69-70), de seguridad en su ejercicio sin un temor constante por la propia integridad. Los actos aislados que puedan producir un temor puntual o alterar de manera ocasional el desarrollo de las actividades ordinarias lesionarían el orden público, pero no la paz pública (Asua Batarrita, 2002, pp. 79-80). La dinámica de desarrollo de conductas violentas y reiteradas contra bienes jurídicos personalísimos propia del terrorismo no está presente en los desórdenes públicos. En estos últimos, aun cuando puedan existir conductas violentas que afectan directamente al día a día de las personas, e incluso prolongarse en el tiempo, no se instrumentalizan, de manera indiscriminada, dichos bienes personalísimos (Llobet Anglí, 2025, p. 13).

De este modo, puede dudarse acerca de si los hechos contenidos en el auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024 pueden llegar a lesionar la paz pública, como bien jurídico que trasciende del mero orden público, de un modo más o menos equivalente al fenómeno de la *Kale Borroka*. En este sentido, y más allá de que los medios de actuación difieren sensiblemente³⁶, no puede dejar de obviarse que la mayoría de los supuestos relativos a la *Kale Borroka* versaban sobre actos cometidos en el seno de una serie de organizaciones periféricas a una organización terrorista principal (ETA) que ejercía una violencia de mayor intensidad. Resulta criticable el pretender dar el mismo tipo de trato a un contexto como el catalán, en el que si bien existirían una serie de organizaciones que ejercen una violencia de menor intensidad, no flanquearían a otra de mayor intensidad perpetrada por una organización «principal» (Fernández Hernández, 2024, p. 67; Llobet Anglí, 2025, p. 16). Y es que, aun siendo cierto, como indica Gil Gil (2024, p. 38), que el Tribunal Supremo ha continuado calificando de terroristas los episodios de violencia callejera perpetrados en el País Vasco una vez ETA había cesado su actividad o se encontraba disuelta³⁷, esta interpretación genera, como indica Fernández Hernández, un riesgo evidente de dejar vacío de contenido el art. 557 CP, pues cualquier desorden público de relevancia habría de ser considerado terrorismo, en tanto, en la gran mayoría de ocasiones, alterar gravemente la paz pública, es su propósito principal (Fernández Hernández, 2024, p. 58).

³⁵ De la misma opinión, Llobet Anglí (2025, p. 14). En relación con el art. 557 CP, este precepto castiga con la pena de prisión de seis meses a tres años los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, ejecuten actos de violencia o intimidación: a) Sobre las personas o las cosas; u, b) obstaculizando las vías públicas ocasionando un peligro para la vida o salud de las personas; o, c) invadiendo instalaciones o edificios alterando gravemente el funcionamiento efectivo de servicios esenciales en esos lugares. Asimismo, su apartado segundo prevé que dichos hechos puedan castigarse con la pena de prisión de tres a cinco años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por el mismo tiempo cuando se cometan por una multitud cuyo número, organización y propósito sean idóneos para afectar gravemente el orden público.

³⁶ Como indica Llobet Anglí (2025, p. 16, la *kale borroka* se caracterizó por el uso de materiales explosivos e incendiarios, como seña de identidad, *modus operandi* que se empleó durante cerca de dos décadas. Adviértase la diferencia en duración e intensidad respecto de los hechos relacionados con *Tsunami Democràtic*.

³⁷ En este sentido, véanse las sentencias del Tribunal Supremo 360/2023 de 16 de mayo (ECLI:ES:TS:2023:2280) y 294/2015, de 20 de mayo (ECLI:ES:TS:2015:2349), referenciadas por la autora citada en la nota anterior, como ejemplos de sentencias en las que se sigue viendo a esas organizaciones como idóneas para alterar la paz pública pese a que ETA ya no se encontraba activa o, directamente, disuelta.

5. Deber de investigar y castigar los delitos de terrorismo: alcance y compatibilidad con la promulgación de amnistías

Una vez construido un concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo a partir de su lógica psicosociológica, así como analizada la progresiva ampliación que dicho concepto está sufriendo *lege lata* a partir de la idea de «terrorismo de baja intensidad», es el momento de vincular dicho concepto con la existencia, o no, de una prohibición de ser objeto de amnistía. Como se ha mencionado al inicio de este trabajo, la distinción entre delitos de terrorismo aparentemente amnistiables y otros no amnistiables fue uno de los argumentos esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad 6436/2024. A juicio de los recurrentes, por medio de la introducción de dicha distinción se estaría incumpliendo con la obligación, prevista en el art. 15 de la Directiva (UE) 2017/541, de adoptar sanciones penales eficaces, proporcionadas y disuasorias respecto de todos los delitos de terrorismo³⁸.

El TC, en su reciente sentencia 137/2025, ha rechazado la alegación anterior. De inicio, la desestima formalmente por entender que las normas del Derecho de la Unión Europea no poseen «rango y fuerza constitucionales»³⁹, por lo que no podrían emplearse como estándar de constitucionalidad. En cualquier caso, pese a ello, el TC no dejó de pronunciarse brevemente respecto del fondo de la cuestión. Así, materialmente, entendió que la Ley Orgánica de amnistía no genera una situación de desprotección en los derechos y valores constitucionales recogidos en el art. 15 CE, en la medida en la que su art. 2.a) excluye de su ámbito aplicativo toda conducta que produzca la muerte de una persona o alguna de las lesiones calificadas enumeradas en dicho precepto⁴⁰.

En cualquier caso, según el propio TC, en relación con el deber de garantizar⁴¹ y asegurar el disfrute de los derechos contenidos en el art. 2 (derecho a la vida) y 3 (derecho a la integridad física) del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH), «no existe ninguna prohibición categórica de aplicar la amnistía a delitos que afecten a tales derechos. A lo sumo, es necesario que se mantenga el equilibrio entre el interés general que el Estado trata de alcanzar con la aplicación de dicha medida y el interés de los ciudadanos en que la ley siga siendo una garantía

³⁸ Adviértase que esta obligación estatal de enjuiciamiento y castigo de los delitos de terrorismo con penas proporcionadas a la gravedad del hecho está también presente en determinados convenios internacionales. Así, por ejemplo, el art. 4.b) del convenio internacional para la represión de la financiación del terrorismo señala que cada Estado Parte adoptará las medidas que sean necesarias para sancionar esos delitos con penas adecuadas en las que se tenga en cuenta su carácter grave. A nivel africano, el art. 2.a) de la Convención para prevenir y combatir el terrorismo, adoptada por la Organización para la Unidad Africana, recoge el compromiso de los Estados Parte a castigar los actos de terrorismo con penas apropiadas que tengan en cuenta la gravedad de la conducta. De igual modo, el preámbulo de la convención interamericana contra el terrorismo recoge el compromiso de los Estados de prevenir, combatir, sancionar y eliminar el terrorismo.

³⁹ STC 137/2025. Fundamento Jurídico 14.2.2.

⁴⁰ STC 137/2025. Fundamento Jurídico 14.2.2.

⁴¹ En este sentido, es la vertiente positiva de este deber de garantía sobre la que ha construido el TEDH su jurisprudencia referida a la existencia de un deber de investigación, enjuiciamiento y castigo respecto de las violaciones más graves de los derechos humanos. En tanto se trata de una cuestión que no es el foco de este artículo, basta señalar, en apretada síntesis, que la vertiente positiva del deber de garantía obligaría a los Estados a llevar a cabo medidas que garanticen el disfrute de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En los casos de graves violaciones de derechos humanos, el cumplimiento de dicho deber requeriría, necesariamente, de la imposición de un castigo proporcionado al injusto, pues solo este vendría a asegurar la vigencia a futuro de los derechos del convenio. Como puede observarse, se trata de un argumento de corte marcadamente preventivo, lo que permite desarrollar argumentos a favor de su flexibilización en contextos en los que hay otros intereses legítimos que alcanzar, y en los que la prevención se trata de alcanzar complementariamente por otras vías al margen del Derecho penal. Sobre ello, Gallego Arribas (2024, pp. 59-85).

suficiente de protección de la vida y de la dignidad de las personas»⁴². Esto debe leerse conjuntamente con lo dispuesto en otros fundamentos de la sentencia, donde se afirma que «el legislador mantiene una razonable relación de proporcionalidad con los fines que presiden la amnistía otorgada –que son la reconciliación y normalización de las relaciones políticas, sociales e institucionales–, pues circunscribe los efectos o consecuencias de la amnistía a aquellas infracciones que no pueden considerarse particularmente graves desde parámetros que resultan objetivos y razonables»⁴³.

De esta forma, puede decirse que el TC adopta una postura confluyente con la jurisprudencia del TEDH, donde se ha venido afirmando, de manera general, la imposibilidad de que los Estados acudan a amnistías, indultos o penas desproporcionadas por defecto respecto de las graves violaciones a los derechos humanos⁴⁴. Aunque no es para nada sencillo determinar qué ha de entenderse por «violación grave de los derechos humanos»⁴⁵, el TEDH ha determinado que estas se producirían allí donde están en juego valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada⁴⁶. Se trata de una fórmula abstracta que, más allá de una referencia a la necesidad de que los actos sean perpetrados de manera dolosa⁴⁷, ha sido acotada de modo casuístico. Así, requerirían necesariamente de una respuesta penal proporcionada a la gravedad del injusto y la culpabilidad del autor: las violaciones referidas a la vida⁴⁸, tortura y malos tratos⁴⁹, esclavitud y trabajos forzados⁵⁰, e integridad sexual⁵¹. Aunque el listado no es exhaustivo, todas estas conductas tendrían una nota en común: la lesión de bienes jurídicos personalísimos.

No obstante, la propia jurisprudencia del TEDH dista de entender dicha prohibición como absoluta e incondicional, pues en ella pueden encontrarse resoluciones que tienden a flexibilizarla en determinados contextos. Así, en el caso *Dujardin contra Francia*, el TEDH reconoció que una amnistía que incluyera delitos

⁴² STC 137/2025. Fundamento Jurídico 14.1.3., concluyendo que «en la medida en que el art. 2 a) de la Ley de amnistía discierne el tratamiento jurídico que deben recibir las acciones dolosas que desencadenan la muerte de una persona y determinados resultados lesivos en base a un criterio fundado en la gravedad del resultado, no puede afirmarse que sea arbitrario, ni que incurra en un manifiesto desequilibrio al aquilatar la necesidad de defensa de los bienes y valores amparados en el art. 15 CE con los fines perseguidos por la ley».

⁴³ STC 137/2025. Fundamento Jurídico 8.3.4

⁴⁴ Sentencia del TEDH de 2 de noviembre de 2004 (*Abdulsamet Yaman contra Turquía*), § 55; Sentencia del TEDH de 7 de junio de 2018 (*Mocanu y otros contra Rumania*), § 326; concretamente respecto de las amnistías, véase, Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2009 (*Caso Ely Ould Dah contra Francia*), p. 17, indicando que las amnistías se encuentran generalmente prohibidas bajo el prisma del derecho internacional; de igual manera, Sentencia del TEDH de 27 de mayo de 2014 (*Caso Margus contra Croacia*), § 139, afirmando que existe una tendencia cada vez mayor en derecho internacional de encontrar las amnistías como inaceptables en tanto incompatibles con la unánimemente reconocida obligación de los Estados de enjuiciar y sancionar las graves violaciones de los derechos humanos. En lo referido a la suspensión de la pena, Sentencia del TEDH de 20 de diciembre de 2007 (*Nikolova and Velichkova contra Bulgaria*), §§ 59-64. Véase también, Sentencia del TEDH de 8 de abril de 2008 (*Ali and Ayse Duran contra Turquía*), § 69, donde, al hilo de la Ley de Amnistía 4455 de Turquía que preveía la suspensión de la pena impuesta tras la debida investigación y enjuiciamiento, advierte que la suspensión de la ejecución es asimilable a una amnistía parcial, medida que resultaría inadmisibles.

⁴⁵ Lo que desde luego carece completamente de sentido es entender, como hace el auto de 29 de febrero de 2024 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que todos los actos terroristas son graves porque están castigados con una pena grave. Como indica Llobet Anglís (2025, p. 4), se trata de un argumento autorreferencial difícilmente sostenible.

⁴⁶ Entre otras, sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*Caso X e Y contra Países Bajos*), § 27; reiterado en Sentencia del TEDH de 4 de diciembre de 2003 (*Caso M.C contra Bulgaria*), § 150.

⁴⁷ Sentencia del TEDH de 17 de enero de 2002 (*Caso Calvelli y Ciglio contra Italia*), § 51.

⁴⁸ Sentencia del TEDH de 28 de marzo del 2000 (*Caso Kilic contra Turquía*) § 62.

⁴⁹ Sentencia del TEDH de 18 de diciembre de 1996 (*Caso Aksoy contra Turquía*), § 98.

⁵⁰ Sentencia del TEDH de 26 de julio de 2005 (*Caso Siliadin contra Francia*), § 112.

⁵¹ Sentencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 26 de mayo de 1985 (*Caso X e Y contra Países Bajos*), § 27.

como el asesinato no sería, en sí misma, incompatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos, salvo que formara parte de una práctica sistemática destinada a evitar el enjuiciamiento de los responsables⁵². Fuera de ese contexto, el Tribunal avaló la facultad del Estado para equilibrar sus intereses legítimos con los de sus ciudadanos, y confirmó la validez de la amnistía concedida en Nueva Caledonia, al considerarla una medida excepcional orientada a poner fin a los conflictos entre las distintas comunidades de la isla⁵³.

De manera similar, en el caso *Ely Ould Dah contra Francia*, afirmó que, si bien las amnistías se encontrarían generalmente prohibidas, «no se podría excluir la posibilidad de un conflicto entre, por un lado, la necesidad de perseguir los crímenes cometidos y, por otro, la voluntad de reconciliación del cuerpo social de un país»⁵⁴. Más recientemente, una reflexión análoga puede encontrarse en el caso *Margus contra Croacia*, donde, a pesar de referirse a la progresiva tendencia de considerar inadmisibles las amnistías que abarcan las violaciones más graves de los derechos humanos, al mismo tiempo reconoció que estas podrían llegar a ser viables «cuando existen algunas circunstancias particulares, como un proceso de reconciliación», así como la existencia de algún tipo de compensación a las víctimas⁵⁵. En esta sentencia, el TEDH articula conjuntamente los elementos de reconciliación y de garantía de los derechos de las víctimas, que hasta entonces habían aparecido de forma separada en su jurisprudencia previa.

Obsérvese que, en última instancia, la admisibilidad o no de una amnistía que cubriera las graves violaciones de derechos humanos quedaría supeditada, como ha defendido desde la doctrina Ambos, a la superación de un juicio de ponderación en el que se mediría la existencia de intereses legítimos que alcanzar, la idoneidad de las medidas adoptadas por el Estado para satisfacerlos, la existencia de otras alternativas para alcanzarlos, etc.⁵⁶. En cualquier caso, la premisa es que esta se encuentran, e principio, prohibidas, de manera que su admisión sería la excepción y nunca la regla.

Una vez expuesto lo anterior, pueden hacerse una serie de consideraciones en relación con los delitos de terrorismo. En primer lugar, parece claro que respecto de lo que aquí se ha denominado concepto jurídico-penal nuclear de terrorismo, existiría, en principio, una prohibición de ser amnistiado. Ello, al menos, en los delitos comunes agravados, en la medida en la que este concepto descuenta siempre la comisión de delitos contra bienes jurídicos personalísimos de los individuos. El deber estatal de asegurar y garantizar el disfrute de aquellos, unido a que el terrorismo no representaría, en términos de necesidad estatal⁵⁷, una situación equivalente, por

⁵² Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 1991 (Caso Dujardin contra Francia), p. 243.

⁵³ Decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 2 de septiembre de 1991 (Caso Dujardin contra Francia), p. 244; lo referido a la capacidad de ponderación del Estado fue reiterado en STEDH de 11 de diciembre de 2012 (Caso Tarbuk contra Croacia), § 50.

⁵⁴ Decisión del TEDH de 17 de marzo de 2009 (Caso Ely Ould Dah contra Francia), p. 17. En cualquier caso, a continuación, añade que «sin embargo, como el Tribunal ha observado ya, la prohibición de la tortura ocupa un lugar destacado en todos los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos y consagra uno de los valores básicos de las sociedades democráticas. La obligación de perseguir a los criminales no debe, por lo tanto, verse socavada por la concesión de impunidad al autor en forma de una ley de amnistía que pueda considerarse contraria al derecho internacional».

⁵⁵ Sentencia del TEDH de 27 de mayo de 2014 (Caso Margus contra Croacia), § 139.

⁵⁶ Ambos (2008, pp. 75 y ss.); véase también, Lascuraín Sánchez (2013, pp. 242 y ss.).

⁵⁷ Como indica Lascuraín Sánchez (2013, pp. 242-243), la exigencia de una necesidad adicional a la concurrencia de intereses como la verdad o la reparación a las víctimas obedece a que el recurso a las medidas premiales no sería «gratuito» para el Estado, sino que tendría un coste en forma de credibilidad de sus instituciones, de los principios en los que se sustenta, así como de la amenaza que supone la propia pena.

ejemplo, a la existencia de un conflicto armado interno⁵⁸, dificulta enormemente que una amnistía que abarque delitos en los que se lesionan dichos bienes jurídicos pueda superar el mencionado juicio de ponderación. Por ello, parece razonable entender que la Ley Orgánica de amnistía en ningún caso puede extenderse a violaciones graves de los derechos humanos aun cuando la finalidad terrorista sea alguna de las contenidas en el art. 573 CP y no el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541.

Sin embargo, resulta mucho más dudoso que, incluso aun manejando un concepto restrictivo de terrorismo, exista un deber de enjuiciamiento y castigo (del que se derivaría una prohibición de amnistía) respecto de delitos de terrorismo periféricos (por ejemplo, el delito de pertenencia a organización terrorista o de colaboración con esta) en los que lo protegido serían bienes jurídicos abstractos o se estaría ante un adelantamiento de la barrera jurídico-penal tratándose de delitos de peligro respecto de bienes jurídicos. Del mismo modo, también resulta altamente dudoso que dicha prohibición pueda mantenerse aun en los casos en los que, como sucede en el auto del Tribunal Supremo de 29 de febrero de 2024, el concepto de terrorismo se extiende hasta el punto de sustituir la finalidad subversiva por la de alteración de un bien jurídico de naturaleza difusa, como la paz pública, al tiempo que se admite una violencia de menor intensidad lesiva de un catálogo de bienes jurídicos cada vez más amplio. Si se acepta calificar esto como «terrorismo», no debe extrañar que, igualmente, resulte jurídicamente posible otorgar a dichas conductas un trato diferenciado dentro de la Ley Orgánica de amnistía. Y es que, en estos casos, el Estado no tendría tan fuertemente restringida su discrecionalidad punitiva, por lo que, en la medida en la que se persiga una justa causa (en el caso español, la mejora de la convivencia y de la cohesión social), una amnistía que abarque a dichas conductas de baja intensidad sería aceptable.

6. Conclusión

A lo largo de las páginas anteriores se ha tratado de llevar a cabo un análisis del concepto jurídico-penal de terrorismo manejado en el caso Tsunami Democràtic y su relación con la distinción, en la Ley Orgánica de amnistía, entre un terrorismo expresamente excluido de dicho beneficio, y otro respecto del que nada se dice acerca de la posibilidad de beneficiarse de dicha medida.

Para ello, en primer lugar, se ha puesto de manifiesto que el concepto jurídico-penal de terrorismo es más amplio en el derecho positivo español (art. 573 CP) que en el derecho de la UE (art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541). Esto es así tanto en su elemento objetivo (tipos de delitos susceptibles de ser calificados de terroristas) como en su elemento subjetivo (finalidades que permiten calificar los delitos cometidos de terroristas). A partir de lo anterior, se ha señalado como, bajo el art. 573 CP, existirían conductas que, si bien podrían ser calificadas de terrorismo, también podrían ser susceptibles de ser amnistiadas en la medida en la que no se subsumirían bajo el concepto de terrorismo manejado por el art. 3 de la Directiva (UE) 2017/541.

Así, se ha destacado como es este concepto de «terrorismo de baja intensidad» el manejado por el Tribunal Supremo en su auto de 29 de febrero de 2024 para investigar por delitos de terrorismo a la organización Tsunami Democràtic. En lo que a esta calificación se refiere, se ha argumentado que, pese a no desbordar el tenor literal del art. 573 CP, existen buenos argumentos para defender la imposibilidad de subsumir dichos hechos dentro del fenómeno de la violencia terrorista.

⁵⁸ En relación con los motivos que me llevan a afirmar lo anterior, véase Gallego Arribas (2024, pp. 324-348).

De este modo, a partir de su la lógica psicosociológica, se ha abogado por un concepto restringido de terrorismo en la que sus elementos esenciales vendrían definidos por la comisión, desde una estructura organizativa estable, de delitos contra bienes jurídicos de los individuos a los que se instrumentaliza con una finalidad subversiva. Se trata de una propuesta que permite una delimitación efectiva de figuras limítrofes (como los desórdenes públicos) y a la vez respetuosa con determinadas características presentes en el derecho positivo, como su tratamiento punitivo más severo o la pretendida restricción de la posibilidad de acudir a medidas como la amnistía. En este último caso, la especial lesividad fundamentaría la previsión a nivel internacional y regional de una obligación estatal de enjuiciamiento y castigo de los delitos de terrorismo con penas proporcionadas a la gravedad del hecho. De hecho, que la dinámica terrorista se asiente en la lesión de bienes jurídicos personalísimos permitiría afirmar que, al menos en los delitos comunes agravados, el Estado tendría fuertemente limitada su facultad de acudir a medidas premiales como la amnistía en atención a la vertiente positiva del deber de garantía construido en la jurisprudencia del TEDH.

El abandono de este concepto nuclear, a partir de una flexibilización cada vez mayor de sus elementos rectores, no solo lo banaliza, sino que lo convierte en funcional a los propios fines de cualquier tipo de estrategia subversiva. El desarrollo de una política criminal en la que el concepto de terrorismo pierde los elementos que lo definen, manteniéndose unas consecuencias punitivas agravadas, provoca que determinados principios del Estado de derecho, como el de proporcionalidad, se vean vulnerados. Esta erosión en los principios en los que se sustenta el Estado de derecho puede ser empleada por determinados actores como respaldo de afirmaciones referidas a la existencia de un «Estado opresor» que acalla penalmente determinadas reivindicaciones. Asimismo, este ensanchamiento del concepto avala, igualmente, la existencia de una mayor discrecionalidad punitiva del Estado en cuanto al castigo efectivo de dichas conductas, de modo que, en la medida en la que, por ejemplo, se persiga una finalidad de reforzamiento o mejora de la convivencia, una amnistía pueda resultar jurídicamente viable.

Así, solo cabe concluir que, ante esta situación, la distinción entre un terrorismo grave y un terrorismo menos grave representa una venda más en los ojos de un legislador que ignora, consciente o inconscientemente, el elefante en medio de la habitación. Urge, en consecuencia, una reforma del art. 573 CP que impida, o al menos restrinja sensiblemente, la posibilidad de que el concepto jurídico de terrorismo se extienda a fenómenos que, dotados de una reivindicación política, poco o nada tienen que ver con su lógica y dinámica.

Bibliografía

- Ambos, K. (2008). *El marco jurídico de la justicia de transición*. Temis S.A.
- Asua Batarrita, A. (2002). Concepto jurídico de terrorismo y elementos subjetivos de finalidad. Fines políticos últimos y fines de terror instrumental. En Echano Baldasúa, J. I. (Coord.). *Estudios Jurídicos en Memoria de José María Lidón (41-85)*, Universidad de Deusto.
- Cancio Meliá, M. (2016). Concepto jurídico-penal de terrorismo y cese definitivo de la violencia. En Cuerda Riezu, A. (Dir.). *El Derecho penal ante el fin de ETA (45-66)*, Tecnos.
- Cancio Meliá, M. (2010). *Los delitos de terrorismo: estructura típica e injusto*. Reus.
- Cano Paños, M. A. (2009). Reflexiones en torno al «viejo» y al «nuevo» terrorismo. *Revista Española de Investigación Criminológica*, 7, 2009, 1-30.
- Fernández Hernández, A. (2024). ¿Terrorismo amnistiable?. *Revista General de Derecho Penal*, 41, 1-75.

- Gallego Arribas, D. (2024). *La pena y su renuncia en la justicia transicional. ¿Puede trasladarse el fundamento premial a la violencia terrorista?*. BOE.
- García Rivas, N. (2020). Rebelión (Delito de). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 18, 285-310.
- Garro Carrera, E. (2009). Libertad de asociación y terrorismo. Análisis de casos fronterizos. En De la Cuesta Arzamendi, J. L. / Muñagorri Laguía, I. (Dir.). *Aplicación de la normativa antiterrorista (324-353)*, Universidad del País Vasco.
- Gil Gil, A. (2024). Breve análisis de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, *Revista Sistema Penal Crítico*, 5, 1-50.
- González Cussac, J. L. (2006). El Derecho Penal frente al terrorismo. Cuestiones y perspectivas, en Gómez Colomer, J. L. / González Cussac, J.L. (Coords.). *Terrorismo y proceso penal acusatorio (57-127)*, Tirant lo Blanch.
- González Cussac, J. L. / Fernández Hernández, A. (2008). Sobre el concepto jurídico penal de terrorismo. *Teoría y Derecho*, 3, 34-58.
- Hoffman, B. (2006). *Inside Terrorism*. Revised and expanded edition. Columbia University Press.
- Lamarca Pérez, C. (1985). *Tratamiento jurídico del terrorismo*. Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia.
- Lascuraín Sánchez, J. A. (2013). ¿Qué puede olvidar el legislador democrático? (sobre los límites de la amnistía), *Revista Digital de Ciencias Penales de Costa Rica*, 5, 227-263.
- Llobet Anglís, M. (2025). Tsunami Democràtic: ¿terrorismo?. *Revista General de Derecho Penal*, 43, 1-21.
- Llobet Anglís, M. (2015). Lobos solitarios yihadistas: ¿terroristas, asesinos o creyentes? Retorno a un Derecho penal de autor, en VV.AA. *Nuevas Amenazas y desafíos permanentes. El Estado Islámico en el escenario internacional y la regionalización de la seguridad en América Latina (43-63)*, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado.
- Llobet Anglís, M. (2010). *Derecho penal del terrorismo. Límites de su punición en un Estado democrático*. La Ley: Grupo Wolters Kluwer.
- Molina Fernández, F. (2001). *Proyecto docente presentado a la primera prueba del Concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Universidad convocado por Resolución de la Universidad Autónoma de Madrid de 26 de marzo de 2001*.
- Münkler, H. (2002). *The new wars*, Polity Press.
- Paredes Castañón, J.M. (2018) Terrorismo y antiterrorismo como estrategias político-militares, en Pérez Cepeda, A.I. (Dir.). *El terrorismo en la actualidad: un nuevo enfoque político criminal (179-207)*. Tirant lo Blanch.
- Paredes Castañón, J. M. (2010). El «terrorista» ante el Derecho penal: por una política criminal intercultural», en Serrano-Piedecabras Fernández, J. R. / Demetrio Crespo, E. (Dir.). *Terrorismo y Estado de Derecho (137-225)*. Iustel.
- Pastrana Sánchez, M. A. (2020). *La nueva configuración de los delitos de terrorismo*, BOE.
- Pawlik, M. (2008). *Der Terrorist und sein Recht. Zur rechtstheoretischen Einordnung des modernen Terrorismus*, C.H. Beck München.
- Reinares Nestares, F. (1998). *Terrorismo y Antiterrorismo*. (1.ª ed.). Paidós.
- Rossi, F. (2023). L'evoluzione empiricamente e finalisticamente orientata della giurisprudenza penale in tema di terrorismo. *Archivio penale*, 2, 1-57.
- Silva Sánchez, J. M. (2004). ¿«Pertenencia» o «Intervención»? Del delito de «pertenencia a una organización criminal» a la figura de la «participación a través de organización» en el delito, en AA.VV. *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón (1082-1090)*, Tirant lo Blanch.
- Waldmann, P. (1998). *Terrorismus: Provokation der Macht*. Gerling Akademie.

Informantes silenciados. La falta de protección de los agentes externos desde una perspectiva internacional y española*

Silenced whistleblowers. The lack of protection for external agents from an international and Spanish perspective.

Adrián Marcos Grañena**

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID 0000-0003-3669-6612

admarc02@ucm.es

Cita recomendada:

Marcos Grañena, A. (2025). Informantes silenciados. La falta de protección de los agentes externos desde una perspectiva internacional y española. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 193-216.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9850>

Recibido / received: 13/02/2025

Aceptado / accepted: 30/09/2025

Resumen

La estandarización de los sistemas de información sobre infracciones en entes colectivos no solo busca proteger a los informantes de represalias, sino que también supone un ejemplo de la tendencia político-criminal de fomentar al *whistleblower* como un instrumento básico de prevención delictiva. Sin embargo, muchas legislaciones excluyen de su protección a terceros (como víctimas, testigos, estudiantes, consumidores y ONG) que, aunque no están vinculados laboralmente a las organizaciones, pueden acceder a información relevante y estar expuestos a represalias. A través de una revisión crítica de la literatura empírica, este estudio evalúa la idoneidad de dicha exclusión y su impacto en la detección de irregularidades. Los hallazgos sugieren que, aunque desempeñan un rol crucial en la información de irregularidades, su importancia ha sido infravalorada en el ámbito jurídico y académico. Este estudio defiende que la protección debería extenderse a estos sujetos para mejorar la eficacia de los sistemas de información.

* Agradezco especialmente a los profesores Manuel Maroto Calatayud e Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno su constancia a lo largo de la redacción de este texto. Sus estímulos y consejos no solo han contribuido a dar forma a muchos de sus contenidos, sino también a mi formación como investigador. Agradezco también a las personas evaluadoras anónimas de este trabajo sus valiosas observaciones y sugerencias, que me han permitido enriquecer varias de las ideas que aquí desarrollo.

** Investigador predoctoral en formación en el área de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid.



Palabras clave

Protección de informantes, Informantes externos, Represalias, Denuncia de irregularidades, Ley 2/2023.

Abstract

The standardization of reporting channels on wrongdoing in collective entities not only seeks to protect whistleblowers from retaliation, but is also an example of the regulatory tendency to promote the whistleblower as a basic instrument of crime prevention. However, many legislations exclude from their protection third parties (such as victims, witnesses, students, consumers and NGOs) who, although not linked to the organizations, may have access to relevant information and be exposed to retaliation. Through a critical review of the empirical literature, this study evaluates the appropriateness of such exclusion and its impact on the detection of wrongdoing. The findings suggest that, although they play a crucial role in the reporting of wrongdoing, their importance has been underestimated in the legal and academic arenas. This study argues that protection should be extended to these subjects to improve the effectiveness of reporting systems.

Keywords

Whistleblower protection, External whistleblowers, Retaliation, Reporting, Law 2/2023.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La restricción del concepto de *whistleblower* a los actores internos. 3. La protección como incentivo: el papel de los actores externos. 3.1. La investigación sobre motivaciones de los informantes internos como punto de partida. 3.2. La perspectiva emergente de los informantes externos. 4. La ley 2/2023: limitaciones y contradicciones. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Ante las dificultades de responder frente a delitos cometidos en el seno de organizaciones privadas y públicas, son varios los países que han optado por la aplicación privada del Derecho, incluidas las informaciones de fuentes internas y externas, como una alternativa (o complemento) cada vez más importante para la aplicación pública del Derecho (Etienne, 2014). Los organismos públicos encargados de hacer cumplir el Derecho intentan ampliar su ámbito de actuación haciendo partícipes a las diversas redes de gobernanza de los sectores empresariales y a terceros de la sociedad civil, en el marco de una aplicación descentralizada del Derecho (Ayres y Braithwaite, 1992; Nielsen y Parker, 2011; Pautz y Rinfret, 2014).

Las comunicaciones de los informantes¹ son útiles para la detección por parte de los organismos públicos encargados de la aplicación del Derecho, ya que las infracciones empresariales suelen ser difíciles de detectar durante las inspecciones reglamentarias², mientras que otros actores, como los comerciales, pueden tener

¹ Siguiendo la Ley 2/2023, de 20 de febrero, que regula la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, en este artículo se ha optado por utilizar el término «informante». El legislador español ha preferido este término al de «denunciante» empleado en la Directiva (UE) 2019/1937, elección que busca evitar confusiones con la figura del denunciante, definida en nuestro ordenamiento (*vid. p. ej.* el art. 62.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y el art. 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Asimismo, se ha descartado el uso de «alertador» durante el resto del artículo, que apareció en versiones preliminares del anteproyecto de ley, pero que no ha sido adoptado finalmente en la normativa española.

² Procedimientos oficiales realizados por organismos públicos o reguladores para verificar el cumplimiento de leyes, normas y estándares aplicables en determinadas áreas de actividad, como el ámbito mercantil, laboral, fiscal o ambiental. Algunos ejemplos de estos organismos son la Agencia

acceso a información sobre infracciones en los encuentros profesionales cotidianos con los infractores (Kölbel, 2015). Por ello los organismos públicos son cada vez más conscientes de que sus mecanismos de detección pueden complementarse a través de «redes de supervisores» dentro de los sectores empresariales (Dyck et al., 2010; Andrade, 2015; Culiberg y Mihelič, 2017). Los organismos encargados de velar por el cumplimiento del Derecho invitan cada vez más a los informantes a comunicar sus sospechas de infracciones, fraudes o irregularidades a través de portales web especializados y «centros de denuncias»³.

Tanto los investigadores académicos como los profesionales y los actores institucionales son conscientes de que la globalización y la digitalización han ampliado aún más las posibilidades de acceso a información relevante por parte de terceros, lo que hace necesario reconsiderar el alcance del concepto de *whistleblower*. Algunos estudios han señalado que no solo los empleados y antiguos empleados, sino también los auditores, consultores, analistas, contables, sindicatos, estudiantes, clientes o consumidores y, de hecho, todas las partes con acceso a la información de una organización, pueden ser informantes relevantes (Jubb, 1999; Franklin, 2005; Miceli et al., 2008; Dyck et al., 2010; Alleyne, Hudaib y Pike, 2013; Miceli et al., 2014; Andrade, 2015; Etienne, 2015; Culiberg y Mihelič, 2017). En los últimos años la literatura ha comenzado a señalar además a las organizaciones sin ánimo de lucro, los proveedores, competidores, subcontratistas y otros socios de la cadena de suministro como nueva adición al listado de actores a incluir en esta reconsideración del término (Van Erp y Loyens, 2020; Arroyo et al., 2023).

Desde un punto de vista cuantitativo, las estadísticas muestran un incremento del uso estandarizado de los «sistemas de información» o «canales de denuncia» como medio de detección y prevención delictiva en entornos corporativos. Sin ir más lejos, el último Informe Anual del Fondo de Protección al Cliente de 2024, que analiza las actividades del «Programa de Informantes» de la Commodity Futures Trading Commission («Comisión de Negociación de Futuros de Productos Básicos»; en adelante, CFTC)⁴, destacó el impacto de sus iniciativas de protección y educación del consumidor. El Informe indica que, de todas las comunicaciones recibidas⁵, el 42% incluyeron información proporcionada por *whistleblowers* a través de su canal de

Española de Administración Tributaria (en adelante, AEAT) y la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, AESAN) en España; o la Occupational Safety and Health Administration («Administración de Seguridad y Salud Ocupacional»; en adelante, OSHA), la Securities and Exchange Commission («Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos»; en adelante, SEC) y la Environmental Protection Agency («Agencia de Protección del Medio Ambiente»; en adelante, EPA) en Estados Unidos. Estas inspecciones pueden tener un carácter planificado, rutinario o reactivo frente a denuncias concretas, pero muchas veces se limitan a lo que puede observarse de forma directa o documentarse oficialmente, por lo que las denuncias de los informantes pueden aportar información crucial sobre irregularidades que no se detectan por estos medios.

³ Algunos ejemplos son el sitio web de denuncias de la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (https://anti-fraud.ec.europa.eu/olaf-and-you/report-fraud_en), de la Food Standards Agency («Agencia de Normas Alimentarias») en Reino Unido (<https://www.food.gov.uk/contact/consumers/report-problem/report-a-food-safety-or-hygiene-issue>); el portal de fraude de la SEC (<https://www.sec.gov/submit-tip-or-complaint/tcr-disclaimer>), y el portal de denuncias de la EPA (<https://echo.epa.gov/report-environmental-violations>).

⁴ La CFTC es una agencia independiente del gobierno de los Estados Unidos, creada en 1974, cuya principal función es regular los mercados de futuros y opciones en productos básicos, así como proteger a los participantes en estos mercados contra el fraude, la manipulación y las prácticas abusivas. Entre sus programas destacados se encuentra el «Programa de Informantes», establecido en 2010 bajo la Ley Dodd-Frank (vid. el epígrafe siguiente para un mayor desarrollo), que permite denunciar de forma anónima infracciones relacionadas con los mercados regulados, ofreciendo recompensas económicas y salvaguardas contra represalias.

⁵ Estas incluyen comunicaciones de naturaleza muy diversa, que la Comisión categoriza, por ejemplo, a partir de si incluyen análisis de información pública o si se refieren a tipologías de fraude específicas (ej. fraude cometido mediante el uso de criptomonedas y activos digitales).

denuncia: 1.744 comunicaciones provenientes de 64 países, un 14% más que el registro del ejercicio fiscal anterior (CFTC, 2024, p. 8). En el Informe no se detalla la identidad de los informantes ni su relación específica con las entidades denunciadas. Sin embargo, hay indicios de la diversidad de perfiles involucrados, pues se destaca que algunas de las recompensas económicas fueron otorgadas a informantes externos⁶.

Por otro lado, según el último estudio elaborado en 2024 por la *Association of Certified Fraud Examiners* («Asociación de Examinadores de Fraude Certificados»; en adelante, ACFE)⁷, el 43% de 1.921 casos de fraude analizados en 138 países fueron revelados mediante el uso de canales de denuncia, por lo que supone el método más habitual de detección de los casos de fraude (seguido, con un amplio margen, de las auditorías internas -14%- y las revisiones de gestión de la propia organización -13%-). Aunque estos casos son detectados mayoritariamente por empleados (52%), aproximadamente un tercio del total de las comunicaciones proviene de consumidores (21%), proveedores (11%), competidores u otros *stakeholders* externos a la organización (9%). El 15% restante corresponde a las comunicaciones realizadas de manera anónima (ACFE, 2024, pp. 23-24).

Los estudios sobre *whistleblowing*, sin embargo, se han centrado principalmente en los informantes internos: personas con información privilegiada que son miembros (o antiguos miembros) de la organización en la que tiene lugar el comportamiento delictivo. Ello a pesar de que encontramos, como veremos más adelante, diferencias importantes entre ambas categorías en cuestiones fundamentales, como la de qué impulsa a estos actores (internos o externos) a informar. Especialmente cuando no reciben recompensas económicas directas por parte del Gobierno a cambio de sus comunicaciones, como ocurre en los ordenamientos europeos⁸ (Dyck et al., 2010; Butler et al., 2020; Nyrreröd y Spagnolo, 2021).

2. La restricción del concepto de *whistleblower* a los actores internos

Como indica Perinaud (2015), el nacimiento del término *whistleblower* puede situarse en el contexto del movimiento de defensa de los ciudadanos frente a los lobbies empresariales y la delincuencia corporativa en los años 70 en Estados Unidos. En una de las obras seminales al respecto, que recoge las conclusiones de la *Conference on Professional Responsibility* organizada en 1971 por el activista de los derechos de los consumidores Ralph Nader, se definía el *whistleblowing* como «el acto de un hombre o una mujer que, creyendo que el interés público es superior al interés de la

⁶ Durante 2024 se otorgaron un total de 15 recompensas, que superaron los 42 millones de dólares en total, por informaciones asociadas a sanciones monetarias de 162 millones (CFTC, 2024, p. 4). El presupuesto de 3,5 millones de dólares del programa generó así 120 millones de dólares de ingresos para el gobierno; un retorno de inversión estimado en un 3.400%. (CFTC, 2024, p. 28). Entre las recompensas, hay que destacar la información que supuso la dotación más elevada: una recompensa de 18 millones de dólares entregada a un informante que presentó tanto información obtenida de fuentes no públicas como un análisis independiente de la información disponible públicamente (CFTC, 2024, p. 4).

⁷ La ACFE es una organización profesional formada por más de 75.000 miembros de más de 150 países cuyo propósito principal es estandarizar y profesionalizar las prácticas relacionadas con la lucha contra el fraude y la corrupción a nivel internacional a través de la publicación de informes y entrega de certificaciones. Si bien la publicación cuatrianual de estos informes aporta una visión global sobre los procesos de detección y denuncia en los casos de fraude, el enfoque empleado en la muestra no profundiza en un análisis de los factores estructurales o sistémicos que lo propician.

⁸ Como se expondrá más adelante, podemos distinguir dos principales modelos de incentivos para superar las barreras y riesgos asociados a la información de irregularidades. Por un lado, la aplicación de medidas de protección al informante con el fin de crear un entorno seguro que fomente la información; por otro lado, la promesa de recompensas económicas basadas en el dinero recuperado por el Estado.

organización a la que sirve, *toca el silbato* que alerta de que la organización está realizando actividades corruptas, ilegales, fraudulentas o perjudiciales» (Nader et al., 1972, p. vii). Sin embargo, la definición más extendida en los estudios sobre el fenómeno (Kang, 2023) procede de Near y Miceli (1985, p. 4), que describen la información de irregularidades como «la revelación por parte de miembros de la organización (actuales o antiguos) de prácticas ilegales, inmorales o ilegítimas bajo el control de sus empleadores, personas u organizaciones que pueden ser capaces de actuar».

Aun cuando hay cierto consenso de que la *vinculación laboral* implicaría un nivel de vulnerabilidad particular que merece especial protección frente a eventuales represalias⁹, es importante reconocer que los actores externos también pueden desempeñar un papel crucial como informantes. Según la definición de Near y Miceli (1985, p. 4), la distinción entre *información interna* y *externa* de irregularidades se deriva de la identidad del receptor de la información, y no del informante en sí (es decir, se parte de que el informante es miembro de la organización sobre la que informa mediante el uso de un canal de información interno o externo). Por ejemplo, si el informante dirige sus revelaciones a personas de la organización como la alta dirección, el comité de auditoría o los supervisores directos a través de un canal interno de denuncia, se considera *interno*. Si por el contrario el informante se dirige a un organismo externo, como los medios de comunicación, el gobierno o cualquier organismo encargado de hacer cumplir el Derecho, se le considera *externo* (Near y Miceli, 1985; Bouville, 2008). Este enfoque ha sido objeto de crítica en las últimas décadas, y otros autores sugieren clasificar a los informantes como internos o externos en función de la posición desde la que observan el acto ilícito (Dyck et al. 2010; Culiberg y Mihelič, 2017).

Precisamente para distinguir los informantes externos de los internos, Miceli et al. (2014, pp. 72-73) acuñaron una expresión distinta basándose en cuatro elementos clave: *bellringers*. Estos, como informantes externos, tendrían las siguientes características comunes:

(1) la comunicación por parte de personas que no son periodistas ni editores de medios de comunicación (generalmente de forma voluntaria y por iniciativa propia) de información sobre (2) irregularidades percibidas (incluidas omisiones) bajo el control de organizaciones (3) de las que no son miembros (incluidos antiguos miembros o solicitantes de empleo), a (4) partes o entidades que los informantes creen razonablemente que pueden poner fin a la irregularidad o pueden difundir ampliamente la información¹⁰.

Aunque los *bellringers* pueden tener vínculos profesionales indirectos con una organización -presuntamente- infractora, no forman parte de ella de manera directa. Además, no informan a la organización en la que se produce la infracción, sino a una organización externa de la que esperan que pueda poner fin a la infracción. A modo ilustrativo, ejemplos conocidos que podrían calificarse de *bellringers* serían los de

⁹ Entendiendo «represalias», en un sentido amplio, como aquellas medidas medias que puedan afectar tanto al ámbito profesional como al personal del informante (Park y Lewis, 2019): situaciones de acoso, ostracismo, adopción de medidas injustas, ataques personales, descrédito profesional, traslados forzosos, reducciones de jornada, restricción de la promoción, despedidos o suspensión de permisos, vacaciones o licencias. Estas medidas pueden provocar perjuicios, como daños psicológicos, reputacionales o económicos, de manera directa o indirecta (por ejemplo, costes derivados de su defensa ante eventuales ataques, gastos médicos o de asesoramiento).

¹⁰ Los autores especifican que el concepto de *bellringer* se reserva para las conductas indebidas en el contexto de las organizaciones, más que para las conductas indebidas puramente individuales, que quedarían cubiertas por el concepto de *bystander*. Asimismo, reservan el concepto para las denuncias voluntarias, a pesar de las crecientes obligaciones jurídicas de información para los profesionales, como en la normativa contra el blanqueo de capitales.

Harry Markopolos, el competidor de Bernard L. Madoff *Investment Securities LLC* que presentó un extenso informe sobre sus sospechas a la SEC (Van De Bunt, 2010), o el equipo de investigación de la Universidad de Virginia (Thompson et al., 2014) que detectó el fraude del diésel de *Volkswagen* y lo comunicó a la EPA.

La discusión sobre la restricción de la figura del *whistleblower* va más allá del ámbito académico, y, salvo contadas excepciones tanto en el contexto angloamericano como europeo, los ordenamientos jurídicos son por lo general sumamente reticentes a identificar como informante a los actores externos¹¹. Así, en Estados Unidos podemos destacar la *U.S. False Claims Act* (FCA), dirigida contra los defraudadores del Gobierno Federal, aprobada originalmente en 1863, que permite incluso a los ciudadanos particulares presentar demandas *qui tam*¹² o la *U.S. Dodd-Frank Act*, aprobada el 21 de julio de 2010, dirigida a la reforma de la industria de servicios financieros y las agencias reguladoras financieras federales del país, que otorga protección a los informantes que voluntariamente faciliten información sobre conductas inapropiadas, pudiendo obtener una recompensa en forma de parte proporcional de las sanciones monetarias aplicadas. Otro ejemplo es la definición actual de *whistleblower* de la SEC (recogida en la regla §240.21F-2a de sus *Amended Whistleblower Rules*) que establece como *informante* a cualquier «individuo» que «proporciona a la Comisión información por escrito relacionada con una posible violación de las leyes federales (incluida cualquier ley, norma o reglamento sujeto a la jurisdicción de la Comisión) que haya ocurrido, esté en curso o esté a punto de ocurrir» (SEC, 2022, p. 3)¹³.

Por su parte, la Unión Europea también ha aceptado las comunicaciones de actores externos en algunos ámbitos sectoriales, como podemos ver en el Reglamento (UE) 2014/596 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado. El Reglamento, en su artículo 32.4, autoriza a los Estados Miembros a conceder incentivos económicos a todas aquellas personas, incluidos los informantes externos, que ofrezcan información relevante sobre posibles infracciones. En este Reglamento, para la concesión de recompensas, no se exige que el informante tenga una vinculación laboral con la organización, pero sí que no tenga la obligación legal o contractual de informar. Se exige además que la información sea nueva y que dé lugar a la imposición de una sanción administrativa o penal, o a la adopción de otra medida administrativa.

Parece razonable defender que los mismos motivos que justifican la protección de los *whistleblowers* serían aplicables a los *bellringers*, a pesar de que estos últimos hayan recibido menos atención académica y normativa. Tanto unos como otros: a) cuentan con un acceso privilegiado a la información relevante, y b) la comunicación de dicha información les posiciona en una situación de vulnerabilidad ante eventuales represalias por la organización. Ahora bien, en lugar de operar con dos conceptos estrictamente diferenciados, considero más útil adoptar directamente una visión más amplia del informante, sugerida por Dyck et al. (2010) y defendida explícitamente por Culiberg y Mihelič (2017). En última instancia, la cuestión radica en si tiene sentido

¹¹ Así se puede observar en legislaciones como la *Public Interest Disclosure Act* británica de 1998, que expresamente identifica las divulgaciones protegidas con aquellas desveladas por un trabajador; el sistema australiano con la *Corporations Act* de 2001 y la *Taxation Administration Act* de 1953; la *Public Servants Disclosure Protection Act* (PSDPA) en Canadá; la Loi Sapin II francesa de 2016, que define a su «*lanceur d'alerte*»; o, en España las leyes autonómicas que sólo reconocen como denunciante protegido a los empleados públicos (vid. nota 37).

¹² Acciones legales para denunciar el uso indebido o desvío de fondos públicos a cambio del derecho a recibir un porcentaje de los fondos que el Estado recupere si la demanda tiene éxito.

¹³ En la sección de preguntas frecuentes de la página web de la SEC se aclara que «no es necesario ser empleado de la empresa para presentar información sobre esta» (SEC, 2024).

seguir limitando la figura del informante al «contexto laboral», aunque este concepto sea amplio.

3. La protección como incentivo: el papel de los actores externos

Estudiar las experiencias de los actores externos es importante al menos por dos razones. En primer lugar, actualmente apenas podemos encontrar información sobre cómo perciben el proceso, los costes y los beneficios de informar (Culiberg y Mihelič, 2017; Park y Lewis, 2019; Van Erp y Loyens, 2020). En comparación con los internos, pueden percibir que se enfrentan a menos costes sociales y personales en el momento de informar (Dyck et al., 2010), y parecen ser más reacios a hacerlo si no se ven afectados -ya sea de manera directa o indirecta- por la propia infracción (Van De Bunt, 2010; Van Erp y Loyens, 2020, p. 276). ¿Hasta qué punto temen los informantes externos las represalias y la exclusión de las redes empresariales?

Por ejemplo, en industrias como la manufactura automotriz, los proveedores suelen depender de contratos exclusivos con grandes fabricantes. Si un proveedor decide denunciar prácticas ilegales de un cliente importante, podría ser eliminado de la lista de proveedores aprobados no solo por esa empresa, sino también por otras que perciban al informante como poco confiable o desleal. Situaciones similares se dan en mercados profesionales altamente especializados, como la biotecnología, el diseño de alta tecnología o la consultoría financiera, donde a menudo los actores son pocos y las redes profesionales desempeñan un papel central. En tales entornos, un informante externo puede ser excluido de proyectos clave o vetado por otros actores del sector, afectando gravemente su capacidad de operar y de generar ingresos.

Además, en redes comerciales cerradas, donde las relaciones no solo se basan en contratos formales, sino en normas implícitas de lealtad mutua, romper estas reglas al denunciar irregularidades puede conllevar represalias sutiles pero contundentes, como la pérdida de confianza, la denegación de futuras oportunidades o la difusión de rumores que dañen su reputación profesional. Este tipo de represalias, aunque no sean de naturaleza laboral directa, imponen un coste reputacional que actúa como un fuerte desincentivo para informar, perpetuando así el secretismo en estas redes (Gorta y Forell, 1995; Cohen, 2001; Van De Bunt, 2010).

En segundo lugar, los organismos de inspección (como la SEC o la CNMV) temen que la apertura de canales para que las partes del mercado informen genere una sobrecarga de denuncias que no puedan gestionar eficazmente. Etienne (2015) señala que estos organismos suelen mostrarse cautelosos a la hora de promover sistemas que reciben grandes cantidades de informaciones «no solicitadas», es decir, denuncias que no han sido específicamente requeridas por la entidad¹⁴. Esta cautela se debe a dos razones principales: por un lado, gestionar un alto volumen de información no solicitada podría superar la capacidad operativa del organismo, dificultando su labor de aplicación del Derecho; por otro lado, fomentar la información externa de irregularidades podría deteriorar las relaciones de confianza entre los reguladores y las empresas que supervisan, ya que estas podrían percibirlo como una

¹⁴ Por poner un ejemplo, en el Informe mencionado de la CFTC (2024, pp. 8-9 y 28), a pesar de un número récord de comunicaciones y solicitudes de premios procesados en 2024, no se ha mantenido a la par del aumento de comunicaciones y solicitudes de recompensa de los informantes. Teniendo en cuenta que el 42% de todos los asuntos de la CFCT implican a informantes, el reducido número de indemnizaciones concedidas refleja claramente retrasos en la tramitación de las solicitudes de recompensa. Esto evidencia un cuello de botella administrativo que limita la capacidad del programa para responder de manera eficiente, lo que podría provocar un desgaste en la percepción de efectividad del sistema.

invitación a generar conflictos o a exponer públicamente asuntos internos sin un control adecuado.

3.1. La investigación sobre motivaciones de los informantes internos como punto de partida

Aunque la investigación sobre qué motiva a los informantes externos sigue siendo muy limitada, esta cuestión se ha investigado ampliamente en el caso de los informantes internos. Estos estudios nos ofrecen un marco inicial que puede servir como referencia, siempre considerando las diferencias significativas entre ambos grupos. Desde un enfoque teórico, el acto de informar se entiende como un comportamiento prosocial en el que influye una combinación compleja de motivos (Dozier y Miceli, 1985; Gobert y Punch, 2003), entre los que destacan aquellos de naturaleza altruista, deontológica y utilitarista (Kang, 2023).

Todas estas motivaciones pueden entenderse desde un enfoque de coste-beneficio¹⁵ (King y Hermodson, 2000; Feldman y Lobel, 2010; Miceli et al., 2012; Miceli et al., 2014; Engdahl y Larsson, 2015; Smaili y Arroyo, 2019), argumentando que la decisión de informar se basa en un análisis racional de los riesgos (sufrir represalias en un sentido amplio) y beneficios (de corte axiológico, económico o emocional)¹⁶. En otras palabras, el comportamiento prosocial persigue simultáneamente el beneficio de otras personas y el propio; sin embargo, que en una situación específica se consideren más importantes unas motivaciones que otras para informar depende tanto de factores personales como situacionales¹⁷. Adicionalmente, los resultados en los estudios que valoran diferentes modelos de incentivos muestran una tendencia, en buena medida esperable, a que los informantes comuniquen una irregularidad en tanto la perciben como grave (Rothwell y Baldwin, 2006; Feldman y Lobel, 2010; Chen y Lai, 2014) o sistemática (Lee et al., 2020).

Estos estudios destacan además cómo ciertos incentivos específicos pueden influir en grupos demográficos particulares. Así, en el estudio liderado por Feldman y Lobel (2010)¹⁸ sobre los incentivos para informar los autores respaldaron la idea, ampliamente aceptada (Lee et al., 2020; Nicholls et al., 2021), de que los mecanismos de protección de los *whistleblowers* son el aspecto central del fenómeno,

¹⁵ En el estudio de los incentivos de los informantes, una parte significativa de la literatura tiende a separar los modelos explicativos basados en un análisis coste-beneficio de otros enfoques centrados en factores axiológicos (como el deber ético o profesional de denunciar) o emocionales (como la ira o la frustración). Sin embargo, los indicadores axiológicos y emocionales también pueden interpretarse como incentivos positivos (aunque no económicos) que encajan dentro de un marco explicativo racional de la conducta. Esto implica que, aunque la decisión de informar pueda parecer motivada por principios éticos o reacciones emocionales, dichas motivaciones podrían entenderse como elementos que maximizan el beneficio percibido por el informante en términos de satisfacción moral, justicia percibida o alivio emocional. En este sentido, este enfoque integrador permite ampliar la comprensión de las decisiones de los informantes al incluir factores subjetivos y no monetarios como componentes válidos del análisis racional.

¹⁶ Entre ellos podemos destacar tanto el deber de justicia social o profesional, como la creencia de estar actuando correctamente frente a una conducta perjudicial o inmoral (Miethe y Rothschild, 1999); episodios emocionales intensos de ira o resentimiento (Hollings, 2013); o los incentivos financieros, como las recompensas bajo la *False Claims Act* en EE.UU.

¹⁷ Por ejemplo, en cuanto a las recompensas económicas, su efectividad puede variar dependiendo del valor de la recompensa y si estas se combinan con un marco legal que protege eficazmente al informante (Feldman y Lobel, 2010) o si perciben un fuerte respaldo institucional (Dyck et al., 2010).

¹⁸ El estudio utilizó encuestas experimentales administradas a un panel representativo de más de 2.000 empleados en EE.UU. Se evaluaron cuatro mecanismos legales diseñados para incentivar a los empleados a reportar conductas ilegales: medidas de protección, deberes de informar, multas por omisión y recompensas monetarias. La metodología incluyó experimentos controlados en los que se variaban las combinaciones de incentivos para observar su impacto en la disposición de los participantes a reportar.

especialmente cuando no hay ningún incentivo externo de índole económica. Además, los autores apreciaron diferencias significativas de género en cuanto a los incentivos presentados (Feldman y Lobel, 2010, p. 1196). Las mujeres mostraban una mayor disposición a informar cuando se combinaban incentivos de protección con la obligación de denunciar, o cuando sólo se ofrecía protección. Las mujeres de la muestra analizada se preocupaban más por mantener el anonimato tanto en relación con el empleador como con el público. Este hallazgo podría explicarse por una mayor inseguridad laboral experimentada por las mujeres¹⁹, evidente en su mayor propensión a informar de manera anónima y en su dependencia de los mecanismos de protección que, en efecto, parecen influir más en las mujeres que en los hombres a la hora de tomar la decisión de informar (Rehg et al., 2008; Kaplan et al., 2009; Liyanarachchi y Adler, 2011; Prysmakova y Evans, 2020).

Esta diferencia subraya la importancia de considerar cómo los riesgos y beneficios percibidos pueden variar según características individuales y contextuales. Y es que la denuncia de irregularidades no debe entenderse desde una perspectiva psicológica sobre las decisiones individuales de informar, sino que la perspectiva debe ampliarse a la divulgación de la mala conducta corporativa a una «red de monitores» más amplia que haga más justicia al carácter en red de la práctica empresarial moderna (Dyck et al., 2010; Andrade, 2015; Culiberg y Mihelič, 2017). Informar no sólo dependería de los costes y beneficios percibidos por el informante, sino también de su percepción y relación con el infractor y otros actores de la comunidad empresarial.

En consonancia con la *teoría institucional de las organizaciones*²⁰, los informantes están inmersos en un entorno institucional que no solo influye en su comportamiento, sino que también delimita los patrones de acción considerados apropiados en función del contexto (Thornton, Ocasio y Lounsbury, 2012; Rice, 2013). Esta perspectiva resulta particularmente relevante, dado que los canales formales e informales que existen en un campo organizativo condicionan tanto la decisión de informar como las consecuencias de dicha acción. Un campo organizativo, definido como un «área reconocida de la vida institucional» (DiMaggio y Powell, 1983, p. 148), que incluye «proveedores clave, consumidores de recursos y productos, organismos reguladores y otras organizaciones que producen servicios o productos similares».

Inspirándose en la teoría de Bourdieu sobre el *campo*, el *capital* y el *habitus*, Emirbayer y Johnson (2008, p. 2) amplían esta noción al señalar que un campo organizativo no se limita a un solo tipo de organización (por ejemplo, todos los fabricantes de automóviles), sino que incluye todas las entidades involucradas en la actividad (por ejemplo, los fabricantes de automóviles y los proveedores de acero, los concesionarios, los consumidores, las aseguradoras y los organismos gubernamentales locales y federales que regulan la fabricación y el funcionamiento de los automóviles). En el contexto del *whistleblowing*, esto subraya que los informantes no operan de forma aislada, sino que interactúan con un ecosistema complejo donde las relaciones de poder, las normas sociales y los intereses compartidos influyen en la dinámica de la comunicación. Por ejemplo, un proveedor

¹⁹ En cuanto a la interpretación de los resultados de Feldman y Lobel (2010), hay que advertir que, si bien sigue siendo actualmente una de las investigaciones más relevantes al respecto (Kang, 2023), esta resulta limitada sin considerar las dinámicas de poder y las estructuras organizativas que afectan de manera diferente a hombres y mujeres en el entorno laboral (Puni y Hilton, 2020; Kenny y Fanchini, 2024).

²⁰ Marco teórico en sociología que examina cómo las instituciones influyen en las estructuras, prácticas y comportamientos de las organizaciones. Según esta teoría, las organizaciones no solo responden a criterios técnicos o económicos, sino también a presiones sociales, culturales y normativas que buscan legitimidad en su entorno.

que detecta irregularidades en una empresa puede enfrentarse a dilemas éticos y prácticos distintos a los de un empleado, pero ambos están condicionados por el entorno institucional que les rodea.

3.2. La perspectiva emergente de los informantes externos

Dyck et al. (2010), en su análisis sobre casos de fraude en Estados Unidos entre 1994 y 2006²¹, revelaron resultados interesantes: los clientes y competidores de las empresas defraudadoras detectaron el fraude en un 6,3% de los casos, una proporción casi equivalente a la de la propia SEC (7%). Esto muestra que los informantes externos pueden ser tan efectivos como los internos en la detección de irregularidades, en tanto aquellos suelen contar con un volumen de pruebas o testigos comparable al de los informantes internos (Yeoh, 2013, p. 468). Nótese que, atendiendo a este análisis, el grupo formado por proveedores, clientes y competidores tardaron casi la mitad de tiempo que los empleados de la propia organización defraudadora en destapar el caso desde que tenían conocimiento de este: 13,3 meses frente a 20,9 meses (Dyck et. al., 2010, pp. 21 y ss.).

Retomando la perspectiva prosocial de la denuncia, las investigaciones actuales sobre los actores externos no aclaran si también debería considerarse una aproximación relevante, aunque existe cierto consenso en que el *altruismo* desempeña un papel relevante (Bouwman et. al., 2016)²². En el caso concreto de los competidores, De Graaf (2010, pp. 772-775) hipotetiza que las personas ajenas a la organización que informan lo hacen movidas por la voluntad de poner fin a prácticas injustas, inaceptables o perjudiciales. Por su parte, Miceli et al. (2014, pp. 82-87) a lo largo de su análisis de casos, plantean la hipótesis de que tienen como objetivo, al menos en parte, acabar con la competencia desleal. En ese sentido, Van Erp y Loyens (2020, p. 284) sugieren que el interés económico propio, orientado a incapacitar a los competidores que obtienen ventajas económicas saltándose las normas, es la razón más importante para informar, sumado a un fuerte sentimiento de injusticia.

Finalmente, en cuanto al enfoque del campo organizativo, los estudios señalan que la relación entre el informante y la autoridad receptora de la información es importante (Miceli y Near et. al, 2012). La escasa investigación sobre informantes externos dentro de este marco teórico muestra que los clientes que se quejan de una organización y no consiguen una reacción experimentan frustración (Bouwman et al., 2016). Por otra parte, se dice que la retroalimentación hace que los informantes externos se sientan apreciados y tomados en serio, incluso si la información - paradójicamente- no da lugar a una investigación efectiva (De Graaf, 2010, p. 776; Van Erp y Loyens, 2020, p. 275).

La exploración de las relaciones entre los distintos agentes del ámbito organizativo (como competidores del mismo sector empresarial que la organización

²¹ Este estudio analizó 230 casos de fraudes corporativos en EE.UU. entre 1996 y 2004 en empresas con activos superiores a 750 millones de dólares, entre los que se incluían los escándalos de Enron, HealthSouth y World Com. Utilizando bases de datos jurídicas y análisis de medios, identificaron quiénes descubrieron los casos de fraude y analizaron las circunstancias que llevaron a su detección, así como la influencia de las reformas jurídicas. El estudio encontró que reformas como la Ley Sarbanes-Oxley (Ley SOX) de 2002 no incrementaron significativamente el número de informaciones lo que apunta a la necesidad de dotar de mayor eficacia a los mecanismos de protección a los informantes, especialmente en industrias o sectores donde una parte importante de los ingresos de las empresas proviene de contratos con el gobierno (por ejemplo, el contexto sanitario).

²² Estudio sobre pacientes que presentaron denuncia ante la inspección sanitaria neerlandesa. Al exponer los resultados de la investigación, los autores identificaron el deber moral como la principal razón para informar, porque los informantes querían, ante todo, contribuir a la mejora de la calidad de la asistencia sanitaria.

infractora) y de la existencia de normas (compartidas), puede arrojar luz sobre los impulsos y las experiencias de los informantes externos en distintos sectores. La investigación se ha centrado principalmente en las normas sociales que impiden a los empresarios informar sobre otras empresas, debido a una cultura compartida de apoyo mutuo, secretismo y desconfianza general en los organismos de inspección (Gorta y Forell, 1995; Cohen, 2001; Van De Bunt, 2010).

En contextos que se caracterizan por dinámicas de competencia entre actores con una posición similar, a menudo surgen límites informales que dividen a los integrantes del grupo en «los de dentro» y «los de fuera», basados en la confianza mutua o, más frecuentemente, en la desconfianza hacia quienes no pertenecen al círculo interno (Breed, 2007; en Van Erp y Loyens, 2020, p. 272). En estas circunstancias, es común que aquellos que no se alinean con las normas establecidas sean señalados como responsables de los conflictos o problemas del grupo, convirtiéndose en chivos expiatorios (Loyens, 2012). Sin embargo, en contextos individualistas de tipo mercantil, la denuncia de irregularidades tiene como objetivo eliminar a los competidores por interés propio (Verweij et al., 2006, pp. 818-820 y 835).

4. La ley 2/2023: limitaciones y contradicciones

A pesar de la importante contribución de los informantes externos a la detección de irregularidades, estos suelen quedar excluidos de las protecciones legales actuales, lo que genera un desincentivo significativo para que revelen información. Esto, a su vez, limita la eficacia de los sistemas de información como medio de prevención delictiva.

En el caso de España, si bien la figura del *whistleblower* ha adquirido cierta relevancia como medio de detección de tramas de corrupción política²³, sólo recientemente ha tenido reconocimiento jurídico (Rodríguez Yagüe, 2006; Ragués, 2013; Amoedo Barreiro, 2017; Pérez Triviño, 2018; García-Moreno, 2020; Fernández Ajenjo, 2023). Durante la década de 2010, esta figura pasó a formar parte de la agenda política y social de algunas instituciones sociales y partidos políticos, generando iniciativas legislativas a nivel estatal²⁴. Sin embargo, a pesar de que entre los años 2016 y 2017 algunas iniciativas a nivel autonómico²⁵ sí lograron salir

²³ Vid. Ana Garrido en el caso Gürtel o Azahara Peralta en el caso Acuamed. Otro ejemplo reciente es el de Ramiro Grau en el caso Koldo, que precisamente no encaja en la definición habitual de informante, ya que no formaba parte del Ministerio al que se refieren las irregularidades, por lo que se trataría de un informante externo.

²⁴ Vid. en el Boletín Oficial de la Cortes Generales (BOCG, en adelante) la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de Denunciantes presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos (Congreso de los Diputados, 2016); la Proposición de Ley de protección integral de los alertadores presentada por GMx (Congreso de los Diputados, 2019); o la Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción por el Grupo Parlamentario Vox Diputados (Congreso de los Diputados, 2020).

²⁵ Vid. la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, por la que se regulan las actuaciones para dar curso a las informaciones que reciba la Administración Autonómica sobre hechos relacionados con delitos contra la Administración Pública y se establecen las garantías de los informantes, en Castilla y León (derogada por el Decreto-ley 3/2023, de 11 de mayo, por el que se regula el Sistema Interno de Información de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, y posteriormente por la Ley 4/2024, de 9 de mayo, de medidas tributarias, financieras y administrativas, que crea la Autoridad Independiente en materia de corrupción de Castilla y León); la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana; la Ley 16/2016, de 9 de diciembre, de creación de la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears (derogada por la Ley 2/2024, de 11 de abril, que regula la declaración de patrimonio y de actividades de los cargos públicos de la Comunidad Autónoma, y crea el Registro de Transparencia y Control del Patrimonio y de

adelante, los intentos en las Cortes Generales no prosperaron²⁶ hasta la aprobación, tras un largo periplo legislativo, de la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, que impulsó su trasposición a las autoridades nacionales y el reconocimiento normativo del informante.

Con el objeto de asegurar la protección de los *whistleblowers* en el entorno europeo, en 2019 fue aprobada la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión²⁷. España llegó tarde a este mandato de transposición por parte de la Directiva, que fijó el plazo para el 17 de diciembre de 2021. Posteriormente, la Comisión presentó recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el 15 de febrero de 2023 por el incumplimiento en la transposición de dicha directiva por parte de España y otros siete Estados miembros (Comisión Europea, 2023).

Tanto la Directiva, con su referencia al «contexto laboral», como la Ley 2/2023, al ampliar el contexto al «laboral y profesional», continúan con los enfoques iniciales centrados exclusivamente en la protección de los trabajadores frente a represalias de su empleador. Aunque esta ampliación extiende significativamente el ámbito de aplicación²⁸, no abarca a todos los posibles informantes. Como se destacó durante la tramitación del anteproyecto²⁹, la Ley excluye a terceros completamente ajenos a la organización, así como a aquellas personas cuya relación con esta no se enmarque en un entorno profesional.

Las medidas de protección y apoyo³⁰ están claramente diseñadas para los sujetos definidos en el artículo 3 de la Ley, que establece el ámbito subjetivo de

las actividades de los Cargos Públicos); y la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, en Aragón.

También pueden destacarse otras propuestas autonómicas aprobadas posteriormente al periodo 2016-2017: la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, en el Principado de Asturias; la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra; la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante; y el Decreto 63/2022, de 20 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se establece y regula el canal interno para el tratamiento de las informaciones sobre posibles infracciones en la Comunidad de Madrid.

²⁶ A nivel autonómico, especialmente en Madrid y Cataluña, también encontramos ejemplos de propuestas legislativas que finalmente no fueron aprobadas tras este periodo (2016-2017) como la Proposición de Ley de Protección Integral de los Funcionarios Denunciantes de Corrupción de la Comunidad de Madrid (Asamblea de Madrid, 2017); la Proposición de Ley de protección sobre los informantes de posibles infracciones del derecho en la Comunidad de Madrid (Asamblea de Madrid, 2020); o la Proposición de ley de protección integral de los alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat (Parlament de Catalunya, 2018).

²⁷ Vid. la monografía de Viguri Cordero (2024) para un análisis detallado del desarrollo en materia de protección de los denunciantes en la Unión Europea desde los 2000 hasta la publicación de la Directiva.

²⁸ Máxime si consideramos que la mayoría de las leyes autonómicas que se adelantaron a la Directiva limitaban su ámbito de aplicación exclusivamente al sector público. Así, por ejemplo, el art. 45.1 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas. Esta delimitación también estaba presente en la Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de Denunciantes presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos.

²⁹ Vid. la aportación de la Asociación Catalana de Compliance en la Memoria de Análisis de Impacto Normativo (MAIN) del Anteproyecto de Ley reguladora de protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción por la que se traspone la Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (Ministerio de Justicia, 2022, p. 90).

³⁰ Recogidas en el Título VII de la Ley (arts. 35-41). El artículo 36 prohíbe expresamente las represalias contra los informantes. Además, contempla medidas para anular actos administrativos que tenga carácter de represalia y otorga a la AAI la capacidad de imponer sanciones y adoptar medidas provisionales. El artículo 37 prevé medidas de apoyo a los informantes, como asistencia jurídica, financiera y psicológica, junto con información accesible sobre sus derechos y recursos disponibles. Por

aplicación³¹, siguiendo los mínimos establecidos por la Directiva (artículos 19, 20.1 y 21.1), que la Ley ha reproducido de forma prácticamente literal. Asimismo, la Ley, en su artículo 63.1.b), tipifica como infracción muy grave la adopción de cualquier represalia³² contra los sujetos comprendidos en dicho artículo 3. En este sentido, al menos se extienden a los informantes externos las garantías de confidencialidad respecto a su identidad, incluso cuando este no forme parte del grupo delimitado por el artículo 3.

Dejando de lado la posibilidad de realizar comunicaciones anónimas (Aliaga Rodríguez, 2022), surge la duda de si un sistema interno de información puede gestionar adecuadamente el amplio grupo de personas que, según la Directiva y la Ley, tienen derecho a acogerse al dispositivo de protección (Sierra-Rodríguez, 2023; Fernández Ramos, 2023). Este grupo incluye desde personas con vínculos ya concluidos con la organización o relaciones marcadamente indirectas (como trabajadores temporales de una subcontrata) hasta aquellas con relaciones meramente episódicas (como personas en prácticas o voluntarios en actividades puntuales). Además, ni la Directiva ni la Ley exigen que el informante justifique su vínculo con la organización para utilizar cualquiera de los canales del sistema interno de información.

Por otro lado, aunque la Ley permite que cualquier persona física utilice el sistema externo de información (artículo 16.1)³³ limita el ámbito de aplicación de las medidas de protección a quienes cumplen con los requisitos de su artículo 3. En este sentido, cuando la Ley (artículo 18.1) regula el trámite de admisión de la información ante la Autoridad Independiente de Protección del Informante (en adelante, AAI), obliga a la comprobación de que los hechos comunicados se encuentren dentro del ámbito de aplicación recogido (artículo 2), y autoriza la inadmisión de la comunicación de una serie cerrada de supuestos referidos al contenido de la información, pero no contempla como supuesto de inadmisión circunstancias personales referidas al informante. Sin embargo, aunque la Ley reconozca a cualquier ciudadano la

su parte, el artículo 38 amplía las garantías de protección al establecer que los informantes no serán responsables por la divulgación de información necesaria para evidenciar infracciones, siempre que lo hagan de buena fe, invirtiendo la carga de la prueba en casos de represalias. El artículo 39 reconoce ciertos derechos a las personas afectadas por las denuncias, garantizando su presunción de inocencia y acceso al expediente. Finalmente, el artículo 40 introduce mecanismos de exención o atenuación de sanciones administrativas para informantes que hayan participado en las infracciones denunciadas, siempre que colaboren plenamente con la investigación, y el artículo 41 asigna a la AAI y a órganos autonómicos las competencias para aplicar estas medidas.

³¹ Informantes del sector privado o público que obtengan información sobre infracciones en un contexto laboral o profesional, incluyendo empleados, autónomos, accionistas, directivos y personas bajo supervisión de contratistas o proveedores. También extrabajadores, voluntarios, becarios y candidatos que obtuvieron información durante procesos precontractuales. Además, las medidas de protección se extienden a representantes legales de trabajadores, asistentes del informante, personas relacionadas con el informante que puedan sufrir represalias (como familiares o compañeros), y personas jurídicas vinculadas al informante con participación significativa en una organización.

³² La definición legal de «represalias» que emplea la Ley se encuentra en su artículo 36.2: «Se entiende por represalia cualesquiera actos u omisiones que estén prohibidos por la ley, o que, de forma directa o indirecta, supongan un trato desfavorable que sitúe a las personas que las sufren en desventaja particular con respecto a otra en el contexto laboral o profesional, solo por su condición de informantes, o por haber realizado una revelación pública». En ese sentido, *vid.* Sierra-Rodríguez (2025) para un análisis en profundidad sobre la jurisprudencia nacional e internacional de la modalidad de «revelación pública» en diferentes contextos (p. ej. en el periodístico). El propio artículo posteriormente (art. 36.3) establece a título enunciativo tipos específicos, incluyendo despidos, degradaciones, modificaciones sustanciales de condiciones laborales, y la no renovación o conversión de contratos temporales cuando existan expectativas legítimas de estabilidad laboral. También se incluyen daños económicos o reputacionales, coacciones, acoso, evaluaciones negativas, inclusión en listas negras que dificulten el acceso al empleo, denegación de licencias, permisos o formación, y cualquier tipo de discriminación o trato injusto.

³³ Esta es una de las principales diferencias respecto a los sistemas internos de información (art. 5.2.a), que únicamente permitirían comunicar información a los sujetos descritos en el art. 3.

posibilidad utilizar los sistemas externos de información, si atendemos a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley, queda claro que el reconocimiento general del informante externo no es la orientación que el legislador ha querido expresar en la norma³⁴.

Esto genera una incongruencia evidente, pues los informantes *extranei*, es decir, aquellos que no se encuentren vinculados con la organización afectada, no se entenderían amparados por la protección que dispone la norma una vez hecho uso del sistema externo de información³⁵. Tal puede ser el caso de quienes obtienen la información bien por la indiscreción de alguna persona del entorno de la organización (ej. familiares o amistades de los administradores o los trabajadores), bien de manera casual (por ejemplo, quien reciba por error documentación acreditativa de la comisión de un fraude). En otras ocasiones, se tratará simplemente de un investigador especializado o un activista experto en determinadas materias (Jiménez Franco, 2022, p. 228).

Cabe plantearse por qué, si la Directiva permite ampliar el ámbito de aplicación personal y sólo delimita un ámbito de aplicación «mínimo» (artículo 4.1), el legislador español no ha optado por ello durante el proceso de transposición³⁶. Así, en la tramitación parlamentaria del proyecto de ley se propuso extender la noción de informante a cualquier persona que se enfrenta a un riesgo de represalias por alertar sobre abusos. Este fue el caso de las enmiendas núm. 255 del Grupo Parlamentario Plural y las enmiendas núm. 115 y 95 del Grupo Parlamentario Republicano. En la motivación de esta última se indica que en al menos un 15% de los casos de informantes no hay ninguna relación laboral, por lo que cualquier persona debería disfrutar de protección (Congreso de los Diputados, 2022, p. 79). Igualmente, la Oficina Antifraude de Catalunya (OAC) señaló en la MAIN del Anteproyecto de Ley que la protección debería extenderse al resto de ciudadanos que, al margen de relación profesional alguna, reporten informaciones incluidas en el ámbito de protección (Ministerio de Justicia, 2022, p. 112).

La decisión estatal de no dar protección a los informantes externos resulta ser una decisión más incongruente aún si tenemos en cuenta que a nivel autonómico algunas leyes ya habían ampliado las garantías de protección a sujetos sin una vinculación laboral directa con la organización en su intento de fomentar la denuncia de irregularidades. Desde el punto de vista de los canales externos, los parlamentos autonómicos de Valencia, Illes Balears, Navarra, Asturias y Andalucía ya optaron por conceder el estatus de denunciante o informante a todas las personas que faciliten información, con independencia de su vinculación con la entidad afectada³⁷. Antes de

³⁴ Así puede apreciarse también en el Preámbulo de la Ley: «El título III aborda de manera sistemática la regulación específica del canal externo ante el que podrán informar las personas físicas a las que se refiere el artículo 3 de la ley, ya sea directamente, ya con posterioridad a la previa formulación de información ante el canal interno».

³⁵ Incongruencia similar y cuestionable es que se retire la protección de la persona informadora al concurrir la causa de inadmisión del art. 35.2.a), que establece que: «Quedan expresamente excluidos de la protección prevista en esta ley aquellas personas que comuniquen o revelen: a) Informaciones contenidas en comunicaciones que hayan sido inadmitidas por algún canal interno de información o por alguna de las causas previstas en el artículo 18.2.a)». La Directiva 2019/1937 no contempla expresamente una exclusión de esta naturaleza, si bien en su Informe 1361/2022, de 8 de septiembre (p. 49), el Consejo de Estado señaló que podría encontrarse respaldo en diversas previsiones de la misma. Sobre otros motivos de exclusión de protección por incumplimientos de los requisitos objetivos y formales *vid.* Pérez Monguió (2023, pp. 152-161).

³⁶ Dos años antes de la entrada en vigor de la Directiva, Amoedo Barreiro (2017, p. 4) defendió la ampliación del concepto de informante para incluir a cualquier persona, fuera de la relación empleado-empleador, que denuncie irregularidades o abusos que perjudiquen el interés general.

³⁷ El resto de comunidades autónomas que habían regulado la protección de los informantes antes de la publicación de la Ley 2/2023 no contemplaron esa ampliación. El artículo primero de la Ley 2/2016, de 11 de noviembre, de Castilla y León establece que: «La presente Ley tiene por objeto regular las

la promulgación de la Ley 2/2023 ya existía en España una red institucional conformada por una serie de autoridades autonómicas dedicadas a la prevención de la corrupción que operaban incluso antes de la publicación de la Directiva. El propio Preámbulo de la Ley menciona estas iniciativas anteriores: «(...) las comunidades autónomas de Cataluña, Valenciana, Illes Balears, Navarra, Principado de Asturias o Andalucía han abordado la cuestión de la protección de los denunciantes, si bien la regulación ha sido parcial y centrada fundamentalmente en la creación de oficinas o agencias con la específica función de prevenir e investigar casos de uso o destino fraudulentos de fondos públicos, aprovechamientos ilícitos derivados de actuaciones que comporten conflictos de intereses o uso de información privilegiada, o en general conductas contrarias a la integridad; es decir, han circunscrito esta legislación al ámbito público, con carácter previo en algunos casos a la Directiva 2019/1937». Ahora bien, aunque el Preámbulo reconoce expresamente la labor pionera de algunas comunidades autónomas, omite subrayar un aspecto relevante: en varios de estos marcos autonómicos no solo se abordó la cuestión desde una perspectiva institucional, sino que también se amplió el ámbito subjetivo de protección a cualquier ciudadano.

Así, el artículo 14.1.a) de la Ley 3/2024, de 27 de junio, de modificación de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Generalitat, de la Agencia de Prevención y lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana dispone que se considera persona denunciante «cualquier persona física o jurídica que comunique hechos que pueden dar lugar a la exigencia de responsabilidades legales, ante la propia agencia o cualquier otro órgano administrativo, el Ministerio Fiscal o la autoridad judicial. Son personas denunciantes, a estos efectos, todas aquellas que alertan, comunican o revelan informaciones de este tipo». El artículo 30.1 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la antigua Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears recoge que la Oficina «habilitará un formulario, en la sede electrónica, para facilitar la presentación de las denuncias y para que estas sean accesibles a toda la ciudadanía de las Illes Balears». Por su parte, la Ley Foral 7/2018, de 17 de mayo, de creación de la Oficina de Buenas Prácticas y Anticorrupción de la Comunidad Foral de Navarra establece en su artículo 12.1 que su buzón de denuncias se habilitará para «recibir quejas, denuncias o sugerencias de la ciudadanía relacionadas con actuaciones o conductas en las que puedan incurrir las autoridades, el personal y altos cargos en los términos del artículo 4.1 de la presente ley foral, siempre que se refieran a asuntos sometidos al ámbito de aplicación de la misma»; y en su artículo 24 no establece la inexistencia de relación profesional con la organización como motivo de privación de las medidas de protección del denunciante. El artículo 59 de la Ley 8/2018, de 14 de septiembre, de Transparencia, Buen Gobierno y Grupos de Interés, del Principado de Asturias, no establece tampoco la necesidad de que el informante tenga una vinculación profesional con la entidad («Cualquier persona física o jurídica podrá denunciar»), y su Preámbulo deja claro que la Ley «tiene por objeto habilitar una vía segura para que los empleados públicos y, en general, cualquier persona física o jurídica puedan denunciar situaciones relacionadas con la corrupción y con la integridad pública». Por último, el artículo 35.1 de la Ley 2/2021, de 18 de junio, de lucha contra el fraude y la corrupción en Andalucía y protección de la persona denunciante, limita la restricción

actuaciones de la Administración de la Comunidad de Castilla y León ante las informaciones que le sean facilitadas por su personal (...), así como establecer las garantías que se otorgan a los informantes». La Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas de Aragón define en su artículo 45 al denunciante como «cualquier empleado del sector público de Aragón o de las instituciones y órganos estatutarios». Finalmente, el artículo 3 c) del Decreto 63/2022, de 20 de julio, de la Comunidad de Madrid, restringe la definición de informante a los empleados públicos (actuales y antiguos) de la Administración de la Comunidad de Madrid.

a las medidas de protección únicamente al cumplimiento de los requisitos formales establecidos en la propia ley (art. 20 c)).

El debate internacional sobre la incidencia de los informantes externos debe ser trasladado también al contexto español. Sin embargo, debido a su reciente entrada en funcionamiento³⁸, no contamos aún con ningún informe detallado por parte de la AAI que nos muestre dicha incidencia. Contamos, eso sí, con memorias e informes anuales de algunas de las agencias autonómicas dedicadas a la prevención de la corrupción³⁹. Este es el caso, por ejemplo, de la Agencia Valenciana Antifraude (AVAF)⁴⁰ que, de acuerdo con su compromiso de transparencia reflejado en el art. 22.1 de la Ley 11/2016, viene publicando sus memorias anuales desde 2018. En su última memoria de 2025 la AVAF recibió un total de 564 denuncias durante el año fiscal de 2024, de las cuales, 513 (el 84%) se realizaron a través de su buzón de denuncias (p. 37). A diferencia de la tendencia que veíamos en los informes de ese mismo año de la ACFE y la CFTC, la mayoría de estas denuncias no provenían de empleados públicos o de personal con cargo político en el órgano de la administración denunciado. De las 549 personas físicas⁴¹ que habían denunciado⁴², 144 (en torno al 52%) lo habían hecho en calidad de particular (p. 41)⁴³.

La Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (OAAF), quien ejerce en Andalucía de canal externo, recoge en su memoria del año 2024 un total de 972 denuncias. De ese total, aunque la Oficina señala en su memoria la participación ciudadana y que 428 de las denuncias se presentaron de forma anónima (p. 22), en la memoria no se presenta una distinción del perfil del informante.

Por su parte, la OAC, según indica su última memoria publicada en 2025 (p.9), ha experimentado un aumento considerable en la solicitud de medidas de protección (pasando de un total de 2 para los años en los años 2021 y 2022 a 30 en el año 2023 y 41 en 2024)⁴⁴. De ese total de 41 informantes del año 2024, el 90% (37) que solicitaron expediente de protección tenían vinculación con la organización. Muy interesante es la reflexión que hace la OAC a continuación: «cuando la persona denunciante no tiene ningún vínculo con la entidad afectada a la que se atribuyen las irregularidades o infracciones denunciadas, las probabilidades de que sufra algún tipo de represalia, aunque no sean nulas, son claramente inferiores» (p. 8). Si lo comparamos con el total de denuncias recibidas ese mismo año (1.291), el 26%

³⁸ El 12 de agosto de 2025 se publicó en el BOE la Orden Ministerial PJC/908/2025, de 8 de agosto, la cual contempla la entrada en funcionamiento el 1 de septiembre de la AAI.

³⁹ Si bien el artículo 13.1 de Ley 16/2016, de 9 de diciembre, establecía la obligación de publicar en su memoria anual a la Oficina de Prevención y Lucha contra la Corrupción en las Illes Balears el total de denuncias y expedientes tramitados, tras su derogación con la Ley 2/2024, de 11 de abril, la página web de la Oficina, junto con sus publicaciones, dejó de ser accesible para la ciudadanía.

⁴⁰ Cabe aclarar que la AVAF asumió el Registro de Responsables de los Sistemas Internos de Información del sector público valenciano conforme al artículo 8.3 de la Ley 2/2023: «Tanto el nombramiento como el cese de la persona física individualmente designada, así como de las integrantes del órgano colegiado deberán ser notificados a la Autoridad Independiente de Protección del Informante, A.A.I., o, en su caso, a las autoridades u órganos competentes de las comunidades autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, en el plazo de los diez días hábiles siguientes, especificando, en el caso de su cese, las razones que han justificado el mismo».

⁴¹ De ese total de 564 denuncias, hay que tener en cuenta también que 323 se hicieron de manera anónima.

⁴² Este total lo conforma tanto las denuncias realizadas inicialmente de manera anónima (323) como las que no (226).

⁴³ Las 14 denuncias restantes provenían de personas jurídicas como ONG, sindicatos o grupos políticos.

⁴⁴ Si bien el aumento de solicitudes de protección guarda una estrecha relación con la entrada en vigor de la Ley 2/2023, el incremento de denuncias que, de manera general, han experimentado estas agencias debe entenderse como un fenómeno multifactorial. Cabe señalar también que muchas de estas denuncias finalmente no serán siquiera objeto de investigación.

provenían de actores externos⁴⁵ (p. 54). El 74% restante lo forman denuncias anónimas (70,1%) y funcionarios y trabajadores públicos (4%).

Respecto a la reciente Autoridad Independiente en materia de corrupción de Castilla y León (AICCYL), en su memoria de actividades del ejercicio de 2024 indican que recibieron un total de 25 denuncias, de las cuales, cinco fueron inadmitidas, una de ellas se envió al Ministerio Fiscal y dos de ellas a la autoridad competente para su resolución siendo el resto archivadas, algunas con observaciones (p. 7). Adicionalmente, solo dos personas denunciante solicitaban el estatuto de protección. Ninguno de los dos casos reunía los requisitos de protección establecidos en el ya mencionado artículo 35 de la Ley 2/2023. Si bien la memoria distingue entre personas denunciante personadas (19 de los 25) y anónimas, no hace distinción sobre su procedencia o relación con la entidad denunciada.

Como se desprende de los datos de estas memorias, en la práctica no son únicamente empleados públicos quienes recurren a los sistemas de información, sino también particulares y ciudadanos sin vínculo formal con la organización afectada. La experiencia de la AVAF, por ejemplo, es especialmente ilustrativa, al mostrar que poco más de la mitad de las denuncias proceden de particulares. Aunque algunas de estas agencias, como la OAC, subrayan que el riesgo de represalia es menor cuando el informante carece de vinculación con la entidad denunciada, lo cierto es que el volumen de denuncias procedentes de actores externos revela que el funcionamiento del sistema depende también de su participación. En este contexto, no debería ser relevante quién haga la revelación, ni cuál sea su relación -directa o indirecta- con la organización en la que ocurre la infracción que afecta al interés público. Lo esencial es destapar tales situaciones, reconociendo que el alcance de la protección del informante variará según el caso (Chalouat et al., 2019, p. 7). En este sentido, Sendín García (2019, p. 342) defiende «la necesidad de una acción pública que permita al ciudadano lograr un cumplimiento que no debe estar obligado a lograr por sus medios privados, porque se ha erigido por la autoridad de la ley en una cuestión de interés público».

En determinados entornos institucionales, como los servicios socio-sanitarios, los usuarios, ya sean víctimas directas o testigos de infracciones graves (como casos de maltrato), pueden tener acceso a información relevante y a la vez temer sufrir represalias⁴⁶, de modo que también deberían poder beneficiarse de la protección contra estas, aun cuando no accedan a dicha información en calidad de profesionales, sino de usuarios (Fernández Ramos, 2023, p. 84). Los centros penitenciarios presentan un contexto similar ya que los presos pueden ser testigos o víctimas directas de abusos, violencia institucional o trato degradante, pero enfrentan barreras estructurales para denunciar tales prácticas.

También existen profesionales que, sin vinculación laboral directa o indirecta con la organización, acceden a información en el desempeño de sus funciones, y para poder informar sin perjudicar gravemente sus operaciones necesitan salvaguardar su identidad. En este sentido, en la consulta pública del Anteproyecto de Ley, R.G.B., funcionaria de la Diputación de Cádiz, puso de manifiesto la delicada posición en relación con las tareas de asistencia técnica a los Ayuntamientos de funcionarios que pertenecen a una administración distinta (Ministerio de Justicia, 2022, p. 99).

⁴⁵ En concreto, este porcentaje lo componen sindicatos (2,2%), grupos políticos (5%), particulares (18,3%) y otras entidades o iniciativas propias (0,5%).

⁴⁶ En caso un reciente, una residencia de mayores privada decidió represaliar a una usuaria de 69 años en silla de ruedas con la rescisión de su contrato de residencia una vez esta denunció haber sufrido actos de hostilidad por parte del personal (Peinado, 2023).

Para abordar la inclusión de actores externos en el ámbito de protección de la Ley 2/2023 resulta imprescindible equilibrar la claridad normativa con la flexibilidad necesaria para adaptarse a casos específicos. Una solución viable para salvaguardar el principio de igualdad entre los informantes sería establecer un listado de actores externos susceptibles de protección -que incluya tanto proveedores como clientes, competidores y auditores-, acompañado de una cláusula abierta que permita a la AAI extender dichas medidas en función del contexto del informante⁴⁷. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de que deban concurrir de manera simultánea los requisitos objetivos (la información que se comuniquen o revele públicamente debe ir referida a las infracciones previstas en su artículo 2), subjetivos (existen motivos razonables para pensar que la información es veraz) y formales (la información debe realizarse conforme a los requerimientos previstos: uso de canal interno de información, canal externo o revelación pública) que recoge la Ley como condiciones para la protección (artículo 35).

5. Conclusiones

El análisis del marco legal español e internacional en relación con la protección de los informantes ha revelado importantes limitaciones, especialmente en cuanto a la exclusión de actores externos de las medidas de protección. Aunque los sistemas de información buscan fomentar la prevención de infracciones, restringir la protección exclusivamente a informantes internos reduce significativamente su potencial efectividad.

Las investigaciones revisadas en este artículo ofrecen un punto de partida para comprender las motivaciones de los informantes externos -como clientes, competidores y otros actores con acceso indirecto a información sensible-, subrayando su papel en la identificación de irregularidades. Sin embargo, el alcance empírico de estos estudios sigue siendo limitado. Las conclusiones sobre altruismo, interés propio o barreras culturales, aunque relevantes, tienden a reafirmar ideas relativamente obvias (como la relevancia en la percepción de la gravedad de la infracción; *vid.* Rothwell y Baldwin, 2006; Feldman y Lobel, 2010; Chen y Lai, 2014), sin aportar evidencia realmente innovadora. Este fenómeno refleja, tanto en el estudio de los informantes externos como en el de los internos, una carencia en la investigación del fenómeno.

El modelo adoptado por los ordenamientos jurídicos europeos, incluido el español, se centra exclusivamente en la protección del informante interno. Este enfoque, que apuesta por fomentar una «cultura de la información» basada en el altruismo y el deber ético, parece obviar los dilemas axiológicos a los que se enfrentan tanto los informantes internos como externos, al tiempo que desatiende las dinámicas competitivas que a menudo impulsan la denuncia entre los actores externos. Además, si el objetivo principal de estas normativas es fomentar dicha «cultura de la información» y, con ello, la prevención delictiva, el enfoque europeo resulta limitado. Los estudios de Dyck et al. (2010), Miceli et al., (2014), Culiberg y Mihelič (2017) o Van Erp y Loyens (2020), apuntan a que competidores y clientes detectan fraudes con la misma eficacia que los organismos reguladores, e incluso con tiempos de respuesta más cortos. Sin embargo, el papel de los informantes externos permanece

⁴⁷ Debe reconocerse, no obstante, que la ampliación de la protección a agentes externos puede llegar a plantear serias dificultades prácticas cuando las entidades encargadas de efectuar las medidas de protección carecen de los medios suficientes. Pienso, por ejemplo, en las universidades: al tratarse de instituciones con un número muy elevado de posibles informantes externos (como es el caso del alumnado), la implementación de un sistema de protección efectivo no es una cuestión sencilla.

limitado debido a la falta de incentivos claros y protecciones legales para estos actores.

Una futura investigación en profundidad debería desentrañar cómo los límites del ámbito subjetivo de la Ley 2/2023 en materia de medidas de protección se articulan con la práctica de los órganos encargados de la gestión del canal externo en las administraciones autonómicas, especialmente en aquellas cuya trayectoria jurídica contempla de forma expresa la participación de actores externos (p. ej. Andalucía, Valencia o Navarra). En este sentido, cabría explorar no solo la viabilidad de una eventual ampliación estatal del ámbito de protección, ya sea mediante reforma legislativa o a través de la actuación de las autoridades y agencias competentes, sino también el modo en que determinadas legislaciones autonómicas han avanzado al prever listados orientativos de actores protegidos junto con cláusulas abiertas que permiten valorar supuestos excepcionales. Este modelo, al combinar seguridad jurídica con flexibilidad, ofrece un marco útil para proteger a quienes acceden a información sensible y se exponen a represalias, y merece ser analizado en cuanto a su traslación práctica.

Ampliar el alcance de las protecciones legales para incluir a los informantes externos sería una medida no solo razonable, sino también estratégica. Tal extensión no solo incrementaría la eficacia de los sistemas de denuncia al involucrar a un mayor número de actores, sino que también fortalecería el compromiso social en la lucha contra la corrupción y las irregularidades en el seno de los entes colectivos. Para ello, he propuesto aquí un enfoque híbrido: establecer un listado orientativo de actores protegidos, complementado con una cláusula abierta que permita a la AAI valorar casos excepcionales. Esta aproximación garantizaría seguridad jurídica y flexibilidad para proteger a aquellos con acceso a información relevante y que tengan riesgo de sufrir represalias.

Bibliografía

- Agencia Valenciana Antifraude (2025). *Memoria de Actividad 2024*. Disponible en https://www.antifraucv.es/memorias_avaf/.
- Aliaga Rodríguez, R. (2022). La denuncia anónima como instrumento de transparencia y protección de los denunciantes. *Revista Española de la Transparencia*, 14, pp. 57-78.
- Alleyne, P., Haniffa, R., y Hudaib, M. (2016). The construction of a whistleblowing protocol for audit organizations: A four-stage participatory approach. *International Journal of Auditing*, 20, pp. 72-86.
- Alleyne, P., Hudaib, M., y Pike, R. (2013). Toward a conceptual model of whistleblowing intentions among external auditors. *British Accounting Review*, 4, pp. 10-23.
- Amoedo Barreiro, J. D. (2017). Hacia una Ley de Protección para los denunciantes de corrupción en España. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 3.
- Andrade, J. (2015). Reconceptualising Whistleblowing in a Complex World. *Journal of Business Ethics*, vol. 128, pp. 321-335.
- Arroyo Pardo, P., SMAILI, N. y BENSID, S. (2023). Removing Barriers to Whistleblowing at Nonprofit Organizations through Employee Empowerment. *Accounting Perspectives*, vol. 23(1), pp. 267-300.
- Asamblea de Madrid (2017). *Proposición de Ley de Protección Integral de los Funcionarios Denunciantes de Corrupción de la Comunidad de Madrid* (Núm. 100, de 2 de febrero de 2017). BOCM.
- (2020). *Proposición de Ley de protección sobre los informantes de posibles infracciones del derecho en la Comunidad de Madrid* (Núm. 94 de 26 de

- noviembre de 2020). BOCM.
- Association of Certified Fraud Examiners (2024). *Occupational Fraud 2024: A Report to the Nations*. Disponible en <https://legacy.acfe.com/report-to-the-nations/2024/>.
- Autoridad Independiente en materia de corrupción de Castilla y León (2025). *Memoria de actividades 2024*. Disponible en <https://www.aiccy.es/la-aiccy-publica-su-primera-memoria-de-actividades-correspondiente-al-ejercicio-2024/>.
- Ayres, I., y Braithwaite, J. (1992). *Responsive regulation: Transcending the deregulation debate*. Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Bouville, M. (2008). Whistle-blowing and morality. *Journal of Business Ethics*, vol. 81, pp. 579-585.
- Bouwman, R., Bonhoff, M., Robben, P., y Friele, R. (2016). Patients' perspectives on the role of their complaints in the regulatory process. *Health Expectations*, 19, pp. 483-496.
- Breed, C. J. M. (2007). *Bestuurscultuur en strategie: een onderzoek naar de cognitieve kaart van topambtenaren* [Cultura administrativa y estrategia: una investigación del mapa cognitivo de los administradores ejecutivos]. La Haya, Países Bajos: Sdu uitgevers.
- Butler, J. V., Serra, D., y Spagnolo, G. (2020). Motivating whistleblowers. *Management Science*, vol. 66(2), pp. 605-621.
- CFTC (2024). *Annual Report on the Whistleblower Program and Customer Education Initiatives*. Disponible en <https://www.whistleblower.gov/reports>.
- Chalouat, I., Carrión-Crespo, C. y Licata, M. (2019). *Legislación y práctica en materia de protección de denunciantes en el sector público y en el sector de servicios financieros*. Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Chen, C., y Lai, C. (2014). To blow or not to blow the whistle: The effects of potential harm, social pressure and organisational commitment on whistleblowing intention and behavior-organizational commitment on whistleblowing intention and behavior. *Business Ethics: A European Review*, vol. 23, pp. 327-342.
- Cohen, S. (2001). *States of denial: Knowing about atrocities and suffering*. Cambridge, Reino Unido: Policy Press.
- Comisión Europea (2023). *The European Commission decides to refer 8 Member States to the Court of Justice of the European Union over the protection of whistleblowers*. Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_23_703.
- Congreso De Los Diputados (2016). *Proposición de Ley Integral de Lucha contra la Corrupción y Protección de Denunciantes* (Congreso de los Diputados, serie B, núm. B-33-1, de 23 de noviembre de 2016). BOCG.
- (2019). *Proposición de Ley de protección integral de los alertadores* (Congreso de los Diputados, serie B, núm. B-29-1, de 11 de junio de 2019). BOCG.
- (2020). *Proposición de Ley de protección integral de los denunciantes de corrupción* (Congreso de los Diputados, serie B, núm. B-56-1, de 21 de febrero de 2020). BOCG.
- (2022). *Proyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (Congreso de los Diputados núm. A-123-3, de 28 de noviembre de 2022). BOCG.
- Culiberg, B., y Mihelič, K. K. (2017). The evolution of whistleblowing studies: A critical review and research agenda. *Journal of Business Ethics*, vol. 146, pp. 787-803.
- De Graaf, G. (2010). A report on reporting: Why peers report integrity and law violations in public organizations. *Public Administration Review*, 70, pp. 767-779.
- Dimaggio, P., y Powell, W. W. (1983). The iron cage revisited: Collective rationality and institutional isomorphism in organizational fields. *American Sociological Review*, 48, pp. 147-160.
- Dozier, J. B., y Miceli, M. P. (1985). Potential predictors of whistle-blowing: A prosocial behavior perspective. *Academy of Management Review*, vol. 10, pp. 823-836.
- Dyck, A., Morse, A., y Zingales, L. (2010). Who blows the whistle on corporate fraud?.

- The Journal of Finance*, 65, pp. 2213-2253.
- Emirbayer, M., y Johnson, V. (2008). Bourdieu and organizational analysis. *Theory and Society*, 37, pp. 1-44.
- Engdahl, O., y Larsson, B. (2015). Duties to distrust: The decentring of economic and white-collar crime policing in Sweden. *British Journal of Criminology*, vol. 56, pp. 515-536.
- Etienne, J. (2014). The politics of detection in business regulation. *Journal of Public Administration Research and Theory*, núm. 25, pp. 257-284.
- (2015). Different ways of blowing the whistle: Explaining variations in decentralized enforcement in the UK and France. *Regulation & Governance*, núm. 9, pp. 309-324.
- Feldman, Y., y Lobel, O. (2010). The Incentives Matrix: The Comparative Effectiveness of Rewards, Liabilities, Duties, and Protections for Reporting Illegality. *Texas Law Review*, vol. 88(6), pp. 1151-1211.
- Fernández Ajenjo, J. A. (2023). *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Fernández Ramos, S. (2023). Ámbito de aplicación. En Pérez Monguió, J. M. y Fernández Ramos, S. (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción* (pp. 43-98). Madrid, España: La Ley.
- Franklin, D. (2005). The outsiders: Broadening the scope of standing in whistleblower actions in light of Anderson vs. U.S. department of labor. *Journal of Natural Resources & Environmental Law*, 20, pp. 281-290.
- García-Moreno, B. (2020). *Del whistleblower al alertador. La regulación europea de los canales de denuncias*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.
- Gobert, J., y Punch, M. (2003). Whistleblowers, the public interest, and the Public Interest Disclosure Act 1998. *Modern Law Review*, 63(1), pp. 25-54.
- Gorta, A., y Forell, S. (1995). Layers of decisions: Linking social definitions of corruption and willingness to take action. *Crime, Law and Social Change*, vol. 23, pp. 315-343.
- Hollings, J. (2013). Let the story go: The role of emotion in the decision-making process of the reluctant, vulnerable witness or whistleblower. *Journal of Business Ethics*, vol. 114(3), pp. 501-512.
- Jiménez Franco, E. (2022). Prospectiva administrativa y la futura Ley de protección de los informantes. En Eiros Bachiller, M. (coord.) y Sánchez Sánchez, Z. (dir.), *Regulación con prospectiva de futuro y de consenso: gobernanza anticipatoria y prospectiva administrativa* (pp. 215-242). Navarra, España: Thomson Reuters Aranzadi.
- Jubb, P. (1999). Whistleblowing: A restrictive definition and interpretation. *Journal of Business Ethics*, vol. 21, pp. 77-94.
- Kang, M. M. (2023). Whistleblowing in the Public Sector: A Systematic Literature Review. *Review of Public Personnel Administration*, 43(2), pp. 381-406.
- Kaplan, S., Pany, K., Samuels, J. y Zhang, J. (2009). An examination of the association between gender and reporting intentions for fraudulent financial reporting. *Journal of Business Ethics*, vol. 87(1), pp. 15-30.
- Kenny, K. y Fanchini, M. (2024). Women Whistleblowers: Examining parrhesia, power and gender with Sophocles' Antigone. *Organization Studies*, vol. 45(2), pp. 275-296.
- King, G., y Hermodson, A. (2000). Peer reporting of co-worker wrongdoing: A qualitative analysis of observer attitudes in the decision to report versus not report unethical behavior. *Journal of Applied Communication Research*, vol. 28, pp. 309-329.
- Köbel, R. (2015). Whistleblowing in Europe: regulatory frameworks and empirical

- research. En J. G. Van Erp, W. Huisman, G. Vande Walle, y J. Beckers (eds.), *The Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe* (pp. 418-435). Oxon, Reino Unido: Routledge.
- Lee, G., Pittroff, E., y Turner, M. J. (2020). Is a uniform approach to whistle-blowing regulation effective? Evidence from the United States and Germany. *Journal of Business Ethics*, 163, pp. 553-576.
- Liyanarachchi, G. A. Y Adler, R. (2011). Accountant's whistle-blowing intentions: The impact of retaliation, age, and gender. *Australian Accounting Review*, vol. 21(2), pp. 167-182.
- Loyens, K. (2012). *Integrity secured. Understanding ethical decision making among street-level bureaucrats in the Belgian Labor Inspection and Federal Police*. Tesis doctoral. Katholieke Universiteit Leuven, Lovaina, Bélgica.
- Miceli, M. P., Dreyfus, S., y Near, J. P. (2014). Outsider «whistleblowers»: Conceptualizing and distinguishing «bell-ringing» behavior. En A. J. Brown, D. Lewis, R. Moberly, y W. Vandekerckhove (eds.), *International handbook on whistleblowing research* (pp. 71-94). Cheltenham, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Miceli, M. P., Near, J. P., Rehg, M. T. y Van Scotter, J. R. (2012). Predicting employee reactions to perceived organizational wrongdoing: Demoralization, justice, proactive personality, and whistle-blowing. *Human Relations*, vol. 65(8), pp. 923-954.
- Miethe, T. D. (1999). *Whistleblowing at work: Tough choices in exposing fraud, waste and abuse on the job*. Boulder (Colorado), Estados Unidos: Westview Press.
- Ministerio de Justicia (2022). *Memoria del Análisis de Impacto Normativo. Anteproyecto de Ley reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*. Disponible en https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_14/spl_68/pdfs/2.pdf.
- Nader, R., Petkas, P.J. Y Blackwell, K. (1972). *Whistleblowing: The Report of the Conference on Professional Responsibility*. Nueva York: Estados Unidos, Grossman Publishers.
- Near, J. P., y Miceli, M. P. (1985). Organizational dissidence: The case of whistle-blowing. *Journal of Business Ethics*, vol. 4, pp. 1-16.
- Nicholls, A. R., Fairs, L. R. W., Toner, J., Jones, L., Mantis, C., Barkoukis, V., Perry, J. L., Micle, A. V., Theodorou, N. C., Shakhverdieva, S., Stoicescu, M., Vesic, M. V., Dikic, N., Andjelkovic, M., Grimau, E. G., Amigo, J. A., y Schomöller, A. (2021). Snitches Get Stitches and End Up in Ditches: A Systematic Review of the Factors Associated with Whistleblowing Intentions. *Frontiers in Psychology*, 12(1), pp. 1-20.
- Nielsen, V. L., y Parker, C. (2011). Introduction. En C. Parker y V. L. Nielsen (eds.), *Explaining regulatory compliance: business responses to regulation* (pp. 1-37). Glos, Reino Unido: Edward Elgar Publishing.
- Nyreröd, T., y Spagnolo, G. (2021). Myths and numbers on whistleblower rewards. *Regulation & Governance*, 15(1), pp. 82-97.
- Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción (2025). *Memoria anual de la Oficina Andaluza contra el Fraude y la Corrupción 2024*. Disponible en <https://www.juntadeandalucia.es/boja/2025/121/25>.
- Park, H., y Lewis, D. (2019). The motivations of external whistleblowers and their impact on the intention to blow the whistle again. *Business ethics: A European review*, 28(3), pp. 379-390.
- Parlament de Catalunya (2018). Proposición de ley de protección integral de los alertadores en el ámbito competencial de la Generalitat. *BOPC, núm. 118, de 5 de julio de 2018*. Disponible en https://www.parlament.cat/ext/r/pcat_portal/siap-cerca/expedient?p15_num_expedient=202-00022%2F12&clear=RR,15.
- Pautz, M., y Rinfret, S. (2014). State environmental regulators: Perspectives about

- trust with their regulatory counterparts. *Journal of Public Affairs*, núm. 16, pp. 28-38.
- Peinado, F. (14 de febrero de 2023). Así expulsa una residencia de mayores a una residente “incómoda”: “La relación de confianza contigo es inexistente”. *El País*. <https://elpais.com/espana/madrid/2023-02-14/asi-expulsa-una-residencia-de-mayores-a-una-mujer-en-silla-de-ruedas-la-relacion-de-confianza-contigo-es-inexistente.html>.
- Pérez Monguió, J. M. (2023). Red o telaraña: las condiciones para la protección del informante. *Revista Española de la Transparencia*, 18, pp. 133-163.
- Pérez Triviño, J. L. (2018). Whistleblowing. EUNOMÍA. *Revista En Cultura De La Legalidad*, 14, pp. 285-298.
- Perinaud, C. (2015). *Europe and «Whistleblowers»: still a bumpy road...* Comunicación impartida en la Universidad Paris X Nanterre la Défense el 21 de mayo de 2015. <https://free-group.eu/2015/05/21/europe-and-whistleblowers-still-a-bumpy-road/>.
- Prysmakova, P. y Evans, M. (2020). Whistleblowing Motivation and Gender. *Review of Public Personnel Administration*, <https://doi.org/10.1177/0734371X20967982>.
- Puni, A. y Hilton, S. K. (2020). Power distance culture and whistleblowing intentions: the moderating effect of gender. *International Journal of Ethics and Systems*, vol. 36(2), pp. 217-234.
- Ragués i Vallés, R. (2013). *Whistleblowing: una aproximación desde el Derecho Penal*. Madrid, España: Marcial Pons.
- Rehg, M. T., Miceli, M. P., Near, J. P. y Van Scotter, J. R. (2008). Antecedents and outcomes of retaliation against whistleblowers: Gender differences and power relationships. *Organization Science*, vol. 19(2), pp. 221-240.
- Rice, D. (2013). Street-level bureaucrats and the welfare state: Toward a microinstitutionalist theory of policy implementation. *Administration & Society*, 45, pp. 1038-1062.
- Rodríguez Yagüe, C. (2006). La protección de los whistleblowers por el ordenamiento español: aspectos sustantivos y procesales. En Arroyo Zapatero y Nieto Martín (coords.), *Fraude y Corrupción en el Derecho penal económico europeo* (pp. 447-484). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.
- Rothwell, G. R., y Baldwin, J. N. (2006). Ethical climates and contextual predictors of whistle-blowing. *Review of Public Personnel Administration*, vol. 26, pp. 216-244.
- SEC (2022). *Amended Whistleblower Rules*. Disponible en: <https://www.sec.gov/files/amended-whistleblower-rules-2022.pdf>.
- (23 de agosto de 2024). *Whistleblower Frequently Asked Questions*. Disponible en https://www.sec.gov/enforcement-litigation/whistleblower-program/whistleblower-frequently-asked-questions#P5_1383.
- Sendín García, M. A. (2019). Régimen jurídico de la denuncia, indefensión del denunciante e interpretación del derecho por la Administración pública. *Revista Galega de Administración Pública (REGAP)*, núm. 57, pp. 311-345.
- Sierra-Rodríguez, J. (2023). Los sistemas internos de información en la Ley 2/2023 de protección de personas informantes: un análisis jurídico ante su inmediata exigibilidad. *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, núm. 24.
- Sierra-Rodríguez, J. (2025). Revelación pública (en los sistemas de protección de informantes). EUNOMÍA. *Revista En Cultura De La Legalidad*, 28, pp. 274-303.
- Smali, N., y Arroyo, P. (2019). Categorization of Whistleblowers Using the Whistleblowing Triangle. *Journal of Business Ethics*, vol. 157, pp. 95-117.
- Thompson, G., Carder, D., Besch, C., Thiruvengadam, A., y Kappanna, H. (2014). In-use emissions testing of light-duty diesel vehicles in the United States. *Center for Alternative Fuels, Engines & Emissions*, West Virginia University, Morgantown, VA.
- Thornton, P. H., Ocasio, W., y Lounsbury, M. (2012). *The institutional logics*

- perspective: A new approach to culture, structure and process.* Oxford, Reino Unido: Oxford University Press.
- Van De Bunt, H. (2010). Walls of secrecy and silence. *Criminology & Public Policy*, núm. 9, pp. 435-453.
- Van Erp, J. y Loyens, K. (2020). Why External Witnesses Report Organizational Misconduct to Inspectorates: A Comparative Case Study in Three Inspectorates. *Administration & Society*, vol. 52(2), pp. 265 –29.
- Verweij, M., Douglas, M., Ellis, R., Engel, C., Hendriks, F., Lohmann, S., Ney, S., Rayner, S., Thompson, M. (2006). Clumsy solutions for a complex world: The case of climate change. *Public Administration*, vol. 84, pp. 817-843.
- Viguri Cordero, J. (2024). *La protección de los denunciantes en el contexto europeo: análisis normativo, jurisprudencial y de revisión de los órganos y agencias especializadas*. Madrid, España: Dykinson.
- Watts, L. L., y Buckley, M. R. (2017). A Dual-Processing Model of Moral Whistleblowing in Organizations. *Journal of Business Ethics*, vol. 146, pp. 669-683.
- Yeoh, P. (2013). Whistle-Blowing Laws in the UK. *Business Law Review*, vol. 34(6), pp. 18-24.

La formación como llave para la integración laboral de las personas extranjeras. Avances y retos pendientes del RD 1155/2024*

Training as a key to labor integration of foreigners. Improvements and pending issues of RD 1155/2024

Aitana Torró i Calabuig

Universitat de València

ORCID ID 0009-0002-0401-068X

aitana.torro@uv.es

Cita recomendada:

Torró i Calabuig, A. (2025). La formación como llave para la integración laboral de las personas extranjeras. Avances y retos pendientes del RD 1155/2024. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 217-241.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9851>

Recibido / received: 09/12/2024
Aceptado / accepted: 20/02/2025

Resumen

El nuevo reglamento de extranjería, aprobado mediante el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, sitúa en el centro de su articulado la formación de las personas extranjeras como vía de acceso a la regularidad administrativa y como canal de entrada y residencia en el territorio. Así, se analizarán dos figuras clave, el arraigo socioformativo y la autorización de estancia por estudios, que pondrán de manifiesto la importancia que ha tomado el ámbito formativo para proporcionar un estatus garantista de derechos a la población extranjera. De esta forma, se expondrá cómo una concepción amplia e inclusiva del derecho a la educación servirá para neutralizar y contrarrestar la aproximación restrictiva que afecta al derecho al trabajo de las personas extranjeras. Finalmente, serán abordadas las posibles carencias y retos subsistentes en la nueva normativa de extranjería, prestando particular atención al reconocimiento de títulos y a la regulación las migraciones laborales y su integración.

* Este artículo ha sido realizado en el marco del proyecto I+D+i PID2023-147896OB-I00 «Derechos humanos e inmigración: repensar la integración en tiempos oscuros», financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Palabras clave

integración laboral, formación, educación, inmigración, RD 1155/2024, regularización, migraciones laborales, derechos sociales, igualdad.

Abstract

The new migration law, enacted through Royal Decree 1155/2024 of November 19, places the training of foreigners at the core of its framework as a pathway to administrative regularization and as a means of entry and residence in the territory. Two key mechanisms will be analyzed in this context: socio-educational rooting and long-term stay permits for study purposes. These mechanisms highlight the increasing importance of education in granting foreign individuals an optimal rights-based status for legal integration. In this way, it will be shown how an inclusive and protective approach to the right to education may serve as a counterbalance to the restrictive approach to the right to work for foreign individuals. Finally, the potential shortcomings and ongoing challenges in the new immigration regulation will be addressed, with particular emphasis on the recognition of qualifications and the regulation of labor-related migration and its integration.

Keywords

Labor integration, training, education, immigration, RD 1155/2024, regularization, labor migration, social rights, equality.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La centralidad de la formación en el nuevo reglamento de extranjería. 2.1. La remodelación del arraigo socioformativo. 2.2. La autorización de estancia de larga duración por estudios. 3. La educación y formación como pieza clave para una adecuada integración laboral. 3.1. El potencial del art. 27 CE para garantizar la igualdad de condiciones. 3.2 La naturaleza inclusiva de la educación frente a la voluntad proteccionista del derecho al trabajo. 4. Los retos subsistentes. 4.1. La necesaria mejora del proceso de reconocimiento de títulos. 4.2. La inconsistente regulación de las migraciones laborales. 5. Conclusiones.

1. Introducción

Tras un largo periodo de negociaciones y consultas, ha visto finalmente la luz el nuevo reglamento de desarrollo de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (LOEx), aprobado mediante el Real Decreto 1155/2024, de 19 de noviembre, cuya entrada en vigor se situó en mayo de 2025, seis meses después de su aprobación.

Si bien las modificaciones de la normativa de extranjería en los últimos años no han sido escasas,¹ esta última reforma ha constituido una remodelación de gran calado de todo el régimen de autorizaciones con la pretensión de adaptar esta legislación a la rápida evolución del fenómeno migratorio en tanto que «hecho estructural» de nuestras sociedades. Así, se ha roto la lógica que venía siguiéndose desde 2011, consistente en realizar simples enmiendas parciales de la norma, y se ha apostado en su lugar por aprobar directamente un nuevo reglamento que sistematice y aglutine mejor todas las disposiciones y contenidos que desarrollan la LOEx.

¹ Destacando así las reformas emprendidas por el Real Decreto 903/2021, de 19 de octubre y por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, así como el más reciente Real Decreto-ley 2/2025, de 18 de marzo, en relación con la infancia y adolescencia migrante y las llamadas «situaciones de contingencias migratorias extraordinarias».

Siguiendo la línea marcada por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, trabajo, formación y familia constituyen los ejes centrales de este nuevo reglamento, articulados con la pretensión de constituir «llaves para la inclusión»² de la población inmigrante. En este sentido, se pondrá el foco en dos figuras clave para el fomento de la integración desde la formación como son el arraigo socioformativo y la autorización de estancia de larga duración por estudios, movilidad de alumnos, servicios de voluntariado o actividades formativas, las cuales han sido ampliamente modificadas en la nueva versión del reglamento con el fin de fomentar la empleabilidad y facilitar el tránsito al mercado laboral.

El nuevo encaje legal de ambas figuras pondrá de manifiesto como la educación y formación, enmarcadas en el art. 27 de la Constitución Española (CE) y desarrolladas por el art. 9 de la LOEx, poseen un potencial integrador que puede suplir las carencias de una concepción precaria desde un punto de vista garantista del derecho al trabajo, el cual otorga preferencia a la población ya incorporada en el mercado laboral interno y cuya plasmación normativa en la legislación de extranjería se encuentra lejos de su carácter como derecho social paradigmático. Así, aunque la interpretación sistemática del art. 19 CE y del art. 35 CE lleva a restringir el derecho de las personas trabajadoras inmigrantes a acceder, residir y trabajar libremente en el territorio, será con la entrada en consideración del art. 27 CE que se podrán abrir las puertas a una legislación de extranjería que permita una mejor integración sociolaboral de las personas extranjeras debido a su carácter inclusivo.

En última instancia, se abordará desde una perspectiva crítica las posibles carencias de la última reforma del reglamento y los retos que subsisten, poniendo especial atención en la necesaria mejora del proceso de reconocimiento de títulos de la población inmigrante que, a pesar de llegar cada vez más formada desde sus países de origen, no ve reconocida su formación debido a la insuficiencia e inadecuación de los mecanismos articulados a tal efecto. Asimismo, se apuntará que, a pesar de las numerosas reformas emprendidas, las migraciones laborales carecen de un marco normativo sólido y garantista que considere de manera integral y desde el principio este fenómeno, pareciendo que la opción primordial para que las personas trabajadoras adquieran un estatus de derechos es la vía de la regularización a través de una autorización por circunstancias excepcionales, dificultando sobremanera la integración jurídica de las personas trabajadoras extranjeras en el Estado español.

2. La centralidad de la formación en el nuevo reglamento de extranjería

Serán dos las figuras del nuevo reglamento de extranjería que servirán como epítome de la configuración central de la formación de las personas extranjeras como vía de integración. Por un lado, una particularidad nacional como es el arraigo socioformativo (abordado en el primer apartado), destinado a una enseñanza más práctica de habilidades y competencias profesionales para una rápida inserción sociolaboral de las personas en situación irregular. En un segundo punto, se tratará una figura con una fuerte impronta europea como es la autorización de estancia por estudios, que preferentemente beneficia a las personas que van a cursar estudios de enseñanza superior y cuya regulación constituye un estatuto parcialmente completo en términos de derechos del estudiantado extranjero. Cada una de estas figuras va destinada a dos circunstancias distintas, pero con la misma finalidad: la de construir puentes

² Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones, Consejo de Ministros (2024, 19 noviembre). *El Gobierno aprueba un nuevo Reglamento de Extranjería para mejorar la integración de las personas migrantes a través de tres palancas: trabajo, formación y familia* [Nota de prensa], <https://www.inclusion.gob.es/documents/20121/0/20241119+NP+CM+Reforma+Reglamento+Extranjeri+a.pdf/44f9d7de-0fc0-9850-45ca-a1b8c42d941f?t=1732018039157>.

formativos que permitan un acceso al mercado laboral acorde a las necesidades del mismo.

2.1. La remodelación del arraigo socioformativo

El arraigo para la formación fue introducido por el Real Decreto 629/2022, con clara inspiración del modelo alemán de la *Ausbildungsduldung*, como un tipo de autorización por circunstancias excepcionales que permitía a las personas extranjeras que habían permanecido durante dos años en el territorio nacional acceder a un permiso de residencia estructurado en dos fases: una primera formativa, en la que no estaba permitido trabajar; y una segunda laboral, con la presentación de un contrato de trabajo que se corresponda con la formación realizada. Ello ponía ya de manifiesto el carácter inseparable de ambas fases, tal y como señalaban las Instrucciones SEM 1/2022,³ como también lo hacía la imposibilidad de modificar esta autorización de residencia en la segunda fase por la vía ordinaria del art. 200 (actual art. 191) del anterior reglamento de extranjería, el RD 557/2011.

Si bien esta figura nace con una clara vocación integradora, la imposibilidad de trabajar durante los años de formación se revelaron no solo como un gran obstáculo, sino también como una divergencia entre realidad y norma, que podríamos calificar como una suerte de «laguna». De hecho, es evidente que el legislador era consciente de que la mayoría de las personas extranjeras que solicitaran el arraigo por formación se encontrarían trabajando de manera irregular en España, en tanto que el objetivo declarado de la norma es que salgan de esa irregularidad, o al menos que lo hagan aquellos cuyos conocimientos y formación respondan a las necesidades del mercado laboral (Rojo Torrecilla, 2023, p.53). Así, el legislador pretendía que los medios de subsistencia de las personas extranjeras con este tipo de autorización provinieran de fuentes regulares, como puede ser otras personas con las que convivan, o de fuentes irregulares, como su propio empleo sin autorización para trabajar. Ello ocasionó una situación absurda de regularidad en la residencia, pero posible irregularidad laboral, pudiendo dar lugar al debate de si debería aplicarse el régimen sancionador propio que califica como infracción grave – y puede llevar a la expulsión del territorio, en virtud del art. 57 LOEx– el hecho de trabajar sin autorización cuando no se cuenta tampoco con autorización de residencia (art. 53.1 b, LOEx)), aunque no parece que fuera el caso dado que el permiso del arraigo, aunque excepcional, constituye una autorización de residencia.

Con el nuevo reglamento de 2024, el arraigo por formación pasa a denominarse arraigo socioformativo, lo cual imprime ya su carácter más integrador y amplio. Debe recordarse que, a través del arraigo, el legislador ampara aquellas situaciones en las que la persona extranjera guarda vínculos de tipo económico, social, familiar, laboral o formativo con el lugar de permanencia lo suficientemente relevantes como para apreciar un interés en el recurrente de residir en el país (STS 7512/2007, de 22 de noviembre). Este pasa a ser regulado en el nuevo reglamento en los artículos 125-127, en los cuales se explicitan los requisitos generales que aplicarán a cualquier tipo de autorización de residencia temporal por arraigo (art. 126), y los requisitos específicos de cada uno de los arraigos contemplados (art. 127).

³ Instrucciones SEM 1/2022 sobre el arraigo para la formación y otras cuestiones comunes a las autorizaciones de residencia temporal por motivos de arraigo previstas en el artículo 124 del reglamento de extranjería, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril.

Como regla general,⁴ se establece que serán suficientes dos años de permanencia acreditada en el territorio para poder acceder a este tipo de permiso, matizando que, en su caso, el tiempo transcurrido durante el procedimiento de tramitación de una solicitud de protección internacional no contabilizará a estos efectos (art. 127, b). Si bien toda la arquitectura del arraigo ha sufrido modificaciones, en lo relativo al arraigo socioformativo debe destacarse que uno de los mayores avances supone que pueda compatibilizarse el periodo de formación con una autorización de trabajo. Así, las personas beneficiarias de esta autorización podrán trabajar a tiempo parcial, con un contrato de máximo 30 horas semanales, remuneradas como mínimo con el SMI o el salario establecido por convenio colectivo (art. 131 b), una limitación horaria impuesta que encuentra su fundamento en que la actividad laboral no debe desnaturalizar este tipo de permiso, cuya finalidad principal debe ser la de garantizar una actividad formativa a la parte beneficiaria.

Asimismo, se da mayor flexibilidad respecto al momento de la matriculación en la formación deseada, en tanto se matiza que la misma no solo puede tratarse de un compromiso futuro a realizar –como era el caso anteriormente–, sino que también se puede ya «estar cursando» en el momento de la solicitud del arraigo. Respecto a las posibles formaciones que es posible emprender, se recoge en el nuevo reglamento lo que en su anterior versión se encontraba de forma muy similar indicado en las Instrucciones SEM 1/2022. Así, fundamentalmente se tratará de tres tipos de acciones formativas:

- La educación secundaria posobligatoria (art. 52.1.b), que incluye el Bachillerato y los ciclos formativos de grado básico y medio.
- Una formación destinada a la obtención de un certificado profesional de grado C, en sus niveles 2 y 3 (art. 52.1.e) 5º).
- Una formación promovida por los servicios públicos de empleo (SPE) orientada al desempeño de una ocupación incluida en el Catálogo de ocupaciones de difícil cobertura (CODC).

En este sentido, es importante resaltar que no se incluyen entre las opciones los estudios de educación superior del art. 52.1 a), que incluye desde titulaciones universitarias, como la de Grado, Máster o Doctorado, hasta los ciclos formativos de Grado Superior que conducen al título de Técnico/a Superior. Esto es así porque el arraigo socioformativo tiene un marcado carácter profesionalizante: su finalidad no es tanto la educativa como la de formar profesionales con la capacitación y las habilidades técnicas necesarias para responder a las demandas del mercado laboral. Así, la mejora de la inserción laboral de las personas extranjeras será la brújula que guíe esta figura.

De igual forma, se señala que también será posible otorgar esta autorización a personas que se comprometan –en este caso, en futuro– a realizar una formación promovida por los SPE, situando de esta manera a las personas demandantes de empleo nacionales o con autorización para residir y trabajar en igualdad de condiciones respecto a aquellas cuya situación administrativa es irregular. Ello se encuentra en consonancia con el hecho de que en 2022 se suprimió el párrafo sexto del anterior artículo 65.1 que señalaba que se podrían no incluir en el CODC aquellos puestos que podían ser cubiertos por personas inscritas como demandantes de empleo tras su participación en acciones formativas programadas por el SPE, que necesariamente tiene que ser inmigrantes en situación regular o nacionales, pero no extranjeros/as sin autorización. Si bien este precepto podría entenderse que

⁴ El arraigo familiar constituye una excepción, en tanto que no exige un periodo de permanencia previo. No obstante, con el nuevo reglamento su campo de aplicación se ha visto ampliamente reducido.

perseguía la empleabilidad de las personas formalmente insertas en el mercado laboral interno, se estaba dejando fuera no solo del mercado de trabajo, sino también de las acciones formativas para el empleo, a las personas en situación irregular, en completa incoherencia con la Ley de Empleo y con el contenido que alcanza el derecho a la educación, tal y como se verá en las líneas siguientes.

En virtud de la disposición transitoria quinta, las personas cuya solicitud de protección internacional haya sido rechazada podrán acceder a este tipo de autorización por circunstancias excepcionales, siempre y cuando hayan pasado por lo menos seis meses en situación irregular desde la resolución denegatoria o desestimatoria en sede administrativa o judicial. Cabe destacar que esta vía de regularización está limitada temporalmente, en tanto que solo estará en vigor hasta mayo de 2026, lo cual contrasta con las figuras propias del derecho alemán en las que se inspira, la *Ausbildungsduldung* (§ 60c AufenthG) y la *Aufenthaltserlaubnis zur Berufsausbildung* (§ 16g AufenthG), cuya finalidad es ofrecer una vía estable de regularización a personas cuyas solicitudes de asilo hayan sido rechazadas y hubieran comenzado ya una formación profesional antes de la resolución del procedimiento o bien, que cuenten con un permiso de permanencia tolerada (*Duldung*, §60a AufenthG) durante más de 3 meses.⁵

Esta forma de acceso a la regularidad es beneficiosa especialmente por tener tres realidades en cuenta: el mercado laboral del país de acogida, la situación de la persona inmigrante, así como la del país de origen. Uno de los mayores problemas de los enfoques que pretenden atraer talento de otros países para suplir la escasez de mano de obra en ciertos sectores es que ocasionan lo que se conoce como «fuga de cerebros», que más que una dinámica de captación de profesionales cualificados funciona como un mecanismo de extracción de capital humano de los países más empobrecidos, paralizando así su desarrollo económico y social. De hecho, la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, se basa en la idea de facilitar el acceso a las personas inmigrantes con mayores cualificaciones y/o recursos para que se instalen y trabajen en el Estado español, olvidando uno de los presupuestos clave de la política migratoria como es la integración (art. 2ter, LOEx) que debería priorizar la inclusión de las personas que ya se encuentran en el territorio. Por el contrario, esta forma de arraigo se inserta de manera adecuada en el paradigma de la integración, al propender hacia vías que den acceso a un estatus de derechos seguro mediante un mecanismo fundamental de inserción y cohesión como es la educación.

Como se ha apuntado, la denominación del arraigo como «socioformativo» deriva de un nuevo requisito que no estaba presente en el anterior arraigo para la formación como es la exigencia de un informe de integración social emitido por los órganos competentes de la Comunidad Autónoma, el cual deberá certificar la participación en actividades formativas; el conocimiento y respeto de los valores superiores del ordenamiento autonómico, estatal y europeo; el respeto por la igualdad de género y el eventual aprendizaje de las lenguas cooficiales a nivel autonómico. En este punto, se puede apreciar una diferencia cualitativa en cuanto al contenido del informe respecto al anterior reglamento. Si bien en su versión precedente el informe de integración social atendía a cuestiones más tangibles o materiales, como los medios económicos, el tiempo de permanencia en el domicilio habitual, los conocimientos de la lengua o la participación en programas de inserción sociolaboral o cultural, el nuevo articulado remite a una valoración ciertamente más compleja y subjetiva, que puede dar pie a una mayor discrecionalidad administrativa, pero que

⁵ No se trata estrictamente de un permiso que autorice a residir sino de una medida cautelar de suspensión de la expulsión porque no se puede efectuar por motivos legales o fácticos.

se ajusta al espíritu de los Principios Básicos Comunes (PCB) y a la concepción de la integración prevista en el art. 2ter de la LOEx (Illamola Dausà, 2011, p.177). Así, con este nuevo requisito, se pone en valor una de las dimensiones que ostenta la integración en el orden jurídico como es la de constituirse como una condición de acceso a derechos⁶ (Barbou des Places, 2016, p.181), acercándose a una visión contractualista del régimen de reconocimiento de derechos que necesariamente deberá ser combinada con una aproximación a la integración como objetivo de los poderes públicos con el fin de que esta no se convierta en un medio de exclusión y control que desnaturalice su sentido originario. De hecho, si se atiende a la concepción de integración que emana del art. 2ter de la LOEx, no habría cabida para la instalación de un paradigma contractual de la integración, en tanto que se señala que será un objetivo de las Administraciones públicas atendiendo al principio de interculturalidad, transversalidad e igualdad de trato.

En este sentido, como señalan García-Juan y Alonso (2023, p.12), para que las administraciones públicas puedan cumplir con el requisito del informe de integración social, será necesario que las políticas de integración en España no se dirijan solo a las personas en situación legal, sino también a aquellas en situación irregular. Así, la integración en el ordenamiento jurídico español es entendida de manera más amplia que en el caso de la Unión, la cual circunscribe las políticas de integración a las personas nacionales de terceros países que residan legalmente en el territorio europeo. De hecho, el art. 2ter.2 de la LOEx, que señala que deben adoptarse medidas específicas que favorezcan la incorporación al sistema educativo y el acceso al empleo como «factores esenciales de integración», no establece distinción alguna según la situación administrativa, sino que habla de «extranjeros» en general. Volviendo al informe de integración social, cabe señalar que, si bien este informe en principio ha de ser emitido en un plazo máximo de un mes, dependerá en la práctica de la celeridad de la administración territorial competente, por lo que el proceso de resolución del arraigo socioformativo podrá dilatarse más en el tiempo que su anterior versión.⁷

En definitiva, esta modalidad de arraigo rompe así con la tendencia generalizada que trata a la población trabajadora extranjera con menor cualificación como un ejército de reserva de mano de obra barata y preferentemente provisional – tal y como la reflejan los programas de migración circular – en torno a la cual no existiría interés alguno en favorecer su integración o asentamiento, en contraposición a las políticas dirigidas a los/as profesionales altamente cualificados/as, las cuales buscan no solo atraerles, sino también incentivar a que se queden (Weinar y Klekowski von Koppenfels, 2020, p.103). Asimismo, se encuentra en consonancia con los objetivos de integración que se desprenden de la normativa de extranjería y con uno de los objetivos tácticos (1.1) del Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión contra el Racismo y la Intolerancia (2023-2027), que aspira a reducir el número de personas en situación de irregularidad administrativa, por lo que se puede augurar que sus efectos serán favorables, especialmente por el hecho de que permita ocupar un empleo durante la formación.

⁶ Esta vertiente de la integración tuvo todo su esplendor a partir de los años 90, donde en diversos países de la Unión Europea se instauraron las famosas pruebas de ciudadanía con el fin de evaluar si una persona está lo suficientemente integrada como para concederle derechos.

⁷ Para remediar los eventuales retrasos, en el caso de la renovación de residencia y trabajo por cuenta ajena, se explicita que, si se acredita que el informe no ha sido emitido en el plazo de un mes, podrá justificarse el esfuerzo de integración por cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

2.2. La autorización de estancia de larga duración por estudios

La aprobación de la Directiva 2016/801, de 11 de mayo de 2016, que refundía dos versiones anteriores⁸ en un texto mucho más completo y riguroso, se tuvo que traducir en una necesaria reforma en el ordenamiento jurídico español que traspusiera el régimen de entrada y residencia «de los nacionales de países terceros con fines de investigación, estudios, prácticas, voluntariado, programas de intercambio de alumnos o proyectos educativos y colocación *au pair*» en el reglamento de desarrollo de la LOEx. Así, el Real Decreto-ley 11/2018, de 31 de agosto, vino a modificar el RD 557/2011,⁹ con el fin de adaptarlo a un contexto europeo de atracción de talento y promoción de la Unión Europea como espacio de excelencia competitiva en el ámbito investigador y formativo. La voluntad de disputar en la «carrera mundial del talento» sigue más vigente que nunca, tal y como reflejan el Plan de Acción contra la Escasez y Personal Cualificado (COM/2024/131 final) o los paquetes de medidas del Nuevo Pacto de Migración y Asilo, que incluyen una reserva de talentos («*EU Talent Pool*») y asociaciones en materia de talentos («*Talent Partnerships*»), cuyo reto es el de combinar el apoyo directo destinado a programas de movilidad con fines laborales o de formación con el desarrollo de capacidades y la inversión en capital humano (COM/2022/657 final, p.12). Finalmente, en 2022 se introdujeron de nuevo algunas modificaciones sustanciales relativas al acceso al empleo de las personas beneficiarias de esta autorización que flexibilizaron la compatibilización del trabajo con los estudios, además del tránsito de la autorización de estancia a la autorización de residencia y trabajo.

Con el nuevo reglamento, se ha mejorado en la trasposición de la Directiva 2016/801 con una regulación que dota de mayor seguridad jurídica a los supuestos contemplados en dicho instrumento, estipulando de manera mucho más completa, en el Capítulo II del Título II, las actividades que podrán dar lugar a la solicitud de la autorización por estudios, movilidad de alumnos, servicios de voluntariado o actividades formativas. Así, este tipo de autorización constituye una excepción dentro de la situación de estancia, la cual en principio está circunscrita a los casos donde el tiempo de permanencia en el territorio no supera los noventa días. Se trata del único supuesto de «estancia de larga duración» contemplado por el ordenamiento (art. 47.3), resultando llamativo que, por el contrario, las personas beneficiarias de un visado de búsqueda de empleo se encuentren dentro de las consideradas como situaciones de residencia (art. 47.4, a)). Las implicaciones de esta calificación adquieren sustantividad a efectos de solicitar una residencia de larga duración-UE, en tanto que el tiempo de estancia con un visado de estudios computará solo en el 50% de la duración total (art. 176, a)), mientras que en la residencia de larga duración nacional y para adquirir la nacionalidad española ni siquiera computarían. Además, tal y como se verá más adelante, la situación de estancia sitúa a las personas beneficiarias en unas circunstancias desventajosas a la hora de solicitar ayudas o becas económicas para el estudio.

Dado que la regulación del reglamento anterior era mucho más escueta, se adoptaron, siguiendo la praxis habitual en materia de extranjería, las «Instrucciones SEM 1/2023 sobre autorizaciones de estancia por estudios», las cuales vinieron a ofrecer cierta claridad respecto a este tipo de permiso, desarrollando además algunos de los requisitos exigidos para la obtención de un visado que necesitaban de aclaración, como la acreditación de los recursos económicos suficientes o el contar con un seguro médico privado. Asimismo, podrían destacarse dos condiciones que,

⁸ Concretamente, las Directivas 2004/114/CE y 2005/71/CE.

⁹ También se reformó la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización.

si bien con la anterior regulación del visado de estancia por estudios, solo eran exigibles en caso de una permanencia superior a seis meses –el certificado médico y la ausencia de antecedentes penales en los últimos 5 años–, en la versión actual se tornan preceptivas en todo caso (art. 35, j) y l)).

Antes de entrar en los detalles de esta autorización, resulta conveniente ofrecer algunas cifras. Según el último informe del Observatorio Permanente de la Inmigración (2024), durante el primer semestre de 2024 había 78.984 personas con una autorización de estancia por estudios, lo cual supone un incremento anual de un 19%. En su gran mayoría (el 76%), las autorizaciones van dirigidas a estudiantes de enseñanza superior, provenientes especialmente de países como Colombia, China y Marruecos. En líneas generales, son escasas las autorizaciones expedidas para familiares de personas beneficiarias de esta autorización (solo el 4%), lo cual puede explicarse por la media de edad relativamente temprana de estas autorizaciones (27 años), que hace más improbable el contar con descendencia o con un/a cónyuge/pareja registrada, además de que el régimen para los familiares no resulta especialmente favorable al no poder acceder a un trabajo.

El régimen de estancia de las personas titulares de esta autorización por estudios será marcadamente beneficioso cuando se trate de personas incluidas en el supuesto del art. 52.1 a), esto es, aquellas que vayan a realizar una formación de estudios superiores en una institución de enseñanza superior que, como se ha apuntado, suponen la gran mayoría. Efectivamente, estas contarán con una autorización de trabajo por cuenta ajena y propia de manera automática y sin necesidad de ningún trámite adicional (art. 57), mientras que en la versión anterior del reglamento se incorporaba la autorización para trabajar en todos los supuestos que incluían una actividad formativa (art. 42.1 *in fine*). Además, tal y como se preveía en la regulación anterior, son sujetos legitimados para solicitar la autorización tanto la persona extranjera como la institución de enseñanza superior debidamente registrada, siempre y cuando el interesado se encuentre regularmente en el territorio.¹⁰

Asimismo, cabe destacar que el reciente RD 1155/2024 ha reducido los casos en los que los familiares podrán acompañar a las personas beneficiarias de esta autorización al supuesto de que las mismas estén realizando estudios superiores o una formación sanitaria especializada (art. 56). Por el contrario, se ha ampliado el concepto de familia, incluyendo también a la pareja estable debidamente probada, así como a la descendencia de la pareja de la persona beneficiaria de la autorización. En ningún caso, tal y como preveía la normativa anterior, los familiares que acompañen a una persona titular de esta autorización o visado podrán solicitar una autorización para trabajar durante su permanencia en el territorio, lo cual dota de sentido al requisito relativo a los medios económicos que deben acreditarse para obtener un visado de estudios previsto en el art. 35 h), que debe ser del 100% del Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) para su propio sostenimiento y del 75% para el primer familiar, con ciertos matices.¹¹ Así, solo cuando las personas beneficiarias de la autorización de estancia modifiquen su situación a una de residencia y trabajo, en virtud del art. 190, sus familiares –siempre y cuando se mantenga la convivencia, cuenten con recursos económicos y una vivienda adecuada – podrán comenzar a trabajar por cuenta propia o ajena al verse concedidos una

¹⁰ En este punto, cabe realizar un matiz: si bien las instrucciones SEM 1/2023 explicitaban que el requisito de permanencia regular en el territorio podía cumplirse si se contaba con un visado de turista o, en caso de estar exento, dentro de los 90 días de estancia máxima, el art. 54.1 del RD 1155/2024 parece excluir esta posibilidad, al establecer que deberán contar con «autorización de residencia».

¹¹ En caso de tener abonado de antemano el alojamiento por todo el tiempo de la duración de la estancia, no será necesario acreditar el 100% del IPREM.

autorización de residencia por reagrupación familiar (art. 65.2). Por último, respecto al régimen de los familiares, cabe destacar que en caso de movilidad intra-UE de la parte beneficiaria de una autorización de estancia, sus familiares no podrán acompañarle al tratarse el derecho a la reagrupación familiar del estudiantado de un derecho concedido en virtud de la legislación nacional y no europea (Instrucción nº12, SEM 1/2023).

Como novedad, debe señalarse que, en lo relativo a la modificación de la situación de estancia a la de residencia y trabajo por cuenta ajena,¹² se ha establecido como sujeto legitimado para solicitar la autorización no solo al empleador, como constaba en las anteriores versiones, sino también al propio titular de la autorización (art. 190.2), sin que sea aplicable el requisito de la situación nacional de empleo. Asimismo, se recoge lo estipulado en la disposición adicional decimoséptima de la Ley 14/2013, la cual establece un puente entre las personas beneficiarias de una autorización de estancia que hayan finalizado estudios superiores y el acceso a un visado de búsqueda de empleo o para emprender un proyecto empresarial.

El análisis pormenorizado de ambas figuras nos permite afirmar que estas ponen de relieve la importancia que toma la educación y formación en la gestión de los flujos migratorios y en las políticas de integración de la población extranjera, debido a un contexto europeo de envejecimiento demográfico y de innovación tecnológica y científica que sitúa a la juventud con formación en ciertas ramas y al sector de los cuidados de larga duración en el centro de las políticas públicas. Así, en este RD 1155/2024 jugarán un papel esencial dos derechos: el derecho al trabajo y el derecho a la educación, los cuales se tratarán a continuación.

3. La educación y formación como pieza clave para una adecuada integración laboral

El estudio de las dos figuras reguladas por el reglamento de extranjería pone de manifiesto una cuestión irrefutable como es que el derecho a la educación se encuentra en el centro de la normativa de extranjería, con estrecha vinculación también con el derecho al trabajo de las personas extranjeras e incluso con el derecho a la libre circulación y residencia. Las aproximaciones económicas a la educación de teóricos neoclásicos como Schutz o Becker,¹³ que la enmarcaron como un bien de inversión en capital humano, siguen más vigentes que nunca, en tanto que la formación es hoy en día un factor determinante para la inserción laboral posterior. La parca previsión constitucional respecto a los derechos de las personas extranjeras en España ha hecho de la interpretación del Tribunal Constitucional (TC) un instrumento esencial para delimitar su estatus jurídico.

Así, se realizará en primera instancia una aproximación hacia la concepción del derecho a la educación de las personas extranjeras por parte de la doctrina constitucional, poniendo en valor las posibilidades que este otorga para favorecer la integración de la inmigración, tanto en términos generales como en el mercado laboral en particular. Posteriormente, en el siguiente apartado, se comparará esta delimitación más integradora del derecho a la educación con el modo en el que el derecho al trabajo es concebido en el ordenamiento jurídico español, que se aleja de

¹² También es posible obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta propia o de residencia con excepción de autorización de trabajo.

¹³ De estos autores, fueron fundacionales obras como Schultz, T. (1961). *Investment in Human Capital*. American Economic Review, 51, 1- 17 o Becker, G. (1983). *El capital humano*. Segunda Edición. Alianza Editorial. S.A. Madrid. España.

su naturaleza como derecho social al estar atravesado por una visión proteccionista y devaluada que afecta en especial a las personas extranjeras.

3.1. El potencial del art. 27 CE para garantizar la igualdad de condiciones

Tal y como afirmó el TC en su célebre sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, «el derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir». Así, una interpretación sistemática del 27 CE a la luz del 10.2 CE llevó al TC a concluir que el derecho a la educación, tal y como reconocen los principales textos de derecho internacional de los derechos humanos, se encuentra íntimamente ligado a la dignidad humana, por lo que nadie podrá ser privado del mismo por su condición de extranjería o su situación administrativa. Esto implicará que el derecho a la educación se sitúe entre el primer grupo de derechos de la famosa teoría tripartita de los derechos establecida por el TC en la STC 107/1984, de 23 de noviembre, en tanto que es reconocido en igualdad de condiciones tanto a personas españolas como extranjeras por su especial conexión con la dignidad humana.

Por lo tanto, a efectos del contenido del art. 27 CE, no serán relevantes las interpretaciones que del art. 19 CE se realicen, puesto que el TC los considerará de manera adecuada como dos derechos inconexos. Así, se afirmará que el reconocimiento del derecho a la educación a las personas extranjeras en situación de residencia irregular no entrañaba una discriminación en perjuicio de la población extranjera con residencia regular, «puesto que aquellos que carezcan de autorización para residir pueden ser expulsados siguiendo los procedimientos legalmente establecidos, pero mientras se encuentren en territorio español no pueden ser privados de este derecho por el legislador» (STC 236/2007, FJ 8º). Ello implicará que el derecho a la educación posobligatoria de la infancia y adolescencia menor de edad no puede ser condicionado a la posesión de una autorización administrativa, solo a los mismos requisitos que los nacionales, como el mérito o la capacidad.

El art. 9 de la LOEx desarrolla el derecho a la educación de las personas extranjeras, estableciendo dos criterios de atribución de derechos: la edad y la situación administrativa. Por un lado, las personas extranjeras menores de 18 años tienen derecho a la educación, tanto en la fase de enseñanza básica, gratuita y obligatoria, como en la fase posobligatoria, incluyendo también con ello el derecho de acceso al sistema público de becas y ayudas en igualdad de condiciones a las personas nacionales en tanto que elementos esenciales de dicho derecho (p. ej. STC 188/2001, de 20 de septiembre o STC 212/2005, de 21 de julio). En un segundo apartado, la ley orgánica indica que el derecho a la educación se transforma en un derecho de configuración legal para las personas extranjeras sin autorización de residencia de más de dieciocho años, en tanto que solo reconoce el derecho a las demás etapas educativas posobligatorias a la población extranjera mayor de 18 años que sea residente, dejando a aquellas personas en situación irregular a la merced de «lo establecido en la legislación educativa», sin prohibirlo, pero tampoco garantizándolo. En todo caso, cabe destacar que esta disposición fue modificada en 2009 para eliminar la mención de residente que excluía del todo, en una exégesis literal del precepto, a las personas mayores de edad sin autorización de residencia del acceso a la educación.

Siguiendo la doctrina constitucional de 2007, la STC 155/2015, de 9 de julio, reafirmará el campo de aplicación distinto del 19 CE y del 27 CE. Así, todo lo relativo al régimen de entrada y permanencia de las personas extranjeras en el territorio, a

pesar de que sea con fines de estudio – como es el caso de la autorización de estancia por estudios –, entiende que está vinculado con los derechos de circulación que derivan del 19 CE, mientras que el 27 CE y su plasmación en el art. 9 LOEx afectaría más bien a la admisión de las personas extranjeras en un centro o nivel de estudios (FJ 2º). De esta manera, analizando el art. 9.3 LOEx a la luz del 27 CE, el TC entiende que la remisión a la legislación educativa¹⁴ en el caso de la población extranjera mayor de dieciocho no sería inconstitucional, en tanto que lo que pretendería el legislador orgánico sería equiparar plenamente españoles y extranjeros «residentes» respecto al derecho a la educación, pero sin excluir en forma alguna al resto de población extranjera, puesto que en el primer inciso se llevaría a cabo un reconocimiento general que daría cabida a los mismos.

Esta interpretación sería coherente con el caso que nos ocupa, puesto que las personas beneficiarias de una autorización de estancia por estudios no se encuentran en situación de residencia estrictamente, sino de estancia, por lo que podrían también verse excluidas de manera ilógica de la educación por el 9.3 LOEx. En esta misma línea, la STS 2235/2009, de 10 de marzo, declaró ajustado a Derecho un precepto de una norma autonómica que condicionaba el acceso de las personas extranjeras a la educación posobligatoria y a los centros de formación de adultos al empadronamiento, considerando que no contradecía el marco estatal en tanto que este no prohíbe el acceso de las personas extranjeras en situación irregular a la formación posobligatoria, por lo que el derecho a la educación se concibe desde la jurisprudencia en términos amplios e inclusivos.

Respecto al contenido de este derecho, es doctrina reiterada del TC que la dimensión prestacional del derecho a la educación no se limita a la enseñanza básica, sino que cubre todas las etapas educativas, extendiéndose también a los niveles superiores, independientemente de su gratuidad u obligatoriedad (STC 86/1985, de 10 de julio). No obstante, la intensidad de las garantías irá disminuyendo conforme el nivel educativo sea mayor, en concordancia con la jurisprudencia del TEDH,¹⁵ aumentando así el margen de apreciación de los poderes públicos y pudiéndose incluso limitar el acceso de las personas en situación irregular a los estudios universitarios, siempre y cuando se persiga un objetivo constitucionalmente legítimo que atienda a los principios de proporcionalidad y necesidad.

Así, la condición de estancia – y no de residencia – de la mayoría del estudiantado extranjeros tiene un inconveniente: el acceso a las ayudas económicas para cursar estudios superiores. En diversos fallos, el Tribunal Supremo ha puntualizado que la condición de estancia no es asimilable a la situación de residencia, por lo que sería posible excluir de una convocatoria de becas al alumnado universitario que se encuentre en situación de estancia (STS 7132/2011, de 8 de noviembre; STS 824/2012, de 14 de febrero), en tanto que la educación posobligatoria del art. 9.2 no incluye la etapa universitaria, sino que se referirá al bachillerato, formación profesional, grado medio, etc., y, además, la exigencia de gratuidad no se extiende a las etapas y niveles superiores a la enseñanza básica. Esta se trata de una doctrina reiterada también por la Audiencia Nacional en diversas de sus sentencias, donde se resalta que no sería contrario al derecho a la educación ni constituiría un trato discriminatorio el exigir a las personas extranjeras extracomunitarias unos requisitos específicos – como el contar con una autorización de residencia –, al igual que «también se exigen a los nacionales que solicitan esas ayudas el cumplimiento

¹⁴ La disposición adicional decimonovena de la LO 2/2006 explicita que se aplicará el contenido previsto en la ley al alumnado extranjero en los términos previstos en la LO 4/2000 y su normativa de desarrollo.

¹⁵ STEDH de 21 de junio de 2011, asunto *Ponomaryovi c. Bulgaria*, §§ 55 y 56; STEDH de 2 de abril de 2013, asunto *Tarantino y otros c. Italia*, §§ 44 y 45.

de determinados requisitos económicos, patrimoniales y académicos» (SAN 853/2024, de 23 de febrero).

Poniendo el foco en el objeto de estudio de presente artículo, podría entenderse que las personas extranjeras en situación irregular también pueden realizar una formación profesional para el empleo, puesto que se tiene una concepción amplia del objeto de protección del 27 CE, incluyendo cualquier modalidad de formación profesional (Camas Roda, 2016, p.103). No obstante, los SPE no pueden ofrecer la formación para el empleo a las personas en situación irregular porque solo aquellas que cuenten con autorización de residencia podrán inscribirse como demandantes de empleo, tal y como señala la Orden de 2005 que regula dicha circunstancia.¹⁶

Es por ello por lo que un menor registro de población extranjera como demandante de empleo no es en absoluto signo de mayor tasa de ocupación, en tanto que la irregularidad administrativa impide el acceso a la inscripción en el SPE. Ello supone una evidente falta de integración laboral, puesto que la tarea de las oficinas de empleo es, precisamente, procurar la integración en el mercado de trabajo de quienes han quedado excluidos/as del mismo temporalmente (Mahía, 2022, p.37). Una vía alternativa que posibilitaría el acceso a la formación profesional sería que, a través de las administraciones públicas o entidades privadas que formen parte del sistema de formación para el empleo, se dispense esta formación, o bien, tal y como pretendieron ciertas formaciones políticas en el proceso de enmiendas de la Ley de Empleo,¹⁷ introducir en el art. 50 de la misma una especial mención a las personas en situación irregular que cumplen con los requisitos del arraigo socioformativo o sociolaboral, por ejemplo.

Ello permitiría en cierta manera superar la discordancia según la cual los SPE no pueden ofrecer formación a las personas trabajadoras en situación irregular, pero estas a su vez se entiende que son un colectivo que necesita de especial atención por parte de las políticas de empleo, tal y como se verá más adelante. Además, el derecho a la educación no puede estar condicionado a la situación administrativa, aunque se trate de formación destinada específicamente al empleo o sea impartida por organismos laborales, puesto que, en este caso, no solo se estaría negando el derecho al trabajo, sino también el derecho a la integración a través de acciones formativas. Es así como debe entenderse el 9.3 de la LOEx, el cual señala que los poderes públicos tienen la obligación de promover que las personas extranjeras tengan la posibilidad de recibir enseñanzas para su mejor integración social, sin realizar distinción alguna según la situación administrativa, puesto que una cosa es negar el derecho a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones, y otra muy distinta es negar la posibilidad de obtener en el futuro un puesto de trabajo al poner impedimentos para llevar a cabo el proceso de integración que, valga recordar, en el ordenamiento jurídico español no entiende de autorización administrativa.

En efecto, la controversia se origina cuando se sale de los cercos del campo de la educación y se entra en el mundo del trabajo – pues la formación para el empleo se encuentra en la frontera entre estos dos ejes –, donde parece que no prime tanto el principio de integración, sino que se prioriza al colectivo nacional o residente, manteniendo una lógica proteccionista. Es por ello por lo que el acceso equitativo a la educación es un mecanismo idóneo para garantizar el derecho al trabajo de las

¹⁶ Orden TAS/3698/2006, de 22 de noviembre, por la que se regula la inscripción de trabajadores extranjeros no comunitarios en los Servicios Públicos de Empleo y en las Agencias de Colocación.

¹⁷ Enmienda nº 12 y 18 del Grupo Parlamentario Plural; Enmienda nº 353 del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-112-4.PDF.

personas extranjeras en igualdad de condiciones, en tanto que al vincular el derecho a la educación – como derecho fundamental al que toda persona, independientemente de la situación administrativa, tiene derecho – al derecho al trabajo, se abre una vía idónea para favorecer la inclusión.

El arraigo socioformativo y la autorización de estancia son dos cauces de acceso a un estatus regular vinculado con la formación, articulados como puerta de entrada para una posterior inserción en el mercado de trabajo, lo cual permite también que la inmigración responda de manera adecuada a las necesidades del mercado laboral y se produzca así un ajuste mutuo entre oferta y demanda, pareciendo una mejor forma de suplir la escasez de mano de obra de ciertos sectores que la contratación en origen, tal y como está diseñada. Así, en vez de constituirse como un muro infranqueable, el mercado de trabajo formal se erigirá como un mecanismo de integración gracias a los elementos formativos previos que acompañarán a la persona extranjera en su proceso integración jurídica y social.

Finalmente, cabe destacar que, con el fin de que el art. 27 CE despliegue toda su potencialidad en el arraigo socioformativo, es fundamental una mayor inversión en centros públicos que ofrezcan Formación Profesional (FP), pues son los de carácter privado los que concentran el mayor crecimiento de las matriculaciones en los últimos años, un repunte que se agudiza en las FP a distancia, agrupando más de la mitad de las matriculaciones. En el caso de las personas extranjeras, un 28% de las mismas se han matriculado para el curso 2021-2022 en una FP impartida por un centro privado o privado concertado (Observatorio FP, 2023, p.80), lo que supone un crecimiento del 10% en proporción al año 2017-2018.

3.2. La naturaleza inclusiva de la educación frente a la voluntad proteccionista del derecho al trabajo.

A pesar de que el derecho a la educación y el derecho al trabajo forman parte integrante del grupo catalogado clásicamente como derechos sociales, a cada uno de ellos se les ha conferido un grado diferenciado de importancia en el ordenamiento jurídico, comenzando por la inclusión del derecho a la educación entre los derechos fundamentales tutelados por el art. 53.2 de la CE, el cual permite recurrir en amparo, así como la aplicación de los principios de sumaria y preferencia en todo procedimiento que los involucre, mientras que el derecho al trabajo se situará entre los derechos constitucionales cuya tutela la ejercerá la jurisdicción ordinaria.

Así, el derecho al trabajo es un derecho de configuración legal contemplado en el art. 35 CE, el cual se constituye como un precepto poliédrico al incorporar también una dimensión de libertad y otra de deber, debiéndose vincular además con el objetivo de pleno empleo (art. 40.1 CE) y con el derecho de las personas penadas al trabajo remunerado (art. 25.2 CE), adoleciendo así de cierta dispersión sistemática. El Tribunal Constitucional trató la cuestión del derecho al trabajo de las personas extranjeras en la propia STC 107/1984, donde determinó, desde una óptica reductiva (De Lucas, 2019, p. 214), que este no se encuentra lo suficientemente vinculado a la dignidad humana como para garantizarse en igualdad de condiciones a nacionales y extranjeros. Por lo tanto, no existe de ningún modo un derecho *a*/ trabajo en igualdad de condiciones, pero sí que existirá una concepción igualitaria de los derechos laborales *en* el trabajo, tal y como contempla el art. 36.5 LOEx, según el cual la carencia de autorización no invalida el contrato de trabajo respecto a los derechos

que del mismo deriven, exceptuando la prestación por desempleo.¹⁸ Así, el estatuto jurídico-laboral de las personas trabajadoras inmigrantes tiende a prevalecer sobre la aproximación administrativista, protegiendo al sujeto trabajador (de iure o de facto), independientemente de su nacionalidad o situación administrativa, y elevando así los derechos laborales a la categoría de derechos humanos de toda persona trabajadora. No obstante, la identificación reductiva del derecho al trabajo de las personas extranjeras simplemente con los derechos de las personas trabajadoras no supone sino una «minoración del ideal» (García Manrique, 2013, p.235) que se aleja de la concepción germinal y más emancipadora del mismo.

Sin ánimo de entrar en las diferentes dimensiones que componen el complejo precepto del art. 35 CE, resultará interesante realizar una breve aproximación histórica al derecho al trabajo por dos razones: los derechos fundamentales son fundamentalmente categorías históricas, por lo que indagar en sus cronología permitirá comprender mejor sus cimientos; además, el derecho al trabajo resulta de especial interés en tanto que, si bien constituye el paradigma del derecho social, el devenir histórico lo ha situado en una suerte de «pedestal arqueológico que ha permanecido casi inmutable» (Sastre Ibarreche, 1996, p.23), pareciendo que los debates que lo envuelven pertenecen a una época pasada. Es así como echar la vista hacia los orígenes axiológicos, históricos y políticos del derecho al trabajo puede permitir adoptar una perspectiva crítica hacia la doctrina constitucional que señala que este derecho no se encuentra en estrecha conexión con la dignidad.

A finales del S. XVIII, siguiendo una lógica contractualista, Fourier y posteriormente su discípulo Considérant estipularán que el derecho al trabajo es una suerte de compensación por la pérdida de los derechos naturales con los que contaba en el estado de naturaleza previo. Más tarde, Louis Blanc entenderá que el derecho al trabajo es ante todo un derecho de participación, que implicará el derecho de todos a participar como iguales en el desarrollo de las actividades productivas, por lo que supondrá una involucración activa en la construcción de comunidad (Scotto, 2024, p. 363).

No solo en Francia, sino también en la Alemania de Bismark, se proclamará que el Estado prusiano tendrá la obligación de garantizar el derecho al trabajo de la ciudadanía, pero no tanto como derecho de participación democrática, sino más bien como parte de una política asistencial caritativa que tratará de desvirtuar las proclamas socialistas. Será la lógica asistencial la que progresivamente irá imponiéndose, también en Inglaterra durante los siglos siguientes, perdiendo su potencial histórico y político como vía de participación ciudadana fundamentada en la solidaridad social (Sastre Ibarreche, 1996, p.36-37). Así, el derecho al trabajo estará, desde sus orígenes, íntimamente ligado con la calidad de membresía en la comunidad política, garantizando la subsistencia de una gran parte de ciudadanos/as no propietarios/as que no habrían obtenido una contraprestación justa en el pacto social tras la alienación de los derechos de subsistencia que poseían en el estado de naturaleza.¹⁹ No obstante, sufrirá una paulatina pérdida de significado hasta que numerosos textos internacionales y regionales incluyeron como derecho humano el

¹⁸ Debemos recordar que antes de la reforma emprendida por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, este precepto consideraba que un contrato de trabajo suscrito por una persona extranjera sin autorización para trabajar podría ser considerado nulo.

¹⁹ Junto con el socialismo utópico francés, debe destacarse el rol de Fichte en la teorización de este derecho, aunque no de tan manera explícita como los pensadores franceses. Ver p. ej. Fichte, J.G. (1991, orig. 1800). *El Estado comercial cerrado*, Tecnos.

derecho al trabajo,²⁰ devolviéndole así cierto carácter iusnaturalista que las constitucionalizaciones del siglo XIX y XX le habían extraído.

A pesar de que la fundamentación axiológica del derecho al trabajo desde posiciones iusnaturalistas lo sitúan como un elemento central en la dignidad del ser humano en tanto que derecho natural e inalienable (Vigo Serralvo, 2020, p. 198), en el ordenamiento jurídico español persiste la utilización de la nacionalidad como criterio de reconocimiento de este derecho. Si bien la distinción entre nacional y extranjero es consustancial al Estado-nación – con los pertinentes matices debido a la ciudadanía europea –, el que esta se constituya como un factor de acceso a derechos no es sino un mecanismo que hace del trabajo una vía de disciplinamiento y control, sobre todo cuando es una de las pocas vías junto con el patrimonio de acceder a un estatus de derechos. Así, podría pensarse que la exclusión de las personas extranjeras del derecho al trabajo iría encaminada a mantener la desigualdad en los límites necesarios para la estabilidad y desarrollo del sistema social y económico vigente (Capella, 2001, p.203), alejándose del potencial integrador que este tiene. No obstante, en la normativa española se puede identificar diversos preceptos que, a través de una interpretación sistemática, podrían llevar a entender que hay cierta voluntad por aproximarse a un paradigma igualitario en lo relativo al acceso al trabajo, especialmente proveniente de la normativa laboral y en relación con las medidas de inserción a través de la formación.

Al remitirse a la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, el artículo 50 incluye a las personas migrantes entre los colectivos que necesitan de una atención prioritaria por parte de los programas de empleo por las especiales dificultades que estas encuentran para el acceso y mantenimiento del empleo y el desarrollo de su empleabilidad. En su versión anterior, la Ley de Empleo reconocía a las personas inmigrantes como un colectivo «prioritario» pero matizando que debería respetarse, en todo caso, la legislación de extranjería (art. 30 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo, actualmente derogado). Así, se puede observar que la normativa laboral actual da cabida a que las personas extranjeras, incluso aquellas que se encuentren en situación irregular, puedan ser objeto de medidas de inserción laboral. Además, es una competencia expresa de la Agencia Española de Empleo el gestionar los servicios y programas de intermediación y políticas activas de empleo cuyo objetivo sea la integración laboral de personas trabajadoras inmigrantes (art. 22, h) 4º)), suprimiéndose el matiz que anteriormente explicitaba que debía favorecerse con ello la ordenación de los flujos migratorios (anterior art. 18, h) 4º)), el cual iba claramente orientado a articular la función integradora de los SPE con los objetivos de control de la inmigración ilegal.

En este sentido, dentro del campo de las políticas activas de empleo, la educación y formación para el empleo son un instrumento fundamental (Camas Roda, 2016, p.103). Así, el propio preámbulo del RD 1155/2024 reconoce que formar talentos y fomentar su empleabilidad es uno de los objetivos que se persigue con la nueva normativa, específicamente en lo concerniente a la autorización de estancia por estudios. Ello se encuentra en consonancia con la Ley de Empleo que confiere a la empleabilidad un carácter nuclear, definiéndola como un concepto transversal que agrupa al «conjunto de competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente» (art. 34), otorgándole además el carácter de derecho-deber respecto de las personas

²⁰ Este es el caso del art. 23.1 DUDH; el 6.1 del PIDESC o en el art. 1 de la Parte II de la Carta Social Europea.

en situación de desempleo en el marco del art. 35. Las previsiones normativas del nuevo reglamento de extranjería podrían hacer extensible este derecho-deber a las personas inmigrantes en situación irregular, las cuales, en virtud de la doctrina constitucional, carecen del derecho al trabajo en sentido estricto – como el derecho de acceso a un puesto de trabajo en igualdad de condiciones – pero gozan de ciertos derechos que de éste podrían derivarse, como el derecho a formarse y desarrollar las capacidades necesarias que permitan un ajuste dinámico entre las competencias propias y las demandadas por el mercado de trabajo.

Para finalizar, debe destacarse que el propio Marco Estratégico de Ciudadanía e Inclusión contra el Racismo y la Intolerancia (2023-2027) incluye entre los objetivos tácticos dentro del ámbito de la inclusión activa el «facilitar el tránsito del sistema educativo al mercado laboral, impulsando el reconocimiento de titulaciones de las personas de origen extranjero [...] y promoviendo la acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales para favorecer la inclusión laboral», lo cual pone de manifiesto la estrecha conexión entre el derecho a la educación y el acceso equitativo al empleo, además de que servirá para dilucidar cuáles son los retos que persisten en la materia, que serán referidos en el siguiente apartado.

4. Los retos subsistentes

Si bien la reforma del reglamento de extranjería proporciona ciertas respuestas a los retos más urgentes a los que debe atender una política migratoria integral, dando cierta flexibilidad a los procesos de regularización y vinculándolos a las necesidades del mercado de trabajo, además de articular vías para «atraer talentos», facilitar su posterior inserción laboral y otorgarles un estatus amplio de derechos, subsisten ciertos desafíos que será necesario atender para mejorar la estrategia de gestión e integración de los flujos migratorios.

Así, se atenderá en el primer apartado a una de las problemáticas más acuciantes que afecta a las personas extranjeras y que mina su proceso de inserción laboral como es el reconocimiento de títulos cursados en el extranjero, procedimiento en el cual queda patente la inextricable conexión entre el derecho a la educación y el derecho al trabajo. En segundo lugar, será necesario adoptar una perspectiva más amplia que obligará a observar con ojo crítico la ausencia de una regulación integral y garantista de las migraciones laborales que, tanto en el marco de la UE como en el ordenamiento jurídico español, siguen una lógica sectorial que aventaja a ciertos/as profesionales altamente cualificados/as, pero dejando al margen de la norma a un grueso de la población extranjera que, por la condición socio-económica y administrativa que les afecta, podría subsumirse bajo el célebre «precariado» de Standing .

4.1. La necesaria mejora del procedimiento de reconocimiento de títulos

Si bien resulta óptimo fomentar vías de acceso a la regularidad que permitan, a su vez, adquirir las cualificaciones y habilidades técnicas que el mercado laboral necesita con el fin de favorecer su posterior inserción laboral, existe un problema de fondo que queda irresoluto: la homologación, convalidación o equivalencia de títulos. Las altas tasas de sobrecualificación entre la población extranjera en España, la mayor junto a Italia dentro de la UE, se explican en gran medida por el lento y burocratizado proceso de reconocimiento de titulaciones que impide a las personas extranjeras desempeñar un empleo acorde a sus conocimientos y capacidades. Así, la caracterización de los flujos migratorios en los últimos años ha cambiado profundamente, llegando de forma progresiva más personas extranjeras que cuentan con una formación cualificada, para

las cuales los poderes públicos no han desarrollado los mecanismos necesarios de integración en el mercado laboral, sufriendo el proceso conocido como «deskilling» o descualificación. Así, las estadísticas muestran que, entre personas con la misma formación, aquellas inmigrantes tienen una mayor presencia en los niveles de cualificación laboral más bajos, lo que induce a pensar en un claro problema de sobrecualificación (Mahía Casado, 2022, p.33).

La relevancia de este factor para una mejora de la integración laboral de las personas extranjeras queda patente en el Plan de Acción sobre Integración e Inclusión 2021-2027 de la UE, en el bloque relativo a la educación e integración, donde se señala que facilitar el reconocimiento de títulos obtenidos en terceros Estados miembros y el establecimiento de cursos-puente para facilitar la equivalencia entre las diversas formaciones es fundamental para una inserción sociolaboral más rápida y sencilla (COM/2020/758 final: 9). Los cursos-puente son cursos que cubren diferencias sustanciales entre los conocimientos, capacidades y competencias adquiridos por una persona y aquellos necesarios para acceder a una profesión regulada. Esta es una de las vías que podría establecerse con el fin de paliar el posible desajuste existente entre los diferentes sistemas educativos no unificados. No obstante, el Estado español acusa de una falta de oferta pública sistematizada de «cursos-puente» que permita ajustar las formaciones adquiridas en el extranjero a los planes formativos nacionales, pues en general, se trata de cursos ad-hoc que varían según la Comunidad Autónoma y que están en manos de instituciones privadas, a diferencia de otros países de la Unión donde suele estar centralizado y en manos públicas (EWSI, 2024, p.8).

El Real Decreto 889/2022, de 18 de octubre, es el instrumento vigente que regula en el ordenamiento jurídico español el reconocimiento de titulaciones a través de tres modalidades: la homologación, la declaración de equivalencia y la convalidación. Si bien este establece un plazo de instrucción y resolución máximo de seis meses (art. 18.3), tras el cual se considerará desestimada la petición por silencio administrativo negativo, la realidad es que los plazos en la práctica se demoran en exceso como consecuencia de una acumulación creciente de expedientes y la complejidad del procedimiento que prevé la norma. Esta es la razón por la cual, dentro de la línea de acción 4 sobre educación y formación del Marco Estratégico, se señala que desde la acción estatal debe promoverse una mejora de los procesos de homologación y convalidación de manera que resulten procesos más sencillos y ágiles. Si bien se han venido adoptando algunas medidas de carácter general por parte de la Comisión de Análisis Técnico de Homologaciones y Declaraciones de Equivalencia (CATHDE) en virtud del art. 16. b), que persiguen facilitar la resolución de las solicitudes de homologación y, con ello, cumplir con el plazo máximo previsto de seis meses, se reducen a una serie de profesiones del ámbito sanitario y educativo y a un limitado conjunto de países, dejando a la gran mayoría de titulaciones sin regulación específica.

Asimismo, cabe destacar que al no poderse adoptar medidas de carácter general ni un instrumento análogo para el procedimiento de convalidación conforme a criterios unificados entre formaciones extranjeras y españolas, se deja un margen de actuación a las instituciones de educación superior que puede desembocar en que ciertas universidades nieguen la convalidación de materias con la finalidad de obtener mayores beneficios con las matriculaciones. Debe recordarse que la convalidación es competencia de las universidades donde se haya solicitado y posee meros efectos académicos con el fin de acreditar la validez de estudios superiores realizados en el extranjero, permitiendo proseguir dichos estudios en una universidad española. Así, el RD 889/2022 tan solo especifica que el Consejo de Universidades determinará criterios básicos de convalidación, debiendo ser cada universidad española la que

determina los criterios específicos de convalidación. Por lo tanto, no solo la inseguridad jurídica que acompaña a la divergencia entre los criterios seguidos por cada universidad puede ser problemática, sino que además, las plazas para las personas que acceden a estudios superiores por vía de la convalidación están limitadas, dificultándose sumamente la finalización de los estudios o la adquisición de la formación requerida para el mercado de trabajo interno por parte de las personas extranjeras.

Debe recordarse que la regulación de «las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales» es competencia exclusiva del Estado (art. 149.1. 30.ª CE), título competencial en virtud del cual se han venido adoptando sucesivas normativas en este ámbito en forma de Real Decreto. Concretamente, antes del vigente RD 889/2022, son tres las normas que han tratado de ofrecer un marco adecuado para este procedimiento a la par que adaptarse a la legislación orgánica en materia de universidades: el Real Decreto 86/1987, de 16 de enero; el Real Decreto 285/2004, de 20 de febrero; y, por último, el Real Decreto 967/2014, de 21 de noviembre. Conforme se ha acrecentado el proceso de internacionalización de las instituciones educativas superiores y la movilidad de estudiantes y profesionales ha pasado a devenir casi un hecho estructural, el marco regulatorio se ha venido quedando siempre obsoleto e insuficiente, causando el efecto contrario que perseguiría la norma: el desperdicio de las capacidades y formaciones de muchas personas extranjeras que se ven enfrascadas en procesos burocráticos laberínticos e inacabables.

Con este último RD de 2022, se introdujo la obligatoriedad de relacionarse electrónicamente con la Administración (art. 7) con la intención de agilizar los trámites vía telemática a través del registro electrónico, introduciendo la posibilidad de consultar en todo momento el estado del expediente en la Sede Electrónica del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades. Para que esta novedad sea efectiva, ha de abordarse una cuestión inaplazable como es la brecha digital entre nacionales y extranjeros, uno de los objetivos tácticos (1.3) del Marco Estratégico en la línea de actuación relativa a los procesos administrativos. La administración electrónica puede llegar a agravar las situaciones de exclusión social que se dan en la realidad no virtual, con especial impacto en las personas en situación irregular que carecen de identidad digital, para quienes la imposibilidad de encontrar citas presenciales les aboca aún más a los márgenes (Solanes, 2024, p.127), debiéndose así insistir en el cumplimiento de las Recomendaciones 7 y 9 de la Resolución del Parlamento Europeo, de 13 de diciembre de 2022, sobre la brecha digital: diferencias sociales como consecuencia de la digitalización (2022/2810(RSP)).

Para solucionar el colapso de más de tres años de espera que existía y que parecía difícil de solucionar con las meras disposiciones del RD 889/2022, el Ministerio dictó una resolución en la que se establecían las instrucciones para simultanear los expedientes iniciados bajo el RD anterior de 2014 y aquellos que se empezaran a tramitar con el nuevo RD, priorizando los expedientes «más ágiles de resolver», referidos a las equivalencias con títulos europeos y las solicitudes de homologación a profesión regulada que pudieran ser objeto de aplicación de una medida de carácter general. Así, las personas afectadas por esta medida podían desistir de su anterior solicitud y tramitar una nueva, pero, como se viene señalando, el ámbito de aplicación de esta normativa es reducido y no ha solucionado la aún extrema demora en los plazos de resolución.

Para finalizar este punto, cabe mencionar que, si bien la mejora del proceso de reconocimiento de títulos es un reto innegable de los poderes públicos, en tanto que impide la libre elección de profesión e imposibilita un acceso en condiciones de

igualdad al sistema educativo, se ha de tener en cuenta una cuestión relativamente controversial que esto puede originar: la conocida como «fuga de cerebros» de los países de origen. Para obtener una comprensión profunda de este fenómeno, resulta necesario situar las migraciones laborales en un contexto global de división internacional del trabajo en el que la movilidad de las personas trabajadoras sirve al mantenimiento de un estatus quo que propugna una extracción de fuerza de trabajo entre naciones desiguales, que necesariamente debe analizarse desde una óptica interseccional para apreciar el eje de género, etnia o clase en dicha dinámica (Buckel, 2012). Si bien se suele argüir que las ganancias de la población extranjera trabajadora contribuyen al desarrollo de los países de origen a través de las remesas económicas, autores como Ness (2023, p.13) entienden que estas no son sino un medio para la reproducción de la fuerza de trabajo en la esfera privada de los países de origen.

Así, la atracción de mano de obra cualificada podría situarse como la fase más avanzada del fenómeno de transferencia de valor de Sur al Norte Global, junto con los fenómenos de deslocalización de los procesos productivos en el Sur Global para su abaratamiento y la internalización de la mano de obra barata para aquellos sectores que por sus características no pueden ser deslocalizados (agricultura, construcción, cuidados). Por lo tanto, si bien facilitar el reconocimiento de las titulaciones obtenidas en el extranjero es esencial, puesto que inciden en dos derechos sociales básicos como son el derecho a la educación y el derecho al trabajo, no hay que olvidar sus posibles efectos perniciosos y el sistema-mundo en el que las migraciones laborales cualificadas se insertan, permitiendo reforzar las cadenas de producción mundial y una mayor extracción de plusvalía. Así, estas cuestiones dan cuenta de la relevancia que adquiere el fenómeno de las migraciones laborales en los tiempos actuales, lo cual obliga a dedicarle el último apartado del presente trabajo.

4.2. La inconsistente regulación de las migraciones laborales

Las dos figuras del nuevo reglamento que se han analizado ponen de manifiesto la estrategia del ejecutivo español por gestionar los flujos migratorios de tal manera que respondan adecuadamente a las necesidades del mercado laboral que, de forma más o menos evidente, siempre resulta ser uno de los centros gravitatorios alrededor del cual gira la política migratoria, lo que Camas Roda (2016, p.82) denomina como «laborización de la política de inmigración». Si bien el tomar como referencia al mercado de trabajo para determinar la capacidad de acogida del Estado no debería resultar criticable – más bien todo lo contrario –, la problemática surge cuando los mecanismos existentes para medir las necesidades del mercado laboral se evidencian como ineficientes y conducen a situaciones incoherentes. Entre otras cosas, como recuerda Solanes (2022, p.163), una correcta gestión del mercado de trabajo exige que se «supere la idea de que las personas inmigrantes solo pueden ser ocupadas en los puestos más precarios».

En este sentido, la situación nacional de empleo calculada a partir de los parámetros indicados en el art. 75 del RD 1155/2024, más conciso que su anterior versión, no resulta en una imagen fidedigna de los puestos de trabajo por cubrir en el mercado laboral nacional. El Real Decreto 629/2022, de 26 de julio, introdujo ciertos cambios en la confección del Catálogo de Ocupaciones de Difícil Cobertura (CODC) que, si bien es uno de los mecanismos existentes para determinar si la situación nacional de empleo permite la ocupación en un sector, ha sido prácticamente inutilizado en la última década por la incorporación exclusiva de profesiones que se encuentran lejos de la demanda real de mano de obra, como las del sector naviero o del deporte de élite (Ramos Poley, 2023, p.117). No obstante, a pesar de la reducción de los plazos y de la actuación interministerial establecida, continúa pesando sobre este proceso una falta de agilidad y eficiencia que desactiva esta vía de contratación

en origen. Así, la carencia de una estrategia adecuada que articule vías de acceso para las personas trabajadoras inmigrantes en su globalidad tiene dos consecuencias directas: la estratificación de la población extranjera y la creación de una bolsa de trabajo de inmigrantes irregulares a bajo coste.

La normativa europea ha sido la catalizadora principal de una arquitectura de la política migratoria que estratifica según las capacidades o cualificaciones. Así, si bien las personas con altas cualificaciones acreditables cuentan con una normativa sectorial y específica más beneficiosa, la Directiva 1883/2021,²¹ este no es el caso para aquellas personas con cualificaciones medias y bajas o que no se puedan acreditar, por ser competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral o por vías no formales de formación. De hecho, el filtro de la situación nacional de empleo que han de pasar el «precariado» extranjero no se aplica para las personas inmigrantes beneficiarias del régimen de movilidad internacional de la ley 14/2013. Así, profesionales con altas cualificaciones, inversores/as, investigadores/as o emprendedores/as pueden solicitar una autorización de residencia y trabajo sin que se pondere si existen ya efectivos en el mercado laboral interno que puedan ejercer dichas funciones, todo ello motivado por «razones de interés económico». Si bien es cierto que las personas con cualificaciones medias y bajas pueden acogerse a las disposiciones de la Directiva 2024/1233, de Permiso Único,²² que garantizan un conjunto de derechos vinculados a la igualdad de trato y un acervo de garantías procedimentales, estas no cuentan con un instrumento específico a nivel europeo que armonice su admisión y residencia en los Estados miembros de la Unión, como sí es el caso de los/as profesionales altamente cualificados (Camas Roda, 2023, p.63).

Como señala Ellermann (2020, p.2518), la preferencia por inmigrantes altamente cualificados no es simplemente un reflejo de las necesidades cambiantes del mercado laboral –tal y como denota el hecho de que la situación nacional de empleo no se aplique en estos casos– sino que, más bien, es indicativa de una nueva concepción de ciudadanía basada en el capital humano. En este marco, atributos económicos como la educación, las habilidades y la autosuficiencia tienen un profundo significado cultural y sirven como marcadores de estatus social y de acceso a derechos. Así, junto con la ciudadanía como mecanismo clásico de exclusión del extranjero en lo relativo al acceso a derechos, se erige un nuevo eje socioeconómico de discriminación que privilegia la entrada y residencia de la persona extranjera con cierta formación y elevados recursos económicos que, en el ordenamiento jurídico español, encontrará su plasmación en la Ley 14/2013. De esta forma, el mecanismo de reconocimiento de derechos a las personas extranjeras se hallará profundamente mercantilizado, generando un reparto desigual de los bienes asociados a derechos de carácter fundamental.

Todo ello llevará a concluir que es fundamental incidir en uno de los objetivos que se propone el Plan de Acción de Integración e Inclusión de la UE relativo a la mejora de la evaluación de las competencias de las personas inmigrantes, con procesos más eficaces y rápidos. Concretamente, se alude a la necesidad de habilitar procedimientos para validar también el aprendizaje no formal e informal, con el fin de que no se imponga un eje tan evidente de clase social sobre la admisión y residencia

²¹ Directiva (UE) 2021/1883 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2021 relativa a las condiciones de entrada y residencia de nacionales de terceros países con fines de empleo de alta cualificación, y por el que se deroga la Directiva 2009/50/CE del Consejo.

²² Directiva (UE) 2024/1233 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de abril de 2024, por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro, (refundición).

en el territorio. De hecho, en el marco de la estrategia para Atraer capacidades y talento a la UE (COM/2022/657 final), uno de los sectores que constituye un pilar clave para la elaboración de una política de migración legal a largo plazo es el de los cuidados de larga duración, en el cual el proceso de aprendizaje se da en muchos casos por vías informales. El Marco Estratégico se encuentra asimismo en consonancia con la estrategia europea, en tanto que esta indica que a nivel autonómico se deberá facilitar la «accesibilidad a los procesos de acreditación de competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral o vías no formales de formación agilizando su tramitación».

En este sentido, constituiría un fracaso una estrategia que abogara por elaborar un marco específico para cada sector del cual se necesite mano de obra. Por el contrario, debería incentivarse la adopción de un marco general para todas las personas trabajadoras con medias y bajas cualificaciones con el fin de que existan vías regulares para su transitar su proceso migratorio y no hayan de recurrir a vías extraordinarias de regularización. Si bien la contratación en origen es el modelo que ofrece la legislación de extranjería española para acceder como trabajador al territorio —con una nueva figura para la realización de actividades de temporada en el Título V del RD 1155/2024—, existen numerosos obstáculos para que este proceso se realice de forma satisfactoria, entre otros, no solo el filtro de la SNE ya mencionado, sino también el rol preponderante que tiene el empleador en todo el procedimiento de contratación y desarrollo de la relación laboral, que afortunadamente con el nuevo reglamento se ha pretendido paliar al permitir un cambio de empleador a partir de los tres meses o de forma inminente en caso de incumplimiento grave del empleador de sus obligaciones o de circunstancias sobrevenidas (art. 79, RD 1155/2024). No obstante, la continuación de la vigencia de la autorización solo será posible si en los tres meses posteriores un/a nuevo/a empleador/a presenta un contrato de trabajo en la misma ocupación ante la oficina competente, lo cual desequilibra de nuevo la balanza en favor de la parte empleadora, por lo que deberemos esperar para valorar los posibles efectos favorables o no de esta medida.

Concluyendo, se ha de destacar que la inexistencia de una estrategia global que regule las migraciones laborales tiene una repercusión clara en el proceso posterior de integración de las personas trabajadoras que, en muchos casos, tendrán que recurrir a un mecanismo previsto como excepcional, pero muy común en la práctica, como es el arraigo. Así, si aquellas personas que llegan al Estado español regladamente formadas y con cualificaciones profesionales suficientes para insertarse directamente en el mercado de trabajo deben encontrarse durante mínimo dos años bajo el peso de la irregularidad administrativa, no solo se estará poniendo en cuestión el derecho al trabajo, sino también las obligaciones que los poderes públicos tiene en relación con el derecho a la educación (art. 6bis.1 LO 2/2006).

5. Conclusiones

La aprobación del nuevo reglamento de desarrollo de la LO 4/2000 a través del RD 1155/2024 se sitúa innegablemente en un contexto global de competición por la atracción del talento, respondiendo a la necesidad de adaptar la gestión de los flujos migratorios a las demandas de un mercado laboral que acusa de una creciente escasez de mano de obra en ciertos sectores. Así, se puede afirmar que la norma aprobada por el ejecutivo español se alinea con la estrategia europea enunciada en el Plan de Acción de Integración e Inclusión 2021-2027 y con las iniciativas para la movilidad educativa y la atracción de talentos a la Unión, así como con el Marco Estratégico de ciudadanía e inclusión contra la xenofobia y el racismo 2021-2027.

Los dos tipos de autorizaciones que se han analizado en el presente trabajo dan cuenta de la orientación que la política migratoria y de integración tomará en los próximos años. Así, tanto el arraigo socioformativo como la autorización de estancia por estudios constituyen dos vías que la normativa de extranjería ha remodelado en esta última versión del reglamento con el fin de mejorar la inserción laboral de las personas extranjeras, tanto para aquellas que se encuentran irregularmente en el territorio a través de la confección de un estatuto de derechos más amplio con la nueva versión del arraigo, así como para las personas que pretendan acceder a una formación reglada en el marco de una estancia por estudios.

Tal y como se ha venido señalando, el derecho al trabajo de las personas extranjeras se ha configurado desde la doctrina constitucional de forma restrictiva y proteccionista, tendente a favorecer a las personas ya insertas en el mercado laboral interno, así como a las personas profesionales altamente cualificadas gracias a la normativa de la Ley 14/2013. Así, dado que el derecho al trabajo ha perdido su significación histórica y su carácter emancipador como derecho social por excelencia, reduciéndose su contenido al catálogo de derechos presentes en el ámbito del trabajo, resulta óptimo el recurrir a las acciones enmarcadas dentro del derecho a la educación del art. 27 CE para favorecer la integración social de las personas extranjeras, en tanto que este artículo atesora todavía su potencial integrador y cohesionador.

A pesar de los posibles avances que la nueva regulación puede suponer para la adquisición de un estatus de derechos pleno para las personas extranjeras, persisten ciertos retos que no deben desatenderse. Por un lado, la impostergable necesidad de agilizar y mejorar cualitativamente los procesos de reconocimiento de títulos obtenidos en países extracomunitarios, que actualmente constituye uno de los procesos que merma sobremanera la integración laboral de las personas extranjeras, acrecentando así los índices de sobrecualificación entre la población inmigrante y poniendo en jaque la libertad profesional y la igualdad de trato en la valoración de la formación educativa cursada con relación a las personas tituladas en instituciones españolas.

Para finalizar, se arguye que las migraciones laborales carecen en todo caso de un marco regulatorio unitario e integral que ofrezca vías seguras, regulares y ordenadas para migrar, en sintonía con el Pacto Mundial sobre Migración (A/RES/73/195), de 10 de diciembre de 2018. Por el contrario, la movilidad por razones laborales es abordada por las instituciones desde una perspectiva sectorializada que privilegia a los sectores más altamente cualificados, fruto de la influencia de la normativa comunitaria. Así, una estrategia que ponga en el centro los derechos de la población inmigrante trabajadora deberá ser articulada de manera global, instituyendo vías de acceso seguras al territorio y un acervo de derechos que no entienda de cualificación, de origen nacional o de recursos económicos. De esta manera, si el mercado laboral sigue constituyendo el eje de referencia sobre el cual se construye la política migratoria y de integración, deberán reformularse los mecanismos para una mejor evaluación de sus necesidades, de manera que los filtros existentes, como la situación nacional de empleo, no se constituyan como fronteras infranqueables solo para un tipo de persona extranjera, esto es, aquella persona inmigrante más precaria.

Bibliografía

Buckel, S. (2012). Managing Migration – Eine intersektionale Kapitalismusanalyse am Beispiel der Europäischen Migrationspolitik. *Berliner Journal für Soziologie* 22, 79-100. <https://doi.org/10.1007/s11609-012-0179-y>.



- Camas Roda, F. (2023). Non-discrimination of immigrants in Spain: contributions of new Spanish legislation on equal treatment and non-discrimination to the European and international sphere. *Deusto Journal of Human Rights*, 12, 37-67. <https://doi.org/10.18543/djhr.2903>.
- Camas Roda, F. (2016). *Trabajo decente e inmigrantes en España*. Huygens Editorial.
- Capella, J. R. (2001). *Fruta prohibida*. Editorial Trotta.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Atraer capacidades y talento a la UE", COM/2022/657 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, "Plan de Acción sobre Integración e Inclusión 2021-2027", COM/2020/ 290 final.
- De Lucas, J. (2019). Migración y derechos humanos. Una perspectiva jurídica. En Comité Especializado de Inmigración (Ed.), *El fenómeno migratorio en España. Reflexiones desde el ámbito de la Seguridad Nacional* (pp. 207-220). [Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad](#).
- Ellermann, A. (2020). Discrimination in migration and citizenship. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 46(12), 2463-2479. <https://doi.org/10.1080/1369183X.2018.1561053>.
- European Website on Integration (EWSI) (2024). Bridging courses for migrants to complement qualifications acquired in third countries: approaches and practices in EU Member States. https://migrant-integration.ec.europa.eu/special-feature/bridging-courses-migrants-complement-qualifications-acquired-third-countries_en#download-the-full-analysis.
- García-Juan, L. y Alonso Calderón, J. (2023). El arraigo social como alternativa legal para los solicitantes de asilo de larga duración en la Unión Europea. *Migraciones internacionales*, 14(1), 1-21. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2612>.
- García Manrique, R. (2013). *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*. El Viejo Topo.
- Illamola Dausà, M. (2011). Los Principios Básicos Comunes como marco de la política de integración de inmigrantes de la Unión Europea y su incorporación en la política española de inmigración. *Revista de Derecho comunitario europeo*, 38, 155-182.
- Mahía Casado, R. (2022). Medición de la integración de la población extranjera en el mercado laboral español. *Mediterráneo económico*, 36, 19-38.
- Ness, I. (2023). *Migration as Economic Imperialism: How International Labour Mobility Undermines Economic Development in Poor Countries*. Polity Press.
- OBERAXE Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia (2022): Marco Estratégico de ciudadanía e inclusión contra la xenofobia y el racismo (CIRAX) (2021-2027). <https://www.el-futuro-es-la-inclusion.es/>.
- Observatorio de la Formación Profesional en España (2023), *Informe 2023: La Formación Profesional ante los retos sociales*, CaixaBank Dualiza y Orkestra-Instituto Vasco de Competitividad (Universidad de Deusto). <https://www.observatoriofp.com/downloads/2023/informe-completo-2023.pdf>.
- OPI Observatorio Permanente de la Inmigración (2024). *Extranjeros con autorización de estancia por estudios en vigor*. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones. https://www.inclusion.gob.es/web/opi/estadisticas/catalogo/extranjeros_estudios?tab=ultimos-datos.
- Ramos Poley, L. (2023). El nuevo modelo de gestión laboral de la migración a partir de la reforma operada por el Real Decreto 629/2022, de 26 de julio. *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, 475, 107-140. <https://doi.org/10.51302/rtss.2023.9017>.
- Rojo Torrecilla, E. (2023). Inmigración y mercado de trabajo. La reforma de la normativa española en materia de extranjería. *Revista Crítica de Relaciones de*

- Trabajo, Laborum*, 7, 41-66.
<https://revista.laborum.es/index.php/revreltra/article/view/785>.
- Sastre Ibarreche, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Editorial Trotta.
- Scotto Benito, P. (2024). El vínculo entre libertad política y trabajo de la Revolución Francesa a 1848. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 39, 353-366.
<https://doi.org/10.53054/afd.vi39.10157>.
- Solanes Corella, A. (2024). Estrategias de integración intercultural: ¿cómo avanzar en la gestión de la diversidad? *Cuadernos Electrónicos De Filosofía Del Derecho*, 51, 100–132. <https://doi.org/10.7203/CEFD.51.28340>.
- Solanes Corella, A. (2022). La integración de las personas inmigrantes en España: un balance normativo. *Mediterráneo económico*, 36, 153-168.
- Vigo Serralvo, F. (2020). El fundamento iusnaturalista del derecho al trabajo en el socialismo utópico. *IUSlabor*, 1, 191-208.
<https://doi.org/10.31009/IUSLabor.2020.i01.07>
- Weinar, A. y Klekowski von Koppenfels, A. (2020). *Highly-Skilled Migration: Between Settlement and Mobility*. IMISCOE Research Series, Springer Open.

«Distinguish» Distinguish*

Víctor García-Yzaguirre
Universidad de Tarapacá
ORCID ID 0000-0002-4662-2919
garciayzaguirre@gmail.com

Cita recomendada:

García-Yzaguirre, V. (2025). «Distinguish». *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 242-267.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9853>

Recibido / received: 14/11/2024
Aceptado / accepted: 23/04/2025

Resumen

Este artículo propone una conceptualización precisa del *distinguish* elaborada a partir de las principales teorías sobre precedentes que operan dentro del modelo de reglas. En tal sentido asume un sistema de precedentes que reconoce a los aplicadores del derecho la competencia para apartarse de decisiones anteriores cuando concurren ciertas condiciones. En este contexto se justifica que esa facultad no necesariamente debilita la fuerza de los precedentes, pues permite corregir errores y preservar la previsibilidad normativa que la seguridad jurídica exige. Para desarrollar esta propuesta, el apartado 2 delimita los rasgos generales del *distinguish* y aclara las operaciones y consecuencias prácticas que involucra; el apartado 3 ofrece una reconstrucción de los posibles límites a su ejercicio, identificando los criterios que podrían justificar apartarse de precedentes.

Palabras clave

Precedentes, *distinguish*, interpretación, excepciones, validez.

Abstract

This article advances a precise conceptualization of distinguish, drawing on the leading theories of precedent that operate within the rule-based model. It therefore presupposes a precedent system that grants legal decision-makers the competence to depart from prior rulings when specific conditions obtain. Within this framework, the power to distinguish is shown not to weaken the authority of precedents; rather, it enables the correction of errors and preserves the normative predictability required by legal certainty. To develop the argument, section 2 outlines the general features of distinguish and clarifies the operations and practical outcomes it entails, while section 3 reconstructs the potential limits on its exercise, identifying the criteria that may legitimately justify a distinguish from a precedent.

* Este trabajo forma parte del Proyecto de Investigación «Sesgos en la producción y aplicación de derecho. Racionalidad legislativa, razonamiento probatorio e inteligencia artificial», PID2023-152057NB-I00, y del Proyecto de Investigación «Epistemología Social y Derecho: Funciones y Medios del Conocimiento Jurídico», PID2024-159612NB-I00. Ambos financiados por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

Agradezco a Álvaro Núñez Vaquero, Sandra Gómora, Edgar Aguilera, Natalia Scavuzzo, Carolina Fernández Blanco y Hugo Osorio Morales por sus comentarios a versiones previas de este trabajo.



Keywords

Precedents, distinguish, interpretation, exceptions, validity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Rasgos generales del *distinguish*. 2.1. Formas de llevar a cabo un *distinguish*. 2.2. Procesos y resultados. 3. Límites. 3.1 Límites formales. 3.2. Límites sustantivos. 4. Conclusiones.

1. Introducción

En las diversas prácticas de aplicación del derecho y en la literatura especializada sobre los precedentes es habitual que se afirme que los aplicadores del derecho tienen el poder para hacer un *distinguish* a los precedentes. Además, se suele señalar que dicho poder es ejercido en múltiples situaciones. Sin perjuicio de ser afirmaciones comunes, no siempre es claro qué se está diciendo con ello.

La noción de *distinguish* es un concepto teórico¹ que es empleado para describir y analizar qué hacen los aplicadores del derecho, en determinados supuestos, para apartarse de un precedente. En este sentido, es un concepto cargado de teoría² y útil para formular tanto discursos descriptivos como prescriptivos. De esta forma, muchos desacuerdos sobre qué es el *distinguish*, qué actos cuentan como un *distinguish* y cómo se debería limitar esta práctica son dependientes de los presupuestos teóricos empleados para analizar los precedentes.

En efecto, no hay un desacuerdo sobre si una determinada acción o hecho ocurrieron en el mundo, sino un desacuerdo sobre cómo calificarlos. No estamos ante un problema de conocimiento, sino de interpretación: tenemos desacuerdos respecto a cómo explicarlos (por qué se llevan a cabo estas acciones o por qué ocurren estos hechos en el mundo) y cómo comprenderlos (cuáles son las propiedades del objeto de estudio).

Este punto es particularmente relevante en vista a cómo suelen ser las prácticas de aplicación del derecho al momento de no seguir un precedente. En diversas comunidades este tipo de actos llevados a cabo por los aplicadores del derecho se presentan con múltiples estrategias de comunicación y las diversas dogmáticas nacionales suelen presentarlos de muchas maneras. Pueden presentarse como actos de seguimiento del precedente, de correcta interpretación de los textos, ser explícitos con ser actos de apartamientos de un precedente anterior, entre muchos otros.

Además de lo anterior, respecto al *distinguish* nos enfrentamos a múltiples problemas teóricos. De todos ellos, es relevante resaltar el siguiente. Los sistemas de precedentes suelen estar justificados en la noción de seguridad jurídica³. Ahora bien,

¹ En este punto sigo a Carrió, en tanto, entiendo que es un concepto cuya definición ha sido estipulada con el propósito de presentar un objeto de estudio de forma más esclarecedora (Carrió, 2004, p. 9).

² Un ejemplo de esto puede verse en (Lamond, 2005, Perry; 1987, Harty, 2015). No es lo mismo entender un precedente en el modelo basado en reglas y en un modelo basado en razones. La forma de entender qué vincula y qué cuenta como *distinguish* es diferente. Como he mencionado líneas atrás, en el texto principal adopté una versión del modelo basado en reglas.

³ Recordemos el adagio que suele ser empleado para presentar las metanormas que generan un sistema de precedentes: *Stare decisis et non quieta moveré*, es decir, respete las decisiones previas y no perturbe lo ya establecido. Cabe precisar que, para hablar de *stare decisis*, es necesario que se hayan implementado mecanismos institucionales de revisión de decisiones en las que se controle, por lo menos,

¿debería un aplicador del derecho seguir los precedentes de otros aplicadores del derecho o sus propios precedentes en el escenario en que ha concluido de que son errados?⁴ De ser negativa la respuesta, ello supondría que los aplicadores del derecho han de tener la competencia para ejercer algún acto de apartamiento de los precedentes.

Si los aplicadores del derecho pueden realizar un *distinguish* a los precedentes cada vez que consideren que pueden ofrecer mejores soluciones a un problema normativo, entonces el propósito del sistema de precedentes parecería ser solo una ilusión: los precedentes limitarían cada vez que el aplicador del derecho considere que debe estar limitado. En efecto, si señalamos que un aplicador del derecho A está limitado por las decisiones del aplicador del derecho B, dicho límite es difícil de entender si consideramos A es competente para hacer un *distinguish* a las decisiones de B (Sartorius, 1967, p. 343).

Al respecto, caben dos alternativas de solución⁵. Por un lado, podemos diseñar un sistema de precedentes basado en la autoridad del emisor del precedente: la justificación para seguirlo se encuentra en la competencia de la autoridad que lo emitió, independientemente de su corrección⁶. Este modelo no exige la previsión de la competencia para realizar un *distinguish*; caso contrario, se prevé la invalidez de todo acto que así lo intente. Uno de los principales problemas de esta opción es justificar su compromiso con la irracionalidad, pues supone comprometerse con una calificación normativa mediante la renuncia de la deliberación sobre si está justificada o no frente a las circunstancias del caso individual a ser resuelto⁷.

Por otro lado, podemos diseñar un sistema de precedentes basado en la corrección del precedente: se justifica seguir aquellos precedentes que ofrezcan consecuencias prácticas consideradas jurídica y axiológicamente aceptables dentro de una determinada comunidad. Este modelo requiere, al menos, la previsión de la competencia para realizar un *distinguish* de ciertos precedentes. Esta opción nos lleva a las preguntas: ¿deberían todos los aplicadores del derecho poseer esta competencia?⁸ ¿Los aplicadores del derecho deberían tener una competencia irrestricta o esta debería estar sujeta a condiciones? De estar sujeta a condiciones, ¿cuáles deberían ser estas?

Frente a estos problemas, el objetivo del presente artículo es presentar una conceptualización de qué es el *distinguish* a partir de las principales teorizaciones realizadas por estudiosos del precedente que adoptan el modelo de reglas. Esto es, asumiré un modelo de sistema de precedentes que prevé la competencia para llevar a cabo dichos actos. Esta propuesta permitirá mostrar que el *distinguish* no es un medio que necesariamente debilite los sistemas de precedentes; en vez de ello, puede ser un instrumento para alcanzar el estado de cosas deseado por el sistema de precedentes. En efecto, justificaré que el *distinguish* es una herramienta necesaria para que la práctica de aplicación del derecho pueda ofrecer seguridad jurídica a sus destinatarios.

Para cumplir este objetivo, llevaré a cabo los siguientes pasos. En el apartado 2 formularé algunos rasgos generales de la noción de *distinguish*. Asimismo,

si la decisión es conforme al precedente o no. Sin dichos mecanismos, el sistema jurídico no tendría como identificar y remediar casos de apartamiento del precedente. Ver (Summers y Eng, 1997 p. 519).

⁴ Sobre la noción de precedente errado ver (García Yzaguirre, en prensa).

⁵ Ver (Stevens, 2018; Lamond, 2005).

⁶ Para ello se emplearán de una norma sobre precedentes que haga inválido todo acto de no seguimiento.

⁷ Sobre este punto no profundizaré aquí. Ver (García Yzaguirre, 2022b).

⁸ Para una primera aproximación a este punto ver (García Yzaguirre y Kersic, 2025).

presentaré qué tipo de operaciones y resultados alude dicha noción. En el apartado 3 presentaré una breve reconstrucción de los límites al ejercicio de esta competencia. Cabe precisar que, para este punto, voy a presuponer una teoría de la interpretación no cognitivista⁹.

2. Rasgos generales del *distinguish*

El caso claro de sistema de precedentes se manifiesta cada vez que, de acuerdo con el sistema normativo, la validez de las decisiones de un aplicador del derecho está condicionada (entre otros) al seguimiento de los precedentes aplicables¹⁰. Determinar qué es seguir un precedente supone, por lo menos, haber asumido compromisos teóricos respecto a qué quiere decir que un precedente es vinculante, cómo determinar el alcance de la norma vinculante y qué es lo que vincula (si solo la interpretación del precedente o si, también, las razones subyacentes involucradas en la ponderación que resolvió el caso)¹¹.

Para efectos de este artículo, emplearé una noción mínima de seguimiento de precedente. En este sentido, entenderé por seguimiento al supuesto en el que un aplicador del derecho, al momento de resolver un problema normativo: a) ha identificado un precedente y su *ratio decidendi*; b) considera que la *ratio decidendi* identificada es aplicable al caso; y c) usa la *ratio decidendi* como premisa normativa para resolver el problema normativo actual¹².

Los aplicadores del derecho, además de seguir el precedente, pueden llevar a cabo actos de apartamiento del precedente, esto es, formas para no usarlo como premisa normativa en la solución del problema normativo que están, en el momento, resolviendo. Dentro de la práctica y en la literatura especializada es posible identificar múltiples maneras de apartarse de un precedente (o, incluso, de debilitar su fuerza vinculante)¹³. Solo a efectos de claridad, cabe señalar algunas de estas prácticas:

- a) Apartarse por *prospective overruling* del precedente. El aplicador del derecho deja sin validez el precedente (por lo tanto, también su *ratio decidendi*) de manera que deja de formar parte del conjunto de fuentes del derecho.
- b) Apartarse por resolver una antinomia entre precedentes. El aplicador del derecho se enfrenta a un conflicto normativo entre una *ratio decidendi* y otra norma (sea producto de haber interpretado una disposición normativa que no tiene origen jurisdiccional o sea producto de otro precedente), ante lo cual se aparta de dicha *ratio* por considerar que no tiene superioridad jerárquica.
- c) Apartarse por derogación de la regla sobre precedentes. La autoridad competente deja sin validez la norma que dotaba de fuerza vinculante a los precedentes, por lo que su seguimiento deja de ser condición de validez de la

⁹ Ver, por todos, Chiassoni, 2019.

¹⁰ Como he señalado, la manera en que un precedente condiciona las decisiones de futuros aplicadores del derecho (incluido él mismo) depende del diseño (e interpretación) de las metanormas sobre precedentes. Esto es, el tipo de condición de validez que impongan (si opera como condición contribuyente, necesaria, suficiente o necesaria y suficiente).

Ahora bien, no es fácil determinar qué implica «seguir el precedente». Al respecto ver Núñez Vaquero, 2022, pp. 176-80.

¹¹ Sobre este punto ver la síntesis de la discusión hecha por Marshall, 1997, pp. 504-05. Además, ver la propuesta de cuatro posibles acciones que un aplicador puede llevar a cabo con un precedente formulada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en Webster v. Reproductive Health Services (*reaffirm, overrule explicitly, overrule sub silentio y avoid the question*).

¹² En este punto sigo a Simpson, 1961, p. 162.

¹³ Para un elenco de posibilidades ver a Marshall, 1996, Chiassoni, 2015, pp. 46-47.

decisión. Ante ello, el aplicador del derecho prescinde del precedente al momento de determinar la solución al problema normativo.

- d) Apartarse por crear una excepción en la regla del precedente. La autoridad competente ha decidido, como resultado de un proceso reinterpretativo o de haber resuelto una antinomia¹⁴, reducir el alcance de la regla del precedente con el efecto de que una determinada clase de precedentes dejan de tener fuerza vinculante. Ante ello, el aplicador del derecho prescinde del precedente (que se subsume dentro de la clase de precedentes excluidos) al momento de determinar la solución al problema normativo.

Dentro de esta clase de actos es identificable que el aplicador del derecho haga un *distinguish*, esto es, un caso en el que un aplicador del derecho, tras emplear un determinado tipo de actos interpretativos, determina que un precedente no es aplicable al caso que debe resolver. Este tipo de operaciones y resultados son llevados a cabo, principalmente (pero no exclusivamente), debido a que el aplicador del derecho considera que los resultados de usar el precedente son injustos, indebidos o ilícitos. Paso a precisar esta noción.

En primer lugar, la *ratio decidendi* es una norma general, esto es, que regula clases de casos (Waldron, 2012, p. 22)¹⁵. Un *distinguish* supone un proceso y resultado por el cual, en un primer momento, el caso a resolver era subsumible a la *ratio* y, en un segundo momento, deja de ser subsumible.

Sobre este punto cabe precisar que un *distinguish* no es, simplemente, determinar que el precedente no es aplicable a un caso. A efectos de precisar este punto es pertinente diferenciar entre determinar que un caso individual está fuera del alcance de una norma y que el caso individual está exceptuado¹⁶.

La inaplicabilidad de una *ratio*, en este contexto, no implica la negación de un hecho o circunstancia, es decir, no equivale a rechazar la verificación de una condición o requisito de aplicación previsto en el antecedente de la *ratio*. Un caso exceptuado no debe confundirse con uno inexistente. Mientras que un caso inexistente indica la ausencia de un asunto concreto a resolver, un caso exceptuado refleja una relación particular entre el caso individual y la norma. En este último, se dispone de una razón normativa para afirmar que cierta calificación normativa no debe aplicarse.

Por otro lado, esta forma de inaplicabilidad no se limita a declarar que una norma es irrelevante para resolver un caso concreto. Esta idea de inaplicabilidad es más compleja, ya que implica: a) la verificación de la aplicabilidad del antecedente al caso particular¹⁷; y b) que dicha verificación deriva en que cierta calificación normativa

¹⁴ Ver García Yzaguirre, 2023a.

¹⁵ Las normas son generales, en tanto, no se dirigen a un objeto individual, sino a una clase de objetos. Sobre este punto, Alchourrón identificó tres sentidos posibles de «generalidad de las normas»: i) general en relación con los sujetos regulados, es decir, a todos los miembros de una clase de personas (por ejemplo, todos los estudiantes de derecho de la Universidad de Lima, todas las mujeres, todos los peruanos, etc.); ii) general en relación con el tiempo, es decir, a todos los instantes temporales que ocurren dentro de un periodo de tiempo (por ejemplo, todos los días dentro de un determinado plazo); y iii) general en relación con las circunstancias, es decir, a todos los hechos que pertenezcan a una clase de hechos (por ejemplo, todos los sucesos que son entendidos como el asesinato de alguien o celebrar un contrato) (Alchourrón, 2010, p. 83).

¹⁶ Este punto ha sido desarrollado en extenso en García Yzaguirre, 2022a.

¹⁷ A efectos de precisión, cabe señalar que los antecedentes de las normas contienen un caso genérico, es decir, un conjunto de propiedades que, al verificarse en un caso particular, desencadenan la prescripción establecida en el consecuente. Por «caso genérico» se entiende una clase o conjunto de clases de propiedades, que corresponden a tipos de situaciones en las que pueden ocurrir acciones o

no sea aplicable al caso en cuestión. En términos más precisos, lo que se presenta es el paso de una calificación normativa que era aplicable *prima facie*, pero todo considerado no lo es. Ello tanto en un sentido epistémico (i), como en un sentido normativo (ii).

En relación con (i), se refiere a que, en un primer análisis, una calificación normativa aparentaba ser adecuada, pero al entender mejor el caso concreto y/o el marco normativo aplicable, se concluye que una propiedad relevante desde un punto de vista normativo genera una calificación distinta. Respecto a (ii), implica que, al definir el contenido del caso específico y del sistema normativo aplicable, se determina que este último resulta inconsistente. Frente a ello, el intérprete debe tomar una decisión valorativa para establecer cuál de las calificaciones normativas es más adecuada y cuál no lo es. Aquella calificación que no se considere la mejor es declarada inaplicable. Sobre este punto volveré luego.

Al señalar que un caso está fuera del alcance de una norma y que está exceptuado, se están diferenciando dos resultados de operaciones diferentes. La diferencia radica en que la noción de «casos exceptuados» o «excepción» se emplea para representar la construcción de una prohibición de aplicar una calificación normativa determinada.

Para aclarar el punto veamos un ejemplo simple. Supongamos que un aplicador del derecho se enfrenta al caso de un trabajador adventista del Hospital Josep Trueta de Girona a quien le han impuesto deberes laborales los días sábados, lo cual le impide cumplir con ciertos ritos religiosos. Frente a ello, es aplicable la *ratio* R1 que señala «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado». Consideremos que el aplicador del derecho considera que dicha *ratio* es errada, a lo cual el un aplicador del derecho realiza un *distinguish* a efectos de producir la *ratio* R2: «si trabajador dependiente, entonces obligatorio trabajar de lunes a sábado, a menos que sea adventista». Como vemos, la *ratio* R2 ya no prescribe a todos los trabajadores dependientes sino solo a los que no son adventistas. Así, para el caso del trabajador adventista que tiene dudas sobre si pueden obligarle a trabajar un sábado, la *ratio* estaría exceptuada: su caso se subsume en el antecedente de la norma, con el efecto de que no se aplique el consecuente normativo. En cambio, para una persona que pretende determinar cuál es la calificación normativa de aparcar una ambulancia en una zona restringida, la *ratio* R2 no es aplicable por irrelevante: está fuera de su alcance.

Como podemos ver, un caso de *distinguish* es un supuesto de creación y uso de una excepción. En tal sentido, es un proceso y resultado interpretativo aplicado a los precedentes: al enriquecer el antecedente y cambiar la calificación normativa se reemplaza una norma (más general) por una nueva norma (menos general)¹⁸.

En segundo lugar, este proceso y resultado interpretativo presupone que un caso está regulado por un determinado tipo de precedente. Por un lado, alude a casos determinados pues los procesos y resultados del *distinguish* no son medios para resolver problemas de indeterminación por laguna normativa, caso contrario, presupone que estamos frente a un supuesto regulado por una *ratio*. En tal sentido,

eventos. Estas propiedades determinan aspectos como el dónde, cuándo, por qué, cómo, con qué medios, quiénes deben o no deben realizar la acción, entre otros. Cada caso genérico incluye una propiedad normativamente relevante o una combinación de propiedades normativamente relevantes. Una propiedad se expresa mediante unos predicados aplicados a un sujeto, acción o estado de cosas.

¹⁸ Ver, por todos Celano, 2023, p. 224.

está noción no nos permite aclarar los casos de especificación del alcance de una norma al momento de resolver un problema de vaguedad semántica¹⁹.

Por otro lado, alude a un determinado tipo de precedentes en tanto es una noción que suele aclarar los procesos interpretativos empleados para apartarse de la fuerza vinculante de un precedente. Podemos diferenciar diversos usos de la noción de *distinguish* a partir del tipo de fuerza vinculante. En un extremo, podemos hacer un uso amplísimo de la noción de *distinguish* para hacer referencia al apartamiento de cualquier tipo de precedente. Esto es, a precedentes que operan como condición contribuyente, necesaria, suficiente o necesaria y suficiente para la validez de una decisión. En el otro extremo, podemos hacer un uso estrictísimo de la noción de *distinguish* para hacer referencia al apartamiento de precedentes que sean condición necesaria y suficiente de validez de una decisión.

En tercer lugar, la validez de realizar un *distinguish* depende de las normas de competencia que regulan qué actos del aplicador del derecho son considerados válidos y cuáles no²⁰. La competencia para hacer un *distinguish* y los actos necesarios para llevarlo a cabo son una forma relevante para determinar la fuerza de los precedentes, esto es, el tipo de razones y criterios de preferencia necesarios para que un aplicador del derecho pueda justificar su rechazo a seguir un precedente (Alexander, 2023, p. 12; Summers, 1991, pp. 390 ss.; Lamond, 2022, p. 137).

Ahora bien, ¿qué implica tener la competencia para realizar un *distinguish*? El proceso y resultado de un *distinguish* supone, en buena parte, el mismo problema de cómo identificar (de manera correcta²¹) la *ratio*: alude a actos interpretativos necesarios para identificar la norma contenida en el precedente que posee fuerza vinculante para ulteriores decisiones. En tal sentido, al hablar de *distinguish*, supone dar cuenta del (i) uso de técnicas de interpretación sobre los precedentes para identificar la *ratio* y (ii) de criterios de corrección (y uso de argumentación) que le permitan al aplicador del derecho concluir que su interpretación es, de todas las posibles, la mejor.

Ahora bien, la expresión *distinguish* suele ser empleada para describir un específico proceso y resultado interpretativo: se refiere a la creación de excepciones

¹⁹ Este punto es relevante, pues permite señalar que no hay una equivalencia entre *distinguish* e interpretación restrictiva. Como he señalado en (Osorio y García Yzaguirre, 2022) por interpretación restrictiva podemos entender tres diferentes operaciones y resultados: i) interpretación restrictiva que crea una distinción en antecedente, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber creado una distinción en el antecedente a efectos de reducir el alcance de la norma (pasamos de $p \rightarrow Oq$ a $p \sim r \rightarrow Oq$); ii) interpretación restrictiva ante la vaguedad, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber resuelto un caso de vaguedad semántica mediante la exclusión del caso individual. Por ejemplo, si tenemos la norma «si vengued habitual y con fines de lucro enajena bien corporal mueble, entonces obligatorio que pague impuesto a las ventas y servicios», tendremos un problema de vaguedad en caso tengamos indeterminación respecto a si una persona que ha vendido un producto durante tres meses cuenta como vendedor habitual. Frente a ello, se llevará a cabo una interpretación restrictiva de este tipo si el aplicador del derecho decide que no lo es. Como podemos ver, esta interpretación es restrictiva por cuanto entre variar el alcance de un concepto para incluir o excluir un determinado caso, decide la exclusión; y iii) interpretación restrictiva estándar, esto es, la operación y resultado de un aplicador del derecho de haber realizado una interpretación literal a-contextual, a lo que se suma el rechazo a que se realicen interpretaciones extensivas del mismo. Como podemos ver, un *distinguish* alude a solo a la primera manera de entender una interpretación restrictiva.

²⁰ Sobre este punto Álvaro Núñez Vaquero precisa que es pertinente diferencia dos tipos de competencias. Por un lado, las normas sobre los precedentes pueden otorgarle la competencia a un aplicador del derecho para apartarse de un precedente siempre que lo considere oportuno. Por otro lado, dichas normas pueden regular la competencia para apartarse mediante un *distinguishing*. Como bien apunta, ambas competencias son independientes. Ver Núñez Vaquero, 2022, pp. 184-86.

²¹ Cabe precisar que adopto una noción mínima de corrección: que sea conforme a los criterios de corrección que el intérprete ha decidido asumir.

a las *rationes decidendi* mediante el enriquecimiento del antecedente. Este enriquecimiento implica agregar una nueva propiedad al antecedente, esto es, agregar una nueva propiedad que se relaciona con el resto de propiedades mediante una conjunción.

Dicho de otra forma, se descartar un significado y se opta por otro que posee un alcance más limitado. El resultado de este proceso supone la variación de la calificación normativa de un determinado tipo de casos individuales: en un primer momento todos los elementos de una categoría comparten la misma calificación normativa; tras el *distinguish* la tendrán solo una parte de ellos. De esta manera, la inclusión de la nueva propiedad permite especificar qué elementos conservan una determinada calificación normativa y excluir a aquellos que no cumplen con dicha especificación.

De esta forma, la competencia para realizar un *distinguish* alude a una competencia interpretativa. Cabe resaltar que este tipo normas de competencia son, por un lado, normas que determina qué métodos interpretativos pueden ser utilizados y cuáles no en un determinado tipo de proceso para resolver problemas normativos. En caso de emplear un método interpretativo para el cual un determinado aplicador del derecho no es competente, entonces la decisión de resolución de un problema normativo será inválida²². Por otro lado, normas que limitan el modo en que dichas competencias pueden ser ejercidas. Es decir, normas cuyo contenido opera como límites sustantivos de los posibles actos a producir interpretativamente (Prieto Sanchis, 2009; Arraigada, 2021).

De esta forma²³, señalar que un aplicador del derecho es competente para hacer un *distinguish* supone describir que posee competencia para emplear un determinado conjunto de métodos interpretativos (cuyo ejercicio puede estar limitado) que ofrecen como resultado una interpretación restrictiva capaz de crear excepciones a normas (a *rationes decidendi*).

2.1. Formas de llevar a cabo un *distinguish*

Respecto a manera en que se lleva a cabo un *distinguish*, cabe señalar que los aplicadores del derecho pueden llevar ejecutar dichos actos de manera implícita o explícita.

Un *distinguish* implícito alude a todos aquellos casos en los cuales el aplicador del derecho no manifiesta que está llevando a cabo dicho acto²⁴, sin perjuicio a que el resultado interpretativo sea el de exceptuar un precedente que, a primera vista, era aplicable al caso individual.

Sobre este punto cabe diferenciar entre ignorar el precedente y apartarse del precedente por razones no expresas. Ignorar un precedente alude a los casos en los que el precedente no es conocido y, por ello, no incide en el razonamiento judicial. Este sería un caso de laguna de conocimiento. Apartarse de un precedente por razones no expresas alude a que el precedente es conocido y, deliberadamente, se decide no incorporarlo en el razonamiento judicial. Este apartamiento puede deberse,

²² Por ejemplo, los sistemas jurídicos usualmente regulan que los jueces penales son incompetentes para realizar interpretaciones utilizando el argumento analógico o el *a fortiori*.

²³ Cabe señalar que el término *distinguish* puede ser empleado, como hemos visto, para aludir a una competencia interpretativa, a un proceso y/o al resultado de dicho proceso. En el texto principal aludo al resultado del proceso, sin perjuicio de que las precisiones señaladas hasta el momento sean útiles para definir la competencia y al proceso.

²⁴ Al respecto ver, por todos, (Friedman, 2010, Peters, 2008, Gerhardt, 2008, pp. 35 ss.).

por lo menos, a razón de: i) una interpretación restrictiva que hace del precedente inaplicable al caso a ser resuelto; ii) creer que ha sido *overruled* (derogado) tácitamente; iii) crear una ficción con el propósito de cambiar la calificación de los hechos y, de esta manera, hacer irrelevante el precedente; entre otras²⁵. Como podrá notarse, por *distinguish* implícito se alude a tratar o asumir que un determinado precedente es inaplicable tras haberle realizado una interpretación restrictiva que crea una excepción.

En cambio, por *distinguish* explícito se hace referencia a lo casos en los que el aplicador del derecho manifiesta que ha llevado a cabo dicho acto. En tal sentido, es expreso en autocalificar sus actos como un *distinguish* (o use cualquier otro término que haga referencia al mismo concepto) y ofrece una estrategia argumentativa (o, por lo menos, lo intenta) para justificar dicha actuación.

Ahora bien, sea que se lleve un *distinguish* implícito o explícito, estos procesos y resultados pueden ser inválidos, irracionales o justificados. Por *distinguish* inválido aludo a todos aquellos supuestos en los cuales se lleva a cabo un acto calificable como *distinguish*, pero el aplicador del derecho que lo realizó: carecía de competencias para ello; empleó un método interpretativo prohibido por las normas que limitan el ejercicio de dicha competencia; o no había razones que puedan justificar, en el caso individual, la realización de un *distinguish*²⁶. En tal sentido, la decisión emitida es susceptible de ser declarada inválida por una instancia revisión.

Por *distinguish* irracional refiero a los casos en los que se lleva a cabo un *distinguish* por un aplicador del derecho competente para ello, pero sin expresar las razones justificantes para dicho acto. Ello último puede deberse o bien ante la falta de razones (omisión de expresión), o bien por emplear razones que no son suficientes para satisfacer las cargas de argumentación exigibles para ello. En tal sentido, la decisión emitida es susceptible de ser declarada inválida por una instancia revisión.

Por *distinguish* justificado refiero a los casos en los que se lleva a cabo un *distinguish* por un aplicador del derecho competente para ello y expresando, por lo menos, una razón suficiente que justifique dicho acto²⁷. Estas razones pueden ser identificadas a partir del propósito de la *ratio decendi*, para resolver un problema de inadecuación del medio a la finalidad perseguida, por razones coherencia del sistema, por razones identificadas a partir de la moral social, entre otras²⁸. Sobre este punto volveré más adelante.

²⁵ Sobre este punto ver Summers y Eng, 1997. De igual forma, sobre el uso de ficciones para evitar una laguna axiológica, ver García Yzaguirre, 2022b.

²⁶ Ver Lewis, 2024, Iturralde, 1995, p.78. En este sentido Summers ha señalado que «[s]ometimes judges exercise their power to distinguish a precedent to draw excessively fine or unreal distinctions, thereby eroding the precedent without expressly overruling it (Summers, 1991, p. 392)».

²⁷ La justificación dependerá del tipo de acto interpretativo que se realiza. Al respecto, Raz diferencia dos formas de hacer un *distinguish*: una forma moderada y una fuerte (Raz, 1985, pp. 233 y ss). Bajo la forma moderada lo que hace el aplicador es determinar que los hechos individuales previstos en el caso no son subsumibles en el antecedente de la *ratio decidenti*. No es un caso de creación de nueva regla, sino que es un caso de calificación de hechos y de subsunción. Bajo la forma fuerte, lo que hace el aplicador del derecho es cambiar de norma, de manera que el caso actual deja de ser aplicable al precedente. Como podrá notarse, cada forma exigirá razones y cargas de argumentación diferentes. Sobre este punto, por brevedad y claridad, en el texto principal me centro en el ejercicio de un *distinguish* fuerte. Respecto al abanico de posibilidades volveré más adelante.

²⁸ Un elenco de razones ver Re, 2014, p. 1875. Un supuesto posible para justificar un *distinguish* es justificar que el precedente fue dictado *in per incuriam*. Esta razón está sujeta a una ulterior discusión, pues podría sostenerse que un precedente dictado *in per incuriam* no constituye un precedente obligatorio, por lo tanto, no debería ser considerado vinculante ver Raz, 1985, p. 233, nota 12. Sobre este punto profundizaré en ulteriores investigaciones.

2.2. Procesos y resultados

¿Qué actos puede llevar a cabo un aplicador del derecho al hacer un *distinguish*?²⁹ Los principales casos de *distinguish* son supuestos de procesos y resultados interpretativos sobre los precedentes. Parto por ofrecer una propuesta de estructura básica de este tipo de operaciones.

En primer lugar, cada aplicador del derecho, al tener que resolver un problema normativo, tendrá que interpretar disposiciones normativas a efectos de identificar la norma aplicable. A efectos de determinar si un precedente (o un conjunto de estos) ofrece una *ratio decidendi* aplicable al caso individual a ser resuelto tendrá que realizar una primera interpretación de este: un significado *prima facie*. Un significado *prima facie*, siguiendo a Giovanni Battista Ratti, da cuenta de nuestras primeras comprensiones de las disposiciones normativas. Estos significados suelen ser identificados con una interpretación literal, a partir de como la comunidad jurídica a la que pertenece el intérprete suele entender el enunciado (también puede ser el caso que la opinión consolidada entre los miembros de la comunidad jurídica sea entender el texto conforme al sentido literal de las palabras), entre otras alternativas (Ratti, 2015b, p. 154).

Cabe resultar que este es uno de los puntos que mayor controversia ha generado en la literatura especializada. Dados los propósitos del presente artículo no profundizaré sobre este punto, pero sí paso a formular una breve mención de ello.

Es posible identificar una *ratio decidendi* de múltiples maneras a partir de un precedente. En efecto, caben múltiples formas de identificar cuál es su alcance. Para mostrar ello, veamos un ejemplo clásico de la literatura: Donoghue v. Stevenson de la Cámara de los Lores del Reino Unido³⁰. En dicho caso, Donoghue compró y bebió una cerveza de jengibre en un café. Era el caso que dicha botella tenía un caracol muerto, lo que supuso que su ingesta generara daños a su salud. Frente a ello, Donoghue demandó al fabricante de la bebida: Stevenson. La discusión judicial se centró en quién era debía responder por los daños (si el vendedor directo del producto o el fabricante). Finalmente, se decidió que el fabricante de la bebida, Stevenson, debía responder por los daños.

Este caso permite múltiples reconstrucciones a efectos de determinar cuál era el contenido del antecedente de la *ratio decidendi*: alude a todos los productores de bienes y servicios, todos los productores de bienes, todos los productores de bienes alimenticios, todos los productores de bebidas, todos los productores de bebidas de jengibre, es necesaria la presencia de un contaminante de origen animal, es necesaria la presencia de un contaminante de tipo caracol, entre muchas otras posibilidades. La determinación de la *ratio*, como vemos, depende en gran medida de qué propiedades

²⁹ Ver, por todos, Duxbury, 2008, pp. 113 ss.; Waldron, 2012, p. 25; Celano, 2023; Eisenberg, 1988, pp. 62 ss.; Simpson, 1961, pp. 170 ss.).

Cabe insistir en que estoy adoptando una forma de entender los precedentes como fuentes escritas y las *rationes decidendi* como normas que se pueden identificar en estas. Como tal, sigo de cerca el modelo de los precedentes como reglas. El razonamiento que la noción de *distinguish* aclara es diferente si analizamos los precedentes usando el modelo de las razones. Al respecto, ver Lamond, 2005, Lamond, 2022. Bajo esta aproximación, el *distinguish* supone no apartarse (solamente) de la forma en que fue presentado el precedente, sino de las razones usadas en el precedente (de la ponderación llevada a cabo en este). Esto haría que no cualquier hecho sería útil dentro de una justificación de un *distinguish*, sino solo aquellos que permitan el uso de las razones relevantes contenidas en el precedente.

³⁰ Ver, por todos, Núñez Vaquero, 2020, pp. 89 ss.

sean consideradas relevantes. Este punto es relevante, pues un *distinguish* supone crear una excepción a una determinada identificación de la *ratio*.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible identificar, en cada práctica jurídica, diferentes grados de consenso respecto a cuál es la *ratione decidendi* en un determinado caso. A efectos de alcanzar el objetivo del presente artículo, asumiré como significado *prima facie* a una identificación de la *ratio* que la comunidad jurídica de referencia suele considerar como correcta.

En segundo lugar, el aplicador del derecho podrá realizar una evaluación a efectos de evaluar si el significado *prima facie* es correcto a la luz de la información disponible del caso individual y de todas las interpretaciones posibles del precedente. Tras esta evaluación, el intérprete se comprometerá con una determinada interpretación: el significado todo considerado. Este significado todo considerado puede suponer confirmar que atribuirá el significado *prima facie*, ampliarlo, reducirlo, o dejarlo de lado por completo y elegir un significado completamente diferente. El intérprete habrá reinterpretado una disposición en aquellos supuestos en los que haya decidido no elegir el significado *prima facie*, a efectos de reemplazarlo por otro significado. De este modo, entiendo por «reinterpretación» la actividad compleja compuesta por: i) volver a interpretar una disposición normativa (es posterior a la identificación del significado *prima facie*); y ii) atribuir a la disposición un significado (total o parcialmente) diferente al significado *prima facie* (Chiassoni, 2011, p. 151).

Como hemos visto líneas atrás, el *distinguish* es una noción que nos permite presentar los casos de reinterpretación restrictiva de un precedente. De esta forma, nuestra interpretación *prima facie* del precedente será una *ratio* R1, supongamos, compuesta por la regla «Si p, entonces obligatorio hacer q». Esta regla regula todos los casos en los que está presente la propiedad p.

Supongamos, ahora, que estamos frente a un caso individual compuesto por las propiedades p y r. Bajo la interpretación prevista en R1 este caso es subsumible y, por ende, el aplicador del derecho debería ordenar la realización de q. Pero es el caso que el aplicador del derecho considera que la combinación de p y r debería tener una calificación normativa distinta: es un caso dentro de la clase de casos p respecto de la cual se aplican justificaciones para tener una calificación normativa diferente. Estamos frente a una *ratio decidendi* que presenta una solución normativa inaceptable porque el caso genérico de la norma carece de una propiedad que debió haberse incluido conforme al sistema valorativo del intérprete; es decir, el antecedente no contempla una distinción que debería contener (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 15 ss.).

De esta forma, el aplicador del derecho empleará un método interpretativo a efectos de (i) crear una nueva regla (una nueva *ratio decidendi*) que, comparación del significado *prima facie*, (ii) incorpora una nueva propiedad en el antecedente relacionada mediante una conjunción con las propiedades ya identificadas y, de esta forma, (iii) hace inaplicable el precedente al caso individual a ser resuelto. En el caso indicado, lo que hará el aplicador del derecho es crear la *ratio* «Si p y no r, entonces obligatorio hacer q».

Como podemos ver, el *distinguish* supone un rechazo del significado *prima facie*. Esta idea ha sido expresada, por algunos como autores, como una forma de rechazar la regla atribuida al precedente con anterioridad³¹: es un caso de negación de la primera *ratio* identificada. En efecto, el *distinguish*, como hemos visto líneas

³¹ Ver Alexander y Sherwin, 2008, p. 84. Para una opinión discrepante ver Re, 2014, p. 1869.

atrás, no es reducible a señalar que un caso individual está fuera del alcance de la *ratio*. En vez de ello, supone usar una diferencia entre el caso resuelto por el precedente y el caso a ser resuelto ahora para justificar el rechazo a seguir la *ratio* formulada en el precedente³².

Ahora bien, es posible justificar que estamos frente a un precedente errado de diferentes maneras, tanto por la diversidad de formas de justificar la situación como por la multiplicidad de lenguajes teóricos para presentar este punto³³. Uno de los puntos comunes, sobre este punto, es considerar que los casos de *distinguish* parten de asumir que cada norma (*ratio*) es instrumental a una finalidad, las cuales no necesariamente implican realizar las mismas acciones prescritas, específicamente, en la formulación de la norma. En efecto, habrá casos en los que la norma ordene un conjunto de acciones y que la finalidad no prescriba lo mismo o suponga el incumplimiento de la finalidad de otra norma, sin que esto implique que tengamos una contradicción o contrariedad de operadores deónticos.

En términos más precisos, este tipo de operaciones suponen que se ha identificado un supuesto de incompatibilidad funcional (o entre niveles de legalidad), es decir, a casos en los cuales cumplir con la norma supone frustrar la concretización de un propósito normativo. Al decir frustración, quiero dar cuenta de que conlleva un estado de cosas que opera en detrimento del propósito de la otra norma (Hill, 1987, p. 238).

Una manera habitual de presentar este punto es señalando que la *ratio* identificada a través de un significado *prima facie* puede padecer de uno de dos supuestos. Por un lado, la aplicación de dicha *ratio decidendi* al caso a ser resuelto puede no estar justificada por el propósito para el cual fue creada dicha *ratio*. En este escenario la *ratio* tiene un alcance injustificado sobre el caso. Dicho de otro modo, la justificación de la *ratio* es una razón para no aplicar la *ratio*. Una manera de resolver esta incompatibilidad funcional es llevando a cabo un *distinguish*, esto es, que el aplicador del derecho decida identificar un significado todo considerado que especifica, de mejor manera, dicho el propósito de la *ratio* mediante la incorporación de una nueva propiedad en el antecedente (esto es, creando una excepción que reduce el alcance de la *ratio*).

Por otro lado, la aplicación de dicha *ratio decidendi* (N1) al caso a ser resuelto supone una vulneración a un principio o al propósito de otra norma (N2). Junto con ello, el aplicador del derecho considera que el caso debería ser resuelto concretizando el propósito de N2. Una manera de resolver esta incompatibilidad funcional es llevando a cabo un *distinguish*, esto es, que el aplicador del derecho decida identificar un significado todo considerado en el que se especifique el propósito de N2, a efectos de que N1 deje de regular dicho caso.

Cabe señalar que, dentro de este supuesto, se puede diferenciar dos escenarios: i) incompatibilidad con el propósito de otra norma jurídica (N2'); y ii) incompatibilidad con el propósito de otra norma no jurídica (N2''). Al respecto, si consideramos que los aplicadores del derecho están limitados a aplicar, únicamente, normas jurídicas, entonces el escenario i) es el único apto para generar resultados válidos. En cambio, si consideramos que los aplicadores del derecho pueden incorporar razones extrajurídicas a los sistemas normativos, entonces tanto i) como ii) son aptos para generar resultados válidos.

³² Ver, por todos, Simpson, 1961, p. 175.

³³ Para un elenco de formas de presentar estas situaciones ver (García Yzaguirre, en prensa).

Cabe precisar que frente cualquiera de estos supuesto no se genera un deber de llevar a cabo una reinterpretación restrictiva (de hacer un *distinguish*). La identificación de uno de ellos solo supone crear una instancia de deliberación respecto a qué es lo que el aplicador del derecho debería hacer. En efecto, tiene dos opciones: asumir el resultado subóptimo ofrecido por el significado *prima facie* o hacer la reinterpretación restrictiva, dando prioridad a los propósitos de la propia *ratio* o de la norma con la que se está en conflicto³⁴.

Respecto al método interpretativo a emplear para crear la excepción que resuelva uno de estos supuestos, los aplicadores del derecho tienen a su disposición una gran variedad. Solo mencionaré alguno de ellos: argumento de la disociación, abuso del derecho, desviación de poder, fraude de ley, interpretación teleológica, interpretación equitativa, interpretación consecuencialista, uso de la ponderación y de los principios constitucionales, interpretación conforme a la Constitución, interpretación sistemática, entre otros.

Como he señalado líneas atrás, hacer un *distinguish* supone, en parte, llevar a cabo actos de identificación de la *ratio decidendi*. Ahora bien, sobre este proceso y resultado, caben hacer unas precisiones ulteriores.

En primer lugar, cabe diferenciar entre hacer una reinterpretación por la cual se eliminen propiedades del antecedente y hacer una reinterpretación que agrega propiedades al antecedente. Cada propiedad contenida en el antecedente puede ser entendida como una especificación o delimitación del alcance de una norma. Quitar una propiedad, en tal sentido, supone ampliar el alcance de la norma. En cambio, agregar una propiedad (en relación conjuntiva con las otras), supone una mayor especificación (reducción) del alcance de la norma. Los casos de *distinguish* solo aluden a estos últimos³⁵.

En segundo lugar, el proceso y resultado de hacer un *distinguish* puede traducirse en diversas maneras de entender la estructura de las normas. Por un lado, podemos presentar la *ratio* como una norma compuesta por un antecedente que contiene, por lo menos, una propiedad suficiente para el consecuente. En tal sentido, un *distinguish* supone hacer irrelevante dicha norma a efectos de usar una nueva: la creada por el aplicador del derecho. Por otro lado, podemos ver presentar la *ratio* como una norma compuesta por un antecedente derrotable³⁶, es decir, que contiene

³⁴ Esta distinción entre los tipos de incompatibilidad funcional es útil para comprender las acciones que los aplicadores del derecho llevan a cabo. Sin embargo, cada aplicador (o incluso cada investigador) puede interpretar y presentar los actos en cuestión de una forma u otra. En efecto, esto dependerá de cómo se entiendan y especifiquen los objetivos de cada norma. Por ejemplo, supongamos que un legislador debe maximizar tanto la seguridad nacional en tiempos de guerra como la libertad personal de cada ciudadano dentro de su territorio. Este escenario muestra que la presentación de estos actos implica haber definido los límites de justificación de cada norma. En el ejemplo, esto implicaría asumir que la seguridad nacional y la libertad personal son propósitos en conflicto (en lugar de ser nociones interdependientes, es decir, incomprensibles una sin la otra), lo que conlleva la adopción de determinadas ideologías sobre cómo entender la seguridad nacional. Si esto es así, entonces, afirmar que una razón subyacente justifica una norma o que es externa a ella dependerá de cómo se deseen presentar los propósitos de esa norma. De esta manera, una misma situación podría describirse como un caso de no estar justificada por el propósito para el cual fue creada dicha norma o como una vulneración a un principio o al propósito de otra norma.

³⁵ En otra sede he llamado a estos supuestos como creación de excepciones por socavar la norma. Ver García Yzaguirre, 2022a.

³⁶ Para este tipo de propuestas ver Peczenick, 1997, pp. 475-478; Stevenson, 2008; Levenbook, 2023. En este sentido Horta ha señalado: «distinguishing—the power, that is, of identifying important differences between the facts present in earlier cases and those of later cases, and so modifying the rules set out earlier in order to avoid inappropriate later application. On this approach, the defeasibility of precedential constraint is captured not by assuming that the common law is based on special defeasible rules, perhaps

solo condiciones contribuyentes para el consecuente. En tal sentido, un *distinguish* supone enriquecer el antecedente a efectos de identificar una nueva propiedad que suponga tratar el resultado como un conjunto de propiedades que operan de forma suficiente para el consecuente. Cada una de estas maneras supondrá una reconstrucción diferente del proceso y resultado de hacer un *distinguish* y reflejará compromisos teóricos diferentes al momento de entender qué es una norma y cuál es su estructura. Sobre este punto profundizaré en futuras investigaciones.

En tercer lugar, el proceso y resultado de hacer un *distinguish* puede ser presentado como una forma de llevar a cabo un *overruling* parcial. Retomo el ejemplo de líneas atrás: supongamos que tenemos, en un primer momento tenemos una *ratio* N1 que regula «Si p, entonces obligatorio hacer q». Esta *ratio* regula todos los casos en los que está presente la propiedad p mediante normas derivadas. En tal sentido, si estamos frente a un caso p y r, se podrá derivar la norma N1': «Si p y r, entonces obligatorio hacer q».

Si mediante un *distinguish* se identifica la *ratio* N2 «Si p y no r, entonces obligatorio hacer q», lo ha hecho el aplicador del derecho es derogar la norma derivada N1'. Ello lo hace derogando la norma de la que se deriva (N1) y sustituyéndola por otra (N2).

En cuarto lugar, los efectos de la decisión del aplicador del derecho que realiza *distinguish* el dependerán de las normas sobre precedentes. En efecto, lo que hace este aplicador del derecho es emitir un nuevo precedente: emite una *ratio decidendi* que sustituye la *ratio decidendi* derrotada.

Por dependencia a las normas sobre precedentes aludo a que la fuerza vinculante de esta nueva *ratio* estará sujeta a las competencias del aplicador del derecho que llevó a cabo esta operación. Al respecto, es posible diferenciar algunos escenarios: i) el *distinguish* tiene efectos exclusivamente sobre el caso concreto en el que se aplica. Aquí, la modificación o excepción al precedente no se extiende más allá de la situación específica, limitándose su impacto a la resolución de ese caso particular sin influir en futuras decisiones³⁷; ii) el *distinguish* no solo afecta al caso concreto, sino que también tiene repercusiones en casos futuros, actuando como un precedente horizontal dentro de la misma instancia judicial. Sin embargo, su fuerza está condicionada a que no se produzca una revocatoria de la decisión por una instancia superior (por ejemplo, que se haga una revocatoria por haber realizado un apartamiento indebido del precedente del cual se hizo el *distinguish*, lo que limitaría su aplicabilidad a otros casos); iii) el *distinguish* tiene un alcance más amplio, impactando no solo el caso concreto y futuros casos similares, sino también las decisiones de cortes inferiores. Este escenario supone un mayor grado de fuerza y extensión de la nueva *ratio*, influyendo en la interpretación del derecho en niveles inferiores de la jerarquía judicial; entre otros.

3. Límites

Retomemos una pregunta formulada líneas atrás: si señalamos que un aplicador del derecho A está limitado por las decisiones del aplicador del derecho B, pero es el caso

governed by their own defeasible logic, but simply by supposing that common law rules, once introduced, are subject to later modification (Horty, 2015, p. 2)».

³⁷ En este tipo de escenarios no habría, como podrá verse, un *overruling* parcial del precedente en el sistema de normas que pertenecen al derecho. Solo lo habría en el microsistema de normas aplicables al caso individual que se está resolviendo.

que A es competente para hacer un *distinguish* a las decisiones de B, ¿cómo se puede entender dicho límite?

Una posible respuesta es que el límite es meramente ilusorio. Desde esta aproximación, se entendería que los sistemas de precedentes limitan a los aplicadores del derecho, pues requieren el seguimiento de precedentes en todo escenario, incluso en aquellos en los que el aplicador del derecho considera que el precedente es errado. Así, la noción de *distinguish* forma parte de un conjunto de discursos teórico-políticos opuestos a la implementación de un sistema de precedentes.

Otra posible respuesta es considerar que los diversos diseños institucionales de los sistemas de precedentes son formas de concretizar un conjunto de propósitos y/o principios. En tal sentido, las normas sobre precedentes y los precedentes son instrumentos para alcanzar un estado de cosas deseado. En tal sentido, la noción de límite impuesto por los precedentes y la noción de *distinguish* no necesariamente están en una relación de oposición. En determinados supuestos, el *distinguish* es una herramienta para mejorar la práctica de los precedentes, pues permite incorporar un mayor grado de racionalidad en la aplicación del derecho. Ello, además de legitimar el poder de aplicación del derecho, puede suponer un medio para alcanzar el estado de cosas deseado (Simpson, 1961 p. 161; Horty, 2015, p. 3).

Esta segunda forma de resolver la pregunta ha generado múltiples discusiones respecto a cómo limitar (regular) el uso de la competencia del *distinguish* para que esta no se traduzca en un poder descontrolado que haga ilusorios (o incluso ingenuos) los actos de implementación de un sistema de precedentes. En efecto, como he señalado líneas atrás, a esta competencia puede imponérsele límites de diverso tipo que operen como condiciones de validez de los actos. Al respecto, es posible identificar dos tipos de límites: formales y sustantivos. Veamos cada uno.

3.1. Límites formales

Por límites formales aludo al conjunto de propuestas de implementación de normas que regulan las maneras en que puede ser ejercida la competencia para hacer un *distinguish*. En tal sentido, aluden al conjunto de normas que determinan cómo se puede realizar dicha operación. Veamos los principales.

a) Diseño de cargas de argumentación

Para algunos autores sería posible diseñar y exigir una carga de argumentación mínima a ser ofrecida por el aplicador del derecho que pretenda realizar un *distinguish*. Dicha carga podría operar a manera de presunción a favor de la *ratio*: se debe tratar a un determinado conjunto de identificaciones de *rationes decidendi* como correctas, a menos que se ofrezca una razón que derrote esta calificación. En tal sentido, la labor del aplicador del derecho será demostrar que las razones y/o efectos de la *ratio* no son idóneos para resolver el problema jurídico que supone el caso actual³⁸.

³⁸ En este sentido, por ejemplo, Waldron señala que «[f]o distinguish a case, then, is not just to “come up with” some difference. It is to show that the logic of what Jp figured out does not, despite appearances, apply. It means pointing to some additional problematic feature of the subsequent case that requires additional figuring. The point is that both these ways of orienting oneself to a rule laid down in an earlier case-reformulating and distinguishing-can be approached in a spirit more or less consonant with the rule of law. Legal realists and critics are fond of pointing out that Js can formulate the rule that he is supposed

En efecto, esta carga no podría operar sobre cualquier interpretación *prima facie*. A efectos de que sea viable en términos prácticos, ella tendría que operar sobre aquellas *rationes decidendi* sobre cuya identificación ha de ser verificable un consenso interpretativo dentro de la comunidad jurídica de referencia. Es decir, que opere como un caso claro de cómo ha de ser entendido el precedente. Este límite sería idóneo para regular cómo ejercer un *distinguish* explícito.

Ahora bien, diseñar una carga de argumentación no resulta, por sí solo, un límite suficiente. Será necesario complementar esta carga con otros criterios formales y sustantivos para diseñar su contenido.

b) Tipo de cambio de norma

Joseph Raz ha formulado una de las principales propuestas de límites al *distinguish*³⁹. Dicho autor sostiene que la validez de este conjunto de actos está limitada por las siguientes exigencias: i) el resultado del *distinguish* ha de ser una norma que reduce el alcance de la *ratio*; y ii) la norma modificada debe ser útil para justificar la solución normativa dada en el caso que generó el precedente (Raz, 1985, pp. 234 ss.).

El punto i) expresa algunos de los puntos ya señalados. En primer lugar, para hablar de *distinguish*, es necesario que se haya emitido un precedente con fuerza vinculante sobre el caso a resolver y que se haya identificado una *ratio decidendi*. En segundo lugar, es un proceso y resultado cuya finalidad es evitar que la *ratio decidendi* identificada no sea aplicable al caso mediante un proceso de enriquecimiento del antecedente, esto es, agregar una nueva condición de aplicación en el antecedente que opera en conjunción con el resto de propiedades ya identificadas.

Este límite supone, por lo menos, dos cosas. Por un lado, que no cuenta como *distinguish* un supuesto de cambio total de identificación de la *ratio* de un precedente. Ello sucede cada vez que hacemos una nueva interpretación del precedente e identificamos una *ratio* distinta. La validez de esta nueva interpretación dependerá de los criterios de corrección para identificar *rationes decidendi*⁴⁰. Por otro lado, no es válido llevar a cabo una interpretación restrictiva que suponga la eliminación de una propiedad en el antecedente⁴¹. Sobre este punto no volveré a insistir.

to be following in any way that he likes in order to suit his own view about how the case in front of him should be decided. They say that he can distinguish any given factual situation from any other. And so he can, but the rule of law commands him to approach these delicate judgments in a responsible spirit of deference. He should try to arrive at the formulation that best approaches a norm that solves the problem that confronted Jp (in the way that she solved it) and then he should consider whether the acceptance of that solution as a general norm also settles the case that he confronts. If an honest reckoning shows that it doesn't, then the responsible thing to do is to distinguish the case and identify and solve the distinct issue that it poses. But if Jp's solution considered as a general norm does have the capacity to solve what is essentially the same legal problem posed by the second case, then Js should apply it. That is what keeping faith with the generality of law requires so far as he is concerned (Waldron, 2012, pp. 25-26)».

³⁹ Es una de las principales, pues muchos autores o bien discuten sobre su corrección o incorrección, o bien la toman como punto de partida para elaborar nuevos argumentos. Para una adecuada presentación de este punto voy identificar sus propuestas de límites formales en este apartado y de límites sustantivos en el siguiente.

⁴⁰ Solo por claridad, cabe insistir que este límite implica que no es válido que el aplicador del derecho reduzca el alcance del precedente mediante la sustitución de una condición de aplicación positiva por una negativa. En este sentido, si tenemos una *ratio* que señala «Si p y r, entonces obligatorio hacer q» no cabe reemplazarlo por «Si p y ~r, entonces obligatorio hacer q». Este no sería un caso de creación de una excepción, sino de cambio total de *ratio*.

⁴¹ Cabe agregar que la eliminación de una propiedad del antecedente puede resultar en un medio inútil para hacer apartarse de un precedente. En efecto. Si tengo una norma «Si p y r, entonces obligatorio hacer q» y consideramos que el antecedente opera como condición suficiente para el consecuente, es

El punto ii) limita el conjunto de resultados del proceso reinterpretativo restrictivo. Supone que la *ratio* que resulte del *distinguish* debería ser una alternativa de solución para resolver el caso que dio origen al precedente. Esto supone dos exigencias: compatibilidad y preservación del poder de justificación. Por un lado, la exigencia de compatibilidad supone que la nueva *ratio* que crea el aplicador del derecho, para ser válida, no ha de variar la calificación normativa de la acción o hecho resuelto en el precedente exceptuado⁴². Esto establece un límite al acto de creación judicial: se requiere justificar la solución normativa ofrecida en el precedente. El proceso se enfoca en añadir una propiedad adicional (un acto de especificación normativa) (Raz, 1985, p. 236).

Por otro lado, la exigencia de justificación, hace explícito que la propuesta de Raz va orientada a restringir la forma en que los aplicadores del derecho reinterpretan los precedentes, asegurando que se mantenga un enfoque coherente y alineado con el propósito original de las decisiones anteriores. En este sentido, este límite es un intento de reflejar la noción de contexto en cada caso (Raz, 1985, p. 237), ya que los precedentes no deben ser interpretados de manera abstracta, sino considerando la controversia específica que resolvieron. De esta forma, los aplicadores del derecho han de ser competentes para modificar la calificación normativa cuando surgen nuevos contextos, siempre que dicha modificación no altere la solución original para el contexto en el que se originó el precedente. Dicho de forma breve: el resultado del *distinguish* ha de ser una *ratio* aplicable al caso que generó el precedente y, además, debe ofrecer la misma calificación normativa.

Esta exigencia de justificación, cabe precisar, puede ser interpretada de dos maneras. Tanto el límite i) como ii), al exigir una especificación que permita justificar el caso resuelto por el precedente, ¿se refieren a todos los hechos del caso o solo al antecedente de la *ratio*? Por un lado, cabe una interpretación amplia de los límites bajo la cual dichos límites aluden tanto a la clase de hechos considerados normativamente relevantes en el antecedente de la *ratio* como al resto de clases de hechos mencionados en el precedente. En otros términos, un aplicador del derecho no puede realizar un *distinguish* basado en un hecho que ya estaba presente en el caso anterior, aunque el tribunal previo no lo haya considerado parte de la *ratio*, es decir, no lo haya considerado determinante para su decisión⁴³.

Supongamos que el caso individual resuelto por el precedente estaba compuesto por los hechos individuales a, b, c, d. Cada uno de esos hechos individual es una instancia de una clase de hechos: A, B, C, D⁴⁴. Además de ello, consideremos que la *ratio* de este precedente es la norma «Si A y B, entonces obligatorio hacer q».

el caso que se aplicará el *modus ponens* y el refuerzo del antecedente. La ley del refuerzo del antecedente refiere a que «si una proposición p implica a otra proposición q, entonces la implicación ha de mantenerse cuando se añaden otras proposiciones al antecedente del condicional (Navarro y Rodríguez, 2000, p. 62)». Si mediante una reinterpretación identificamos la norma «Si p, entonces obligatorio hacer q», esta norma también regula el caso p y r. Como se puede ver, ello nos deja en el lugar donde empezamos.

⁴² El punto alude a la situación en la que, inicialmente, una acción tiene, por la *ratio*, una calificación X y, tras el proceso reinterpretativo, adopta una calificación Y. Con mayor precisión, esto puede significar: i) una acción que antes se consideraba obligatoria ahora se considera prohibida o facultativa; ii) una acción que era prohibida ahora se considera obligatoria, facultativa o permitida; iii) una acción que antes era facultativa ahora se considera obligatoria o prohibida; o iv) una acción que inicialmente tenía una calificación (obligatoria, prohibida, facultativa o permitida) ahora queda con una calificación indeterminada. Conforme lo señalado en el texto principal, si el *distinguish* ofrece uno de estos escenarios entonces el resultado será inválido.

⁴³ En este punto sigo a McBride, 2022, pp. 101 ss.

⁴⁴ Para ser más preciso: usaré la mayúscula para hacer referencia a clases de hechos y la minúscula para instancias de ellos. Así, «magnicidio» sería representado con una mayúscula y «asesinaron a Jovenel Moïse» se representaría con minúscula.

Bajo esta lectura amplia, el resultado del *distinguish* debería ser útil para justificar un caso individual compuesto por los hechos individuales a, b, c, d. En efecto, si el resultado del *distinguish* fuera la norma «Si A, B y no C, entonces obligatorio hacer q», esta *ratio* no hubiera sido adecuada para resolver el caso del precedente, pues resultaba inaplicable al caso. En tal sentido, sería una operación con un resultado que contraviene los límites, ergo, inválido.

Por otro lado, una interpretación estricta de los límites supone que ellos aluden únicamente a la clase de hechos considerados normativamente relevantes en el antecedente de la *ratio*⁴⁵. De esta forma, los límites solo aluden a la clase de hechos previstos en la *ratio* y no a los hechos individuales del caso.

De esta forma, siguiendo lo señalado en párrafos anteriores, si el caso que fue resuelto por el precedente estaba compuesto por los hechos individuales a, b, c, d, y de ellos se formuló una «Si A y B, entonces obligatorio hacer q», el límite de justificación solo tiene alcance para los casos compuestos por A y B. En este sentido, si el resultado del *distinguish* fuera la norma «Si A, B y no C, entonces obligatorio hacer q», esta *ratio* sería válida, pues resulta aplicable a la clase de hechos considerados normativamente relevantes por la *ratio* exceptuada.

La posición amplia, como se podrá notar, se enfrenta a algunas dificultades. Dos de las más importante son, por un lado, que no hay una única manera de identificar cuáles fueron los hechos del caso. Ello supondría que los límites de validez de la competencia *distinguish* esté sometida a los mismos problemas de indeterminación de la identificación de la *ratio decidendi*. Tal problema podría amplios márgenes de discrecionalidad para determinar el alcance del límite, lo que conllevaría que límite pueda resultar ilusorio. Sobre este punto no insistiré más.

Por otro lado, resulta injustificado asignarle consecuencias jurídicas a un hecho que no fue considerado normativamente relevante por la *ratio*. Por normativamente relevante, siguiendo a Alchourrón y Bulygin, refiero a que su presencia o ausencia está correlacionada a consecuencias normativas diferentes (Alchourrón y Bulygin, 2012, pp. 150-151). Afirmar que una clase de hechos (una propiedad) irrelevante es útil para determinar el límite de una competencia es una contradicción. Lo que estarían afirmando quienes adoptan esta interpretación amplia es que todos los hechos identificables en el caso resuelto por el precedente operan como condiciones de aplicación de la *ratio*: esas son las clases de hecho que son normativamente relevantes. Ello, como se puede ver, es un discurso prescriptivo sobre cómo debería ser identificada la *ratio*. Esto haría la interpretación amplia indistinguible de la interpretación estricta, por lo que asumiré esta última como la mejor interpretación de los límites razianos.

Estos límites han generado múltiples discusiones en la literatura especializada. Al respecto, una de las críticas más discutidas es la ofrecida por Alexander y Sherwin, quienes proponen un ejemplo ficticio para demostrar que es estos límites no impiden que el aplicador del derecho pueda crear cualquier tipo de excepción (Alexander y Sherwin, 2008, pp. 83 ss.; Alexander, 2023, pp. 13 ss.)⁴⁶.

Carolina mantiene un oso enjaulado como mascota en su casa, ubicada en un barrio residencial. Ante esta situación, Julián interpone una demanda solicitando que se le prohíba a Carolina mantener dicho animal. El tribunal competente resuelve a

⁴⁵ Ver Lamond, 2022, p. 117.

⁴⁶ Cabe precisar que estas críticas están orientadas a demostrar que el modelo de reglas para reconstruir los precedentes no es idóneo para reconstruir las nociones de *stare decisis* y de *distinguish* de manera clara.

favor de Julián, argumentando que el oso es un animal salvaje. Este fallo establece un precedente que señala: «La tenencia de animales salvajes en zonas residenciales es causa de responsabilidad civil».

A partir de este precedente, supongamos, se presenta un caso posterior. Natalia, otra residente de ese mismo barrio, tiene un caimán en su domicilio. Ante ello, Favio le inicia un proceso judicial tomando como principal argumento la aplicación del precedente Julián vs. Carolina. No obstante, el aplicador del derecho, con el interés de favorecer a Natalia, lleva a cabo un *distinguish*, formulando que «la tenencia de animales salvajes y peludos en zonas residenciales es causa de responsabilidad civil». Si bien esta nueva *ratio* cumple con los requisitos propuestos por Raz (enriqueciendo el antecedente y es útil para justificar la calificación normativa impuesta al caso original), vacía de contenido lo que parece ser el propósito fundamental del precedente: prohibir la presencia de animales no domésticos en el barrio.

Supongamos otro caso. Imaginemos que Carla, otra residente del mismo barrio, tiene un oso en su hogar. Frente a ello, Laura interpone un proceso judicial amparándose en el precedente Julián vs. Carolina. Ahora bien, el tribunal encargado de resolver este nuevo caso considera que no debería prohibirse la tenencia del oso, al no percibirlo como una amenaza o molestia peligrosa. En efecto, Carla sustentó que su oso vivió muchos años en un circo y que está muy amaestrado. Además, muestra el oso es frecuentemente visitado y acariciado por niños, una circunstancia ausente en el caso original. Con base en esta diferencia, el tribunal formula una distinción y evita que el precedente limite su decisión.

El argumento de Alexander y Sherwin⁴⁷ se enfoca en que los aplicadores del derecho siempre pueden identificar alguna característica distintiva que les permita justificar el apartamiento de un precedente previo, lo que pone de manifiesto la flexibilidad inherente en la interpretación judicial. Entonces los límites serían ilusorios.

Ahora bien, considero que la crítica tiene un alcance limitado: demuestra que la formulación de límites formales no es útil para restringir la competencia del *distinguish* y que, ante ello, el sistema de precedentes pierda sentido. La discusión se traslada a si es posible formular límites sustantivos que permitan resolver el problema y cuáles serían estos.

3.2. Límites sustantivos

Por límites sustantivos aludo al conjunto de propuestas de implementación de normas que delimitan los posibles contenidos del resultado de un *distinguish*. En tal sentido, aluden a un conjunto de normas que operan como criterios de validez materiales (el contenido de la norma que contiene la excepción no puede contradecir dichas normas). Al respecto, presentaré dos de las principales (a) y b) y haré una propuesta de límite sustantivo basado en la noción de seguridad jurídica (c).

a) Mejorar la *ratio*

A partir de las tesis de Raz es posible identificar un límite sustantivo: que el resultado del proceso de *distinguish* no solo suponga un rechazo de la *ratio*, sino que

⁴⁷ Entre nosotros este mismo punto ha sido expresado por (Celano, 2023).

sea una mejora de la misma⁴⁸. Ello, para Raz, supone que la *ratio* concretice, de mejor manera, las «razones fundamentales» empleadas en la justificación del precedente⁴⁹.

Este límite sustantivo, por sí mismo, no resulta suficiente para restringir la actividad de los aplicadores del derecho. En primer lugar, qué cuenta cómo una mejor concretización es una expresión valorativa sujeta a las preferencias ideológicas de cada aplicador del derecho. Ello supone un alto grado de indeterminación. En segundo lugar, pone de relieve una necesidad justificación: si un aplicador del derecho considera que es capaz de ofrecer una mejor versión del precedente y tiene una oportunidad de hacerlo, ¿por qué debería verse limitado en ello? Sobre este segundo punto volveré en breve.

b) Aceptabilidad

A partir de las tesis de Simpson es posible identificar un segundo límite sustantivo: que el resultado del proceso de *distinguish* sea socialmente aceptable⁵⁰. Así, la decisión solo será percibida como justificada si satisface la moral social. Así, se asume que el aplicador del derecho es un agente que participar activamente en el debate público sobre cuál es la mejor forma de regular una conducta dentro de un determinado contexto social y cultural⁵¹.

De esta forma, este límite opera como una exigencia argumentativa: el proceso y resultado debe justificarse empleando razones que la comunidad de referencia pueda reconocer y aceptar, sin que ello suponga una exigencia de estar de acuerdo. Lo que se alude, es que el aplicador del derecho ha realizado un acto reconocible dentro de los alcances de la moral social, sin perjuicio que se pueda discrepar de él. Además, supone una prohibición de la arbitrariedad, en el sentido de que se vulnerará este límite llevar a cabo un *distinguish* sin razones para ello.

Como se podrá notar, este límite presenta una descripción y una prescripción. Es descriptiva en tanto da cuenta de la probabilidad del reproche social que padecerá un *distinguish* incoherente con una determinada práctica social o uno arbitrario. Asimismo, presenta uno de los actos que podría llevar a una instancia de revisión frente a esta decisión repudiada. Es prescriptiva, en tanto da cuenta de cómo deberían comportarse los aplicadores del derecho que tienen una oportunidad para hacer un *distinguish*, así como de quienes revisan dicho acto.

⁴⁸ Raz señala: «Para cada norma existe un número indefinido de distintas modificaciones de acuerdo a las dos condiciones arriba descritas. *La obligación del tribunal, sin embargo, es adoptar únicamente aquella modificación que mejore más la norma*. De ahí que su verdadero problema se limita normalmente a juzgar sobre los méritos relativos de pocas modificaciones. Con frecuencia, ninguna es aceptada y el tribunal tiene que seguir la norma. Éste es el caso no sólo cuando el tribunal se encuentra perfectamente satisfecho con la norma, sino, también, cuando hubiera preferido una norma completamente diferente, pero no encuentra ningún avance en la modificación que le está permitida hacer dentro de los estrechos límites de la regla para distinguir precedentes (Raz, 1985, p. 236 sin cursiva en el original)». Ver, además, Alexander y Sherwin, 2008, p. 86.

⁴⁹ «[E]s razonable interpretar la norma más bien en su contexto (i.e. considerando los hechos del caso tal y como se encuentran asentados) más que de forma abstracta como lo hace uno con una ley o reglamento. La facultad de distinguir refleja esta dependencia al contexto. La *ratio* es obligatoria en sus razones (*rationale*) fundamentales tal y como se aplica a su con texto original. Los tribunales pueden, sin embargo, modificar su aplicación a diferentes contextos siempre que preserven sus razones (*rationale*) fundamentales» (Raz, 1985, p. 237). Como podrá verse, este es un límite diseñado con el propósito de generar una adecuada implementación o concretización del propósito de la *ratio* (ver lo señalado en 2.2).

⁵⁰ Sobre el punto ver (Simpson, 1973, pp. 195-97). Cabe precisar que este autor emplea la expresión «permisibilidad social».

⁵¹ Una manera alternativa de presentar este punto es como una exigencia de razonabilidad, aunque tal terminología no necesariamente resuelve los problemas de indeterminación. Al respecto ver Zorzetto, 2015.

c) Seguridad jurídica

Cabe retomar el para qué discutir sobre límites al momento de ejercer el *distinguish*. El desafío teórico es que, si los aplicadores del derecho son competentes para crear excepciones a las *rationes* de un precedente, entonces las restricciones que ofrece el sistema de precedentes son ilusorias. Una manera de resolver este problema es señalando que cabe la posibilidad de implementar límites a este tipo de actividades. Ello, pues supondría que no cualquier excepción sería válida, es decir, no cualquier *distinguish* sería jurídicamente viable.

Al respecto, considero que la mejor manera de entender esta forma de resolver el problema es considerando que dichos límites han de ser derivados (o, por lo menos, coherentes) con las razones justificantes de los sistemas de precedentes. En efecto, implementar un sistema de precedentes es un instrumento para alcanzar un determinado conjunto de estados de cosas en una determinada práctica⁵². En tal sentido, considero que los límites sustantivos han de estar fijados por esas mismas razones: que *distinguish* sea un medio disponible para alcanzar dichos estados de cosas considerados deseables.

De todas las justificaciones, me centraré en uno de los discursos principales y más frecuentemente empleados: el de aquellos que sostienen que dichos sistemas son medios idóneos para concretar la seguridad jurídica dentro de una comunidad.

La noción de seguridad jurídica ha sido entendida de múltiples maneras⁵³. Al respecto, considero que la mejor manera de entender esta noción es como un concepto valorativo denso⁵⁴, esto es, nos permite, por un lado, describir una determinada acción, objeto, hecho o estado de cosas y, por otro lado, alabarla o condenarla por poseer cierta (o ciertas) propiedad(es). Estos poseen dos componentes: i) uno valorativo; y ii) uno descriptivo no valorativo. La combinación de ambos ofrece conceptos que permiten expresar una razón *por tanto* a favor o en contra y, a la vez, describe el mundo.

En materia de seguridad jurídica, considero, es pertinente distinguir entre dos aspectos: las expectativas fácticas y las preferencias valorativas. Las expectativas fácticas comprenden los criterios utilizados para anticipar estados futuros o hechos específicos. Dentro de este marco, cabe diferenciar dos tipos: las expectativas predictivas y las expectativas de hechos. Las expectativas predictivas se refieren a las proyecciones que realizan agentes relevantes sobre la evolución de la jurisprudencia o decisiones particulares, basadas en un análisis descriptivo de prácticas actuales y en técnicas de predicción que permiten inferir posibles normas aplicables a casos presentes o futuros. Por otro lado, las expectativas de hechos involucran criterios de relevancia empleados para describir determinados estados de cosas, acciones o eventos, facilitando la aplicación de conceptos dentro de un sistema normativo.

Por otro lado, las preferencias valorativas se refieren a las razones que una comunidad jurídica utiliza para calificar como satisfactorio un determinado proceso y resultado en la aplicación del derecho. Estas expectativas reflejan los discursos

⁵² Para una sistematización de dichas razones ver (Bankowski, MacCormick, Morawski. Ruiz Miguel, 1997, Schauer, 1987, pp. 595 ss.).

⁵³ Para un estudio de las diversas maneras de entender esta noción ver (García Yzaguirre, 2023b).

⁵⁴ Este punto ha sido desarrollado con mayor profundidad en (García Yzaguirre, en prensa). Sobre la noción de concepto valorativo denso ver Williams, 1995, p. 29).

prescriptivos sobre lo que hace valiosa una jurisprudencia o decisión específica para mantener la estabilidad del sistema jurídico.

En la literatura especializada, existen desacuerdos qué ha de ser considerado valioso. Por un lado, un conjunto de autores valora la previsibilidad de qué pasará en el mundo como un medio para optimizar la autonomía personal. Por otro lado, para otro conjunto de autores, lo valioso es generado por la aceptabilidad axiológica de los resultados de una decisión institucional⁵⁵. Alternativamente, las preferencias valorativas pueden formularse empleando alguna manera de entender la noción de normalidad, bajo la cual una práctica jurídica se considera normal si produce efectos aceptables según criterios axiológicos, y anormal si genera consecuencias inaceptables. Identificar el parámetro de normalidad implica seleccionar elementos basados en preferencias normativas, tales como la normativa aplicada, los propósitos institucionales, la moral positiva y/o una teoría normativa específica.

Dicho en breve, la seguridad jurídica, entendida desde aproximación, alude a aquellos casos en los que existe una coincidencia entre las expectativas fácticas y las preferencias valorativas. Ahora bien, ello requiere algunas ulteriores precisiones.

En primer lugar, el concepto de seguridad jurídica implica adoptar compromisos normativos sobre lo que debe ser valorado en la práctica jurídica. Dado que es un concepto valorativo, su aplicación refleja las preferencias ético-normativas que guían cómo cada sujeto cree que debería funcionar la práctica de seguir precedentes. Así, la predictibilidad, su propósito, y si lo predecible es un ejemplo de seguridad jurídica, dependen de un conjunto de criterios normativos que determinan cómo debería desarrollarse la práctica jurídica.

En segundo lugar, la interacción entre expectativas predictivas y preferencias nos ofrece distintas posibilidades para entender la seguridad jurídica. Existen tres escenarios posibles: (i) cuando no es posible construir expectativas predictivas con alto grado de éxito, lo cual indica una aplicación del derecho impredecible y, por tanto, insegura; (ii) cuando se pueden construir expectativas predictivas exitosas, pero estas no coinciden con las preferencias, reflejando una predictibilidad de la inseguridad jurídica; y (iii) cuando las expectativas predictivas coinciden con las preferencias, lo que constituye un caso de seguridad jurídica. La diferencia entre estos escenarios radica en el contenido de las preferencias y cómo se valoran los resultados predichos.

En tercer lugar, la seguridad jurídica no implica necesariamente tratar las normas como inderrotables. Hacer imponderable un precedente podrá generar inseguridad jurídica, especialmente si este vulnera derechos y el juez carece de competencia para resolverlo, siempre que nuestras preferencias sean contrarias a dichas situaciones. Así, otorgar a los jueces la capacidad de hacer un *distinguish* puede establecer condiciones institucionales que favorezcan la concretización de expectativas normativas justificadas.

Esto conlleva dos implicaciones clave para la seguridad jurídica en los sistemas de precedentes. Primero, es necesaria una evaluación institucional sobre quiénes deberían tener la competencia para hacer un *distinguish*, considerando que todos, algunos, o ninguno en ciertas áreas podrían estar autorizados, lo que requiere evaluar riesgos específicos. Segundo, es relevante una evaluación casuística: ¿podemos predecir exitosamente que quienes realicen un *distinguish* lo harán de manera coherente con la seguridad jurídica? En breve, la seguridad jurídica, como un concepto valorativamente denso, muestra que la relación entre precedentes y la

⁵⁵ Ver García Yzaguirre, 2024.

competencia para hacer un *distinguish* depende de expectativas normativas, y no necesariamente justifica seguir un precedente calificado como errado, injusto o ineficiente.

4. Conclusiones

La noción de *distinguish* es una herramienta conceptual que permite dar cuenta de los procesos y resultados interpretativos por medio de los cuales los aplicadores del derecho se apartan de un precedente, al identificar circunstancias específicas que justifican una excepción. La competencia para llevar a cabo estos procesos y resultados evita la aplicación mecánica de los precedentes en contextos inadecuados y contribuye a la flexibilidad y adaptabilidad del sistema jurídico.

La validez de realizar un *distinguish* se encuentra vinculada a la competencia normativa del aplicador y a las reglas que regulan su ejercicio. Un uso adecuado de esta competencia implica la capacidad interpretativa para modificar la *ratio decidendi* de un precedente de forma justificada y coherente con las demás normas del sistema normativo.

En este artículo he señalado lo siguiente:

En primer lugar, que la noción es una herramienta conceptual que permite dar cuenta de los procesos y resultados interpretativos por medio de los cuales los aplicadores del derecho se apartan de un precedente. El aplicador del derecho lo hará a través de un enriquecimiento del antecedente que preserve la coherencia interna de la *ratio*, pero corrija una incompatibilidad detectada entre los fines de la *ratio decidendi* y las circunstancias del caso actual. El resultado es la producción de una nueva norma menos general.

En segundo lugar, que uno de los desafíos teóricos y prácticos más importantes radica en que, si los aplicadores del derecho tienen la competencia para crear excepciones a las *rationes decidendi* de un precedente, entonces las restricciones impuestas por el sistema de precedentes pueden volverse ilusorias. Frente a ello, he sostenido dos cosas. Por un lado, que la mejor manera de entender los límites que impone el sistema de precedentes no es como un discurso a favor del carácter inderrotable de los precedentes, sino como una forma de presentar la discusión sobre cuáles deberían ser los límites (criterios de validez) de un *distinguish*. Esto implicaría que no todas las excepciones serían aceptables, es decir, que no cualquier *distinguish* podría considerarse jurídicamente válido.

Por otro lado, se ha propuesto que la discusión sobre los límites al *distinguish* es mejor conducida si consideramos los principios que justifican tener un sistema de precedentes.

En tercer lugar, es posible identificar una relación entre *distinguish* y seguridad jurídica. El texto muestra que la previsibilidad deseada por los sistemas de precedentes no reside en la inmutabilidad de las decisiones pasadas, sino en la transparencia de los criterios mediante los cuales se decide apartarse de ellas. La seguridad jurídica se fortalece cuando los destinatarios pueden anticipar las condiciones bajo las cuales los precedentes serán exceptuados. En ese sentido, la práctica del *distinguish* es compatible con, e incluso necesaria para, la estabilidad del derecho: permite corregir precedentes errados sin sacrificar la capacidad de los agentes para formar expectativas racionales acerca de la aplicación futura de las normas.

Bibliografía

- Alchourrón, C. (2010). *Fundamentos para una Teoría General de los Deberes*. Marcial Pons.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2da edición). Astrea.
- Alexander, L. (2023), Precedent: The What, the Why, and the How. En T. Endicott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 11-20). Oxford.
- Alexander, L. y Sherwin, E. (2008). *Demystifying Legal Reasoning*, Cambridge.
- Arraigada, M. B. (2021), Las dos caras del precedente vinculante. En A. Núñez Vaquero y M.B. Arraigada e I. Hunter (Coord.), *Teoría y práctica del precedente* (pp. 365-400). Tirant Lo Blanch.
- Bankowski Z., MacCormick, N., Morawski, L. Ruiz Miguel, A., (1997). Rationales for precedente. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 481-502). Routledge
- Carrió, Genaro, 2004. Nota preliminar, en W. N. Hohfeld, *Conceptos jurídicos fundamentales* (pp. 7-24). Fontamara.
- Celano, B. (2023). *Dog Law: On the Logical Structure (or Lack Thereof) of Distinguishing*. En T. Endicott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 214-226), Oxford.
- Chiassoni, P. (2019). *Interpretation without truth. A realistic enquiry*. Springer.
- Chiassoni, P. (2015). La filosofía del precedente: análisis conceptual y reconstrucción racional. En C. Bernal Pulido y T. Bustamante (Ed.), *Fundamentos filosóficos de la teoría del precedente judicial* (pp. 21-66). Universidad Externado de Colombia.
- Chiassoni, P. (2011). *Técnicas de interpretación jurídica. Brevario para juristas*. Marcial Pons.
- Duxbury, N. (2008). *The nature and authority of precedent*. Cambridge.
- Eisenberg, M. (1988). *The nature of the common law*. Harvard University Press.
- Friedman, B. (2010). The wages of stealth overruling1 (with particular attention to Miranda v. Arizona). *Public law & legal theory research paper series working paper of New York University School of Law*, 10-42, pp. 1-64.
- García Yzaguirre, V. (en prensa). Precedentes errados y seguridad jurídica. En F. Carbonell y C. Fernández Blanco (Eds.), *Errores en la creación y en la aplicación del derecho*. Marcial Pons.
- García Yzaguirre, V. (2024). Legal certainty and predictability. A reconstruction proposal. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 110, 4, pp. 651–671.
- García Yzaguirre, V. (2023a). Non-application and justified violation of norms: A proposal for the study of defeasibility in the theory of law. *Analisi e Diritto*, 2023 (2), pp. 153-185.
- García Yzaguirre, V. (2023b). Aproximaciones a la seguridad jurídica. Una propuesta de reconstrucción. *CEFD Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 50, pp. 30-56.
- García Yzaguirre, V. (2022a). Excepciones en las normas jurídicas: Una propuesta de análisis conceptual. *Diritto & Questioni Pubbliche*, 22 (2), pp. 61-84.
- García Yzaguirre, V. (2022b). *Excepciones implícitas e interpretación: Una reconstrucción analítica*. Palestra.
- García Yzaguirre, V. y Kersic, M. (2025). ¿Deberían todos los aplicadores del derecho ser competentes para ponderar? Una discusión pendiente. *Revista Derecho de Estado*, 61, pp. 5-32.

- Osorio Morales, H. y García Yzaguirre, V. (2022). El derecho al plazo razonable en procedimientos tributarios: El caso chileno. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 35, pp. 93-122.
- Gerhardt, F. (2008). *The Power of Precedent*. Oxford.
- Hill, H. (1987). A functional taxonomy of normative conflict. *Law and Philosophy*, 6, 2, pp. 227-247.
- Horty, J. (2015). Constraint and freedom in the common law. *Philosophers' Imprint*, 15, 25, 1-27.
- Lamond, G. (2022). Revisiting the Reasons Account of Precedent. En M. McBride y J. Penner (Eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (113-138). Hart Publishing.
- Lamond, G. (2005). Do precedents create rules? *Legal Theory*, 11, 1-26.
- Levenbook, B. (2023). Supplanting defeasible rules. En T. Endicott, H. Dan Kristjánsson y S. Lewis (Eds.), *Philosophical Foundations of Precedent* (pp. 101-116). Oxford.
- Lewis, S. (2024). Stare decisis and equitable power. *Law and Philosophy*, pp. 1-30.
- Peters, C. (2008). Under-the-Table Overruling. *Wayne L. Rev*, 54, pp. 1067-1104.
- Marshall, J. (1996). *Trentatre cose che si possono fare con i precedenti. Un dizionario di common law*. *Ragion Pratica*, 6, pp. 29-35.
- Marshall, G. (1997). What is binding in a precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (503-518). Routledge.
- McBride, M. (2022). No reasons. En M. McBride y J. Penner (Eds.), *New Essays on the Nature of Legal Reasoning* (pp. 99-112). Hart Publishing
- Navarro, P. y Rodríguez, J. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, 13, pp. 61-85.
- Núñez Vaquero, Á. (2022). Precedentes: una aproximación analítica. Marcial Pons.
- Perry, S. (1987). Judicial Obligation, Precedent and the Common Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 7, 2, pp. 215-57.
- Núñez Vaquero, Á. (2020). La relevancia de los hechos para la interpretación y aplicación (analogía) de precedentes. En Á. Núñez Vaquero y M. Gascón (Coord.), *La construcción del precedente en el civil law* (81-106). Atelier.
- Peczenick, A. (1997). The binding force of precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 461-480). Routledge.
- Prieto Sanchis, L. (2009). *Lecciones de teoría del derecho*. Trotta.
- Ratti, G.B. (2015). An analysis of some juristic techniques for handling systematic defects in the law. En T. Bustamante y C. Dahlman (Eds.) *Argument types and fallacies in legal argumentation* (pp. 151-179). Springer.
- Raz, J. (1985). La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral. UNAM.
- Re, R. (2014). Narrowing precedent in the supreme court. *Columbia Law Review*, 114, 7, pp. 1861-1911.
- Sartorius, R. (1967). The Doctrine of Precedent and the Problem of Relevance. *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 53, 3, pp. 343-366.
- Simpson, A.W.B. (1961). The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent. En A.G. Guest (Ed.). *Oxford essays in jurisprudence* (pp. 148-175). Clarendon Press.
- Schauer, F. (1987). Precedent. *Stanford Law Review*, 39, 3, pp. 571-605.
- Simpson, A.W.B. (1973). The common law and legal theory. En A.W.B. Simpson (Ed.), *Oxford Essays in jurisprudence (second series)* (77-99). Clarendon Press.
- Stevens, K. (2018). Reasoning by precedent— between rules and analogies. *Legal Theory*, 24, pp. 216–254.
- Summers, R. y Eng, S. (1997). Departures from precedent. En N. McCormick, R. Summers y A. Goodhart (Eds.), *Interpreting precedents. A comparative study* (pp. 519-530), Routledge.

- Summers, R. (1991). Statutory interpretation in the United States. En R. Summers y N. MacCormick (Comp.), *Interpreting statutes. A comparative Study* (pp. 407-460). Routledge.
- Iturralde, V. (1995). *El precedente en el common law*. Civitas.
- Waldron, J. (2012). Stare Decisis and the Rule of Law: A Layered Approach- *Michigan Law Review*, 111, 1, pp. 1-33.
- Williams, B. (1985). *Ethics and the Limits of Philosophy*. Harvard University Press.
- Zorzetto, S. (2015). Reasonableness. *The Italian Law Journal*, 1, pp. 107-139.

Casos penales complejos*

Complex criminal cases

Omar G. Orsi**

Universidad de Salamanca (España)

ORCID ID 0000-0002-2803-1154

ogorsi@usal.es

Nicolás Rodríguez-García***

Universidad de Salamanca (España)

ORCID ID 0000-0003-0045-796X

nicolas@usal.es

Cita recomendada:

Orsi, O. G. y Rodríguez-García, N. (2025). Casos penales complejos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 268-282.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9854>

Recibido / received: 10/02/2025

Aceptado / accepted: 15/06/2025

Resumen

El procedimiento penal no muestra la misma eficiencia en los casos complejos que en los simples. Uno de los factores que explica esa baja eficiencia es la falta de modelos y herramientas aptas para procesar datos masivos. Para aprovechar la disponibilidad de información de la era digital es necesario que los sistemas penales complementen el modelo hermenéutico y la metodología de investigación tradicionales con aportes provenientes de otras disciplinas.

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los proyectos de investigación PID2022-138775NB-I00, financiado por MCIN/ AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER Una manera de hacer Europa, «Cumplimiento normativo y protección penal de la Administración Pública», RED2022-134265-T «Cultura de la legalidad y lucha contra la corrupción», financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación y CIPROM 2023-64 GVA «Justicia sostenible en estado de mudanza global (JUSOST)».

** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Miembro del Ministerio Público Fiscal de Argentina. Investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global», del «GIR Justicia, sistema penal y criminología» y del «Grupo de Estudio contra la Corrupción» y del «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal» de la Universidad de Salamanca. Profesor del «Programa de Doctorado en Estado de Derecho y Gobernanza Global».

*** Catedrático de Derecho Procesal. Director e investigador del «Centro de Investigación para la Gobernanza Global», del «GIR Justicia, sistema penal y criminología», del «Grupo de Estudio contra la Corrupción» y del «Observatorio Iberoamericano de Justicia Penal» de la Universidad de Salamanca. Director del «Máster de Formación Permanente en Políticas Anticorrupción», del «Máster de Formación Permanente en Compliance», del «Máster de Formación Permanente en Justicia Penal» y del «Máster de Formación Permanente en Litigación Penal Estratégica».

Palabras clave

Casos penales complejos, datos masivos, era digital, metodología de investigación, ciencias de la complejidad.

Abstract

The criminal procedure does not show the same efficiency in complex criminal cases as in simple ones. One of the factors that may explain this low efficiency is the lack of models and tools suitable for processing massive data. To take advantage of the availability of information in the digital era, it is necessary for criminal justice systems to complement the traditional hermeneutic model and investigation methodology with contributions from other sciences.

Keywords

Complex criminal cases, massive data, digital era, investigation methodology, complex science.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Casos simples. 3. Casos complejos. 4. Diferencias de tratamiento. 5. Importancia de la información. 6. Importancia de la investigación. 7. De la hermenéutica a la complejidad. 8. Consideraciones finales.

1. Introducción

Los procesos penales contienen, con carácter general, casos «simples», si nos atenemos a los requisitos de la estructura típica, las características del fenómeno y los requerimientos de la investigación. Los casos que ingresan al sistema penal y reciben tratamiento efectivo muestran, en su amplia mayoría, un bajo grado de complejidad. En adverso, los pocos casos que ameritan el nombre de «complejos» reciben un tratamiento errático y, a la postre, ineficiente (del Moral García, 2005, pp. 54-55; Rodríguez-García, 2025), dándose lugar a importantes niveles de impunidad (Bergman, 2018, pp. 239 y ss.), y ello pese a que la actual política criminal viva importantemente alejada de las evidencias criminológicas (Kölbel, 2024, pp. 88 y ss.; Vidaurri Aréchiga, 2025, pp. 205 y ss.) y tenga un marcado sesgo populista, para que llegue mejor y cale en la ciudadanía, que ve como en muchas ocasiones el castigo se ha convertido en un espectáculo (Acale Sánchez, 2025, p. 20). Nos referiremos aquí a la investigación de este último tipo de casos, con el fin de dimensionar sus rasgos y analizar algunas estrategias para mejorar su tratamiento.

El trabajo parte de tres supuestos, como base para reflexionar sobre el problema de la investigación de casos penales complejos en la era digital. El primero es que, si bien hubo una variación de gran calado en el terreno de los procedimientos penales –introducción de modelos acusatorios/adversariales, oralidad y herramientas de mediación, colaboración y negociación, entre otras–, estas modificaciones no lograron revertir el tradicional comportamiento selectivo del sistema penal y, en particular, la baja eficiencia en los casos complejos. El segundo supuesto es que esas estrategias –de avance arrollador en el entorno continental, a partir de la década de 1990– han quedado desactualizadas, de cara a los cambios introducidos por las tecnologías de la información y de la comunicación en múltiples dimensiones de la vida social. El tercer supuesto es que, para sacar provecho de ese nuevo contexto, es necesario hacer uso, principalmente en la fase de investigación, de modelos y metodologías apropiadas para el tratamiento de datos. En ese norte, los puntos dos a cuatro se encuentran dedicados a explicitar las distintas dimensiones que adquiere la complejidad en el terreno penal y procesal penal, y el rendimiento diferencial del

sistema penal en los casos simples y en los complejos. El punto cinco aborda el concepto de «información», como pauta que conecta las prácticas de los operadores judiciales con las de aquellos dedicados al tratamiento de datos. El sexto destaca la importancia de la fase de investigación en la resolución de casos penales complejos, y las prestaciones heurísticas que ofrece el procesamiento constante de información. El punto séptimo sugiere la necesidad de ampliar los modelos y metodologías, tradicionalmente utilizados en el terreno penal, con otros específicamente diseñados para tratar objetos complejos. El trabajo cierra con unas breves reflexiones, a modo de conclusión.

2. Casos simples

Complejo y simple no son conceptos absolutos. Ciertos fenómenos son «complejos» con relación a otros que consideramos «simples». Los niveles de complejidad no hacen solo al «hecho» –evento delictivo– o al «delito» –estructura típica, más o menos alambicada– sino también a la investigación (Sánchez Ulled, 2005; VV.AA., 2013, pp. 37 y ss.): algunos casos demandan un esfuerzo inferencial menor, poca cantidad y tipo de prueba, y un despliegue argumentativo básico, mientras que otros, todo lo contrario.

Si bien suele hablarse de «delitos simples o complejos», cabe retener que se trata de tres niveles –figura típica, evento delictivo y procedimiento–, compuestos por niveles de complejidad: el núcleo conceptual que permite articular en concreto esos componentes es el «caso».

Así planteado, el arquetipo de caso simple presenta los siguientes rasgos:

- (a) se subsume en una estructura típica sencilla;
- (b) el hecho tiene escasa planificación y organización, autor individual, poco empleo de recursos y ausencia de actividad post delictual elaborada;
- (c) es percibido de manera completa, ya que se cometen «a la vista», son detectados en flagrancia o denunciados de manera exhaustiva;
- (d) no hace falta aplicar mecanismos de inferencia, por lo que se puede decir que no hay, en puridad, una «investigación»;
- (e) requiere de pocos medios adquisitivos (secuestro, testimonio, prueba pericial); y
- (f) tampoco de estrategias de integración.

Los hechos criminales efectivamente procesados por el sistema se adaptan, en general, a esta estructura: (i) hechos de autor individual –o pocos autores o partícipes–, (ii) con figuras típicas sin mayor complejidad normativa (lesiones, amenazas, robos, hurtos, tenencia de droga), (iii) eventos poco elaborados –conductas imprudentes o signadas por impulsos emotivos, o acometidos con un bajo nivel de planificación–, (iv) ejecutados de manera perceptible (en un espacio público, en perjuicio de víctimas concretas, etc.), (v) percibidos de manera completa por la autoridad (flagrancia, denuncia detallada), (vi) que no requieren esfuerzos de investigación o la producción de prueba compleja (secuestro, testimonio, informe, etc.), (vii) cuya integración y validación no demanda otro lenguaje que el natural –la generación de «discursos verosímiles»–.

En este tipo de casos, el sistema funciona razonablemente bien. Existen unidades policiales y fiscales de atención temprana, que dan tratamiento masivo a tipos similares de casos, para su pronto descarte o para acumular información, con fines de prevención. Si ingresan en el procedimiento propiamente dicho, el tratamiento informal, las audiencias orales y los procesos abreviados arrojan resultados en tiempo apropiado. Los institutos negociados, en particular, se amoldan a la previsión normativa: el Ministerio Público sigue manteniendo el dominio del proceso, y negocia para reparar a la víctima, abreviar el proceso, mitigar la pena y brindar mejores oportunidades al imputado, en comparación con el encierro carcelario (Cachón Cadenas y Cid Moliné, 2003; Gimeno Sendra, 2004; Aguilera Morales, 2019; Rodríguez-García, 2022; Marianacci, Orsi y Rodríguez-García, 2024; Olaizola Nogales y Bordegé Olaizola, 2024; Núñez Castaño, 2025; Torres Ortega, 2025, pp. 142 y ss.).

Las proporciones en que ocurren esas «salidas» guardan relación con el gradiente de complejidad (Cabezudo Bajo, 2024; Oliveira Teixeira dos Santos, 2024). Los «NN» (hechos con autor ignorado) representan, en general, el grupo de mayor impacto estadístico, y se descartan de manera liminar. Le siguen los casos que reciben un tratamiento temprano: archivos porque no se puede proceder, aplicación de criterios de oportunidad y otras salidas alternativas. Luego, las suspensiones de procedimiento, sometidos en general al cumplimiento de cláusulas de prevención especial, por parte del imputado. El remante es generalmente tratado de manera abreviada: juicios sumarios, que culminan con la homologación de un acuerdo escrito. La mediación inicial tiene, en general, baja incidencia, así como también los casos resueltos en juicio oral y público; mucho menos aquellos que cuentan con jurado (Beltrán Montoliu, 2017; Acale Sánchez, 2019; Guardiola Lago, 2020; García Durán y Hernández Oliveros, 2021; Rodríguez-García, 2022; Hastie, Penrod y Pennington, 2024; Tierno Barrios, 2025, pp. 319 y ss.).

3. Casos complejos

En adverso, los rasgos arquetípicos de los casos complejos son:

- (a) estructura típica con más requisitos (normativos, subjetivos, etc.);
- (b) el hecho posee planificación, organización, autor plural con roles múltiples, empleo de recursos variados (maquinaciones documentales) y actividad post delictiva necesaria (aseguramiento, lavado, etc.);
- (c) el investigador accede a un pequeño fragmento de una configuración mayor y desconocida;
- (d) su reconstrucción demanda la utilización de modelos y mecanismos de inferencia elaborados (aquí sí hay «investigación»);
- (e) los insumos de esa tarea son muchos y variados (escuchas, filmaciones, testimonios, peritajes y, fundamentalmente, prueba documental digital); y
- (f) la forma de reconstruir y validar –probar– el hecho exige la tenencia de conocimientos específicos, elaborados para tratar ese tipo de materiales.

Como vemos, estos casos tienen características materiales especiales. Del lado del hecho, este suele contar con elevada planificación, participación estructurada de un número alto de personas, empleo de recursos, soporte profesional, fases distintas de preparación, ejecución y agotamiento, procesos de ocultamiento,

diversificación y recuperación de fondos, estrategias para evitar la persecución estatal, entre otros aspectos.

En muchos casos, esta clase de delitos se caracteriza por estar asociado a organizaciones, o vinculados a la criminalidad organizada, que buscan o necesitan administrar recursos, de modo que su actividad no se limita a la comisión de un solo hecho, con el consecuente riesgo de generar efectos acumulativos: los delitos de cuello blanco –el crimen de empresa–, la corrupción, el contrabando de armas o el narcotráfico, por citar algunos ejemplos que, además, requieren contar con mecanismos de blanqueo de capitales (Velasco Núñez y Saura Alberdi, 2019; Rodríguez-García y Orsi, 2020; Ferré Olivé, 2024).

Su investigación es también compleja. Los hechos no se presentan de manera acabada al investigador, como ocurre en la flagrancia, sino fragmentada, mediante algunos pocos indicios, carentes de univocidad. Así, del lado del hecho generador del rendimiento, porque se insertan en mecanismos legales para desviarlos, de manera sofisticada, adaptándose, sólo en apariencia, a las reglas de juego: por ejemplo, las licitaciones amañadas, el fraude impositivo o el desvío de fondos públicos por parte de su administrador. Junto a ello, del lado de la aplicación de fondos porque, si su montante es grande, requiere de su segmentación y recubrimiento por formas lícitas, que no despierten sospechas a la hora de circular y ser aplicados en el mercado, por medio de una de las tantas figuras lícitas, económicas y financieras: cuentas off shore, multiplicación de entes ideales, acciones al portador, uso de territorios opacos, entre otros ejemplos (Muñiz Pérez, 2021; Peláez Martos, 2022; Martos García, 2022).

Dentro del conjunto de casos complejos, destaca un grupo de fenómenos en particular, caracterizados por su productividad económica: todos aquellos eventos delictivos –no importa cuáles, no importa cuál el bien jurídico afectado– que generan capital. Desde esta óptica, la generación de capital puede ser un fin buscado o una necesidad instrumental: es lo que pasa, en el último caso, con la financiación de estructuras terroristas. «Capital» es un rendimiento económico considerable, que no se agota en su consumo, como puede ocurrir con el robo de una suma de dinero. El fenómeno complejo adquiere así la forma de «empresa criminal», entendida como actividad permanente y organizada, que genera un flujo de divisas a través de la comisión de delitos. Estos fenómenos no transcurren exclusivamente en el campo de la ilegalidad. El manejo de capitales, cualquiera sea su origen, debe utilizar los recursos del mundo lícito. De un lado, deben simular actividades lícitas, para justificar la disponibilidad; y, del otro, deben simular gastos e inversiones, para justificar su aplicación (Silva Sánchez, 2013; Tombs y Whyte, 2016; Fonseca Furtado, 2017).

Las empresas criminales son entonces un fenómeno bifronte: operan en el campo de la legalidad y de la ilegalidad. Emplean las mismas estructuras societarias, dispositivos económicos y negocios jurídicos que las empresas lícitas. Por esos canales circula así dinero lícito, delictivo e ilícito, fruto, este último de actividades como la elusión simple de impuestos, cuando no es típica. Además, varios de estos circuitos funcionan naturalmente de manera refractaria: por ejemplo, el secreto bancario. Esos fondos no estarán unidos punto a punto con el campo delictivo, aislados del mundo legal. Aprovecharán las zonas grises o delictivas de los factores económicos que operan en mercados legales. Primer problema: el sujeto activo no tiene un «pasamontañas», no responde al estereotipo del «delincuente», sino al de una persona «normal». Segundo problema: el dinero no «huele», ya que suele ser bien recibido en todos los sitios. Tercer problema: una escritura, una transferencia, una acción, gozan de la presunción de legalidad, operan en el marco de la buena fe del mercado, no «denotan» el delito. Sabemos, entonces, que esta clase de fenómenos deben jugar necesariamente con reglas del mercado ritualizadas y conocidas, y toman

provecho de ellas mediante la generación de formas simuladas (Terradillos Basoco, 2008; Cervini y Adriasola, 2012; España Alba, 2017; Caballero Quiñónez, 2019).

El rendimiento judicial en esta clase de casos se ubica en las antípodas de lo que ocurre en los simples. Si los casos de baja complejidad reciben alguna clase de tratamiento y de respuesta razonable, los complejos –como el blanqueo de capitales, los fraudes contra el Estado, la corrupción y otros delitos de «cuello blanco»– recorren caminos difusos, dispares, que oscilan entre la falta de respuesta (archivos, prescripciones), el acuerdo de notables terminaciones punitivas (colaboración premiada, *compliance* empresarial, acuerdos de lenidad) o, en proporción ínfima, algún tipo de declaración de certeza (sobreseimiento, absolución, condena) que, en los casos de alta exposición pública, queda siempre sometida a opinión y debate (Virgolini, 2008; Rodríguez-García y Machado de Souza, 2019; Fridriczewski, 2020; Machado de Souza y Rodríguez-García, 2022; Gomes Castilho, 2023; Revilla González, 2023).

4. Diferencias de tratamiento

Existe una explicación obvia para el rendimiento dispar, antes apuntado: si el resultado fuera el mismo, no tendría sentido diferenciar lo «simple» de lo «complejo», desde que esos términos connotan la existencia de obstáculos de diferente nivel, de cara a los fines que persigue el proceso. Existen, sin embargo, otras «tautologías» que conviene examinar, antes de dar por cerrado el punto.

Una revisión rápida de cualquier Código Penal revela que su pauta constructiva es la conducta individual. Por defecto, toda conducta delictiva se encuentra redactada como un evento producido por la actividad de una persona: la confluencia de personas ingresa por cláusulas generales, como las regulaciones relativas a la participación delictiva, o bien mediante la tipificación de unos pocos delitos que demandan autoría plural. Los restantes elementos que componen la estructura del delito también poseen un nivel de anclaje individual, como ocurre con las causas que excluyen la conducta, las que la justifican y las que fijan la culpabilidad, como también ocurre con los elementos que cabe tomar en cuenta para definir la pena aplicable. Lo mismo ocurre con las normas de procedimiento: ellas se encuentran redactadas apuntando al nivel individual, y además pensando –casi– exclusivamente en las personas físicas (González Cussac, 2020; Echeverría Bereciartua, 2021).

La norma procesal brinda otro elemento adicional. Esta clase de norma es, en esencia, un protocolo de actuación y un sistema de garantías. En lo que aquí importa, regulan en detalle los «medios de prueba», esto es, las formas pertinentes para incorporar información al proceso: secuestros, allanamientos, interceptaciones, informes, documentos, interceptaciones (de correspondencia, telefónicas, de dispositivos electrónicos...), reconstrucciones, reconocimientos, peritajes, testimonios. En adverso, no brinda mayores detalles sobre cómo investigar o sobre la forma de validar una decisión («libre apreciación», «dictados de la lógica y la experiencia», «más allá de toda duda razonable») (Garrido Carrillo, 2022).

Como hemos dicho, ambos encuadres normativos tienen una explicación lógica. Por una parte, nadie redacta un Código Penal tomando como núcleo constructivo aquello que es inusual o que revista un grado mayor de complejidad: esto es la excepción, lo agregado; y, por otra, si la norma adjetiva tiende a dar previsibilidad al curso del proceso y a operativizar las cláusulas de garantías, no tiene sentido transformarla en un detallado tratado metodológico, útil para indagar y reconstruir todo tipo de fenómenos.

Es en este último plano donde nos interesa avanzar. Y es que, justamente, el vacío «metodológico» se intentó llenar por una doble vía normativa. La primera de ellas, en términos temporales, fue la introducción de un procedimiento y un conjunto de técnicas especiales, aplicables a los «delitos complejos». Una vez definidos estos —mediante enumeración o individualización de rasgos característicos—, los casos quedaban sometidos a cláusulas especiales: por ejemplo, la ampliación de los plazos de duración del proceso, de caducidad o de prescripción —en la norma procesal o de fondo, según la tradición de cada país—. En paralelo, esos casos admitían técnicas de investigación vedadas en otros: por ejemplo, la utilización de agentes encubiertos, entregas vigiladas, interceptaciones telefónicas, observaciones encubiertas, explotaciones de fuentes de información y técnicas de análisis de datos, etc. (Rodríguez-Medel Nieto, 2016; González Cano, 2019).

La segunda vía, en términos temporales, devino del movimiento procesal general, en su avance desde los modelos inquisitivos, pasando por los acusatorios, hasta llegar a formas adversariales (Gómez Colomer, 2010 y 2022; Quintero Jiménez, 2021; Blanco Suárez, Moreno Holman y Gallardo Frías, 2024). Así, el acuerdo entre partes —que en el proceso normal se plasma en la mediación, en la suspensión a prueba o en el juicio abreviado—, en los complejos se expresa bajo la forma de «delación premiada» —o «eficaz»— o en el marco de la colaboración empresarial, con fines de reducción o de exclusión de la pena (Rodríguez-García y Machado de Souza, 2019; Gomes Castilho, 2023).

Ahora bien, más allá de los méritos y deméritos que puedan predicarse de ambas vías, lo concreto es que ellas se encuentran lejos de cubrir el esfuerzo metodológico que demanda la investigación y prueba de casos complejos. Abreviados los plazos y aplicadas las técnicas, la metodología no varió sustancialmente: aún se busca la llegada de alguna versión externa —del testigo o del colaborador— que brinde la clave de bóveda del caso, para luego generar un relato verosímil, en clave hermenéutica. Esto fue así siempre: la confesión está regulada desde los inicios de la codificación, como plena prueba, cuando la evaluación era tasada. Pero ¿debe seguir siéndolo en la actualidad? (Aboso, 2017; Codromaz, 2023).

5. Importancia de la información

Si tuviéramos que buscar el mínimo común denominador de los medios de prueba, podemos decir que radica en ser información. Todas las pruebas, más allá de su forma de concreción, de su materialidad, de sus requisitos, de sus diferencias, implican el aporte de información al proceso.

La «información» no es trivial en el mundo de hoy. Las tecnologías de la información y de la comunicación han permeado casi la totalidad de prácticas desarrolladas por los seres humanos: enviar mensajes, mirar vídeos, realizar operaciones bancarias, hacer compras, entablar una conversación, sacar fotografías, buscar la forma de llegar a un sitio, reservar un hotel, y dejamos aquí los ejemplos, por razones obvias. Todas las prácticas, en el mundo de hoy, dependen en mayor o menor medida de su capacidad para amoldarse a esta realidad y hacer un uso inteligente de la información digital.

Volvamos ahora a algunos de los rasgos que diferencian los delitos complejos de los simples: conocemos un pequeño fragmento y se ejecutan de manera elaborada, para evitar ser detectados y asegurar el producto —sin esos elementos, por más grave que sea el delito o más autores que participen, no sería un caso complejo—. Pensemos incluso en aquello que solemos considerar como «delitos complejos»: corrupción, grandes fraudes contra el Estado, lavado de activos, narcotráfico,

terrorismo, criminalidad organizada, contrabando de armas, etcétera. No se trata de fenómenos delictivos poco ostensivos, como lo son, por caso, las figuras afines a la «confabulación», en aquellas jurisdicciones que deciden admitir esta clase de estructuras típicas. Por el contrario, tienen un importante componente material –en el que radica, justamente, su riesgo–, que deja su impronta en una realidad altamente digitalizada.

La confluencia entre el mínimo común denominador de la prueba, la fenomenología de los delitos complejos y las características de nuestro mundo actual nos conducen a un mismo punto: una de las claves de la investigación compleja se encuentra en la forma de buscar, acopiar y procesar la información almacenada en medios digitales.

«Buscar información» no equivale a «informarse», y menos aún a «comprender» en sentido interpretativo o hermenéutico, como actividad mental individual. «Buscar información», como proceso objetivado, menta en cambio una práctica. En el caso de una investigación penal, es una práctica compartible, en el sentido de que, aun cuando sea desarrollada de manera individual, debe ser comunicable. Comunicable, de un lado, para permitir que el conocimiento escale, mediante el aporte de otras personas. Comunicable, de otro lado, porque debe ser «publicable», «controlable», en el momento de la realización o en un momento posterior: se debe poder rendir cuentas de esa actividad.

Las vertientes mentalistas y prácticas permiten construir dos polos ideales. Uno, la búsqueda de investigación sin registro alguno, donde el órgano de persecución accede a cada dato y los interpreta en base a su experiencia e infalibilidad. Esta forma de búsqueda «descontracturada» es compatible con la tendencia a no formalizar los primeros tramos de la investigación, bajo la prédica de que el registro estandarizado es más «lento» o «engorroso» que la anotación a mano en una libreta o la confección de un Excel privado.

Nos interesa el segundo modo arquetipo de «buscar información». Se trata, en este caso, de la implementación de un método, que sigue ciertas pautas de realización y registro, que permite a otros ver «qué se hizo» y «cómo se hizo». La búsqueda de información como práctica lleva a poner el foco en los pasos que operan la detección e ingreso material de la información al proceso. Esos pasos pueden ser cuestionados en su validez, o pueden requerir ser explicados y asegurados, para reafirmar el valor del producto: por ejemplo, si solo resguardamos dos llamadas – porque nos parecieron importantes – y no otras llamadas de ese teléfono –o el total–, la frecuencia del contacto no tendrá el mismo peso probatorio.

Los ministerios fiscales disponen de conocimiento experto sobre modalidades delictivas, que permiten «anticipar» la configuración probable de un evento, partiendo de fragmentos. Con todo, estos modelos, siendo extremadamente útiles, no pueden abarcar la variabilidad propia de los fenómenos concretos. Para dar «carnadura», para «rellenar» de elementos específicos esos modelos, hará falta incorporar información sobre el contexto concreto y las características particulares del fragmento conocido: la recopilación rápida e inteligente de la información de acceso libre juega un rol importante, particularmente, en la construcción de hipótesis del caso, la modelización del supuesto de hecho y el diagrama de las vías de investigación. Este input inicial de información «gratis» es crucial.

En la actualidad tenemos acceso inmediato a volúmenes relevantes de información sobre todo tipo de tópico o dimensión de la práctica social. Y podemos acceder a esa información de manera simple y con bajo riesgo: en otras palabras,

buscar en las fuentes digitales de acceso libre. Internet puede ayudar –y mucho– a obtener un panorama general del suceso, aportando información contextual que evite la adopción de cursos de investigación errados o la realización de medidas innecesarias, que demoren el proceso. Las búsquedas libres también pueden aportar información particular, como la ubicación de un lugar, o la identificación de una empresa o persona. Incluso más: como cualquier ser humano, quien comete delitos –aunque suene contraintuitivo– también suele tener actividad en redes sociales abiertas, cuyas plataformas permiten –incluso mediante software libre– reconstruir la red de relaciones y afinidades.

Hay otra información que tiene diferentes niveles de reserva, por diversas razones, y será necesario «vencerlos», mediante la incorporación de elementos que den sustento a la intromisión. La «dificultad» radica aquí en la necesidad de contar con esos insumos previos; dificultad entrecomillada porque se trata de proteger a los ciudadanos frente al poder, y de requerir a las autoridades que hagan un mínimo esfuerzo antes de relativizar garantías. Fundamentada la medida, su realización es similar a la anterior. Aquí hay otro importante cúmulo de información, de fácil acceso. Tenemos los convenios de los ministerios fiscales con otros organismos públicos, para acceder a sus bases de datos. Se trata de información inestimable: los Bancos Centrales disponen de una enorme y calificada cantidad de información respecto de las operaciones realizadas en las entidades controladas, a nivel individual y de agregados; las autoridades aduaneras cuentan a su vez con el registro de ingresos y egresos de personas y mercancías a través de las fronteras; la autoridad impositiva tiene la base de datos más amplia y precisa sobre la actividad económica, a nivel individual y de agregados. Y es posible seguir: registros de armas, centrales municipales de cámaras de monitoreo urbano, registros de antecedentes penales, unidades de inteligencia financiera, oficinas de recuperación y gestión de activos, etc.

El sector económico privado tiene un cúmulo de información superior a la del Estado, e incluso más específica. Aquí es necesario agregar un plus de motivación, que se incrementa conforme el grado de afectación de los distintos derechos; por caso, intimidad, reserva de las comunicaciones, etc. Hecho esto, el acceso es fácil. Algunos ejemplos: comunicaciones por cualquier medio (teléfonos, mensajes, mails, redes), operaciones financieras y comerciales de cualquier tipo y en cualquier rubro (bancos, seguros, empresas, etc.) historias clínicas, datos almacenados en la nube, datos de desplazamiento físico (GPS, antenas de móviles). Todas –o casi todas– las conductas que rozan a los actores económicos quedan registradas: pruebe usted utilizar una red wifi gratuita, acceder a una promoción, participar de un sorteo, y verá cómo registran sus datos. El soporte de registro de las empresas, antes en papel, es ahora por entero digital. Algo similar ocurre cuando esa información se ubica directamente en el ámbito de custodia de las personas investigadas.

6. Importancia de la investigación

Los procesos penales suelen estar divididos en varias etapas, diseñadas de manera secuencial: desde el inicio hasta el agotamiento de la sentencia. Con todo, la división más importante es aquella que existe entre la etapa de investigación y la de juicio. La lectura de cualquier tratado procesal nos indica que la etapa más altamente formalizada, donde se regulan con mayor exhaustividad los procedimientos y garantías es la etapa de juicio: desde esta lógica, la etapa de investigación es «preliminar», «preparatoria»; solo lo que viene después es el «verdadero juicio» (Quintero Jiménez, 2021). Hemos visto, sin embargo, que ello no es así en términos materiales: son pocos los casos que avanzan a esta segunda etapa, en particular si son complejos. La «investigación» es determinante en términos sistémicos (Falcone, 2020).

Hemos dicho que los casos complejos se caracterizan porque el evento delictivo –materialmente complejo– no se presenta de manera acabada al investigador, sino que solo ofrece algunos fragmentos sobre los cuales partir, para completar el cuadro. También hemos indicado que no existe razón plausible para desaprovechar el enorme cúmulo de información almacenada en medios digitales. Desde esa óptica, es importante anotar que los sistemas de inferencia basados en datos masivos suponen un procesamiento constante de la información, desde los inicios mismos de la investigación.

He aquí un primer error en el tratamiento de datos: en no pocos casos se supone que su procesamiento es separable –temporal y metodológicamente– de su forma de adquisición, de modo que se trata de juntar información por las vías tradicionales para, una vez avanzado el proceso, entregar ese cúmulo de datos a una oficina técnica, para que proceda a su procesamiento (Colomer Hernández, 2022). Un ejemplo bastará para graficar esta clase de error: es como tomar la altura de algunos árboles ubicados en la margen de un río, para que un gabinete pericial calcule la altura promedio de un bosque. El resultado no reflejará la altura promedio, porque la muestra no es representativa: de hecho, es sesgada. Volviendo al terreno penal: la intervención tardía de gabinetes aptos para tratar datos, en lugar de reflejar el hecho, refuerzan el sesgo de la investigación, cuando esta no se ha atendido, desde sus fases iniciales, a las metodologías adecuadas para establecer los campos y el cúmulo de información pertinente que reclama la aplicación de un modelo dado.

La búsqueda metódica de información y su procesamiento constante son entonces esenciales a la hora de guiar la investigación de manera apropiada, en particular cuando se enfrenta una configuración global compleja, ignorada en su totalidad por el operador judicial, quien solo accede a unos segmentos dispersos de información (Andrés Ibáñez, 2003). Como es obvio, cuando se dispone de información escasa y fragmentaria, es necesario construir hipótesis sobre el caso, y, para ello, será menester aplicar algún sistema de inferencia, a partir de los indicios (Muñoz Sabaté, 2020; Gómez Colomer, 2021; Igartua Salaverría, 2021).

La experiencia es un buen soporte para apoyar nuestras inferencias. En general, los fenómenos tienen cierta estabilidad –aun cuando nunca permanezcan idénticos–, lo cual es un insumo importante, a la hora de generar hipótesis. El problema, claro, es que la experiencia se encuentra ligada al plano individual. Esto la hace, de un lado poco sistemática –la experiencia propia se utiliza, pero rara vez se formaliza–, de otro lado, falible –porque depende de la habilidad real del investigador–. Pasemos ahora de la experiencia al plano de las ideas. Tenemos aquí las tres formas de inferencia tradicionales: la deducción, la inducción y la analogía. Primera cuestión: las formas de razonamientos no aseguran la «verdad» de la hipótesis.

Veamos un razonamiento deductivo: (i) todas las patatas de esta bolsa son blancas (regla); (ii) estas patatas fueron sacadas de esta bolsa (caso); y (iii) estas patatas son blancas (resultado). Si las premisas (regla y caso) son verdaderas, el resultado también lo es. Pero si alguna es falsa (en la bolsa hay una patata negra), el resultado igual puede ser verdadero. Además, este tipo de razonamiento no agrega conocimiento nuevo: ya se conocen las condiciones del caso, que es sobre lo que debemos hipotetizar.

Veamos ahora un razonamiento inductivo: (i) estas patatas fueron sacadas de esta bolsa (caso); (ii) estas patatas son blancas (resultado); y (iii) todas las patatas de esta bolsa son blancas (regla). Aquí, la verdad de la regla es siempre provisoria: basta con sacar una patata negra de la bolsa (resultado), para que la regla sea falsa. Como en la inferencia anterior, se conocen las condiciones del caso.

Existe una tercera forma de inferencia, conocida como analogía: (i) estas patatas son blancas (resultado); (ii) todas las patatas de esta bolsa son blancas (regla); y (iii) estas patatas fueron sacadas de esta bolsa (caso). Este tipo de razonamiento tampoco conlleva certeza. Pero cualquiera que vea patatas blancas sueltas, al lado de una bolsa con patatas blancas, pensará que salieron de allí: en otras palabras, intuirá la presencia de un factor procesal, que explique la regla. Es el único tipo de razonamiento que genera conocimiento nuevo, y el único que infiere el caso: la acción –supuesta– de que alguien sacó las patatas de esa bolsa.

Recapitulando. Las hipótesis de trabajo para investigar un delito se construyen a través de inferencias, que parten de fragmentos de información y del conocimiento del contexto, acumulado previamente (Muñoz Aranguren, 2011; Antón y Abajo, 2018; Fernández Rodicio, 2021; Sancho Gargallo, 2024). Utilizamos todas las formas de inferencia, todas aportan algo y tiene sustento; ahora bien, ninguna es infalible. Lo sepamos o no, eso –inferir– es lo que hacemos al construir hipótesis. Lo hacemos de manera intuitiva, principalmente a través de la analogía. Lo hacemos de manera intuitiva porque así nos comportamos naturalmente, para reducir lo desconocido. Ahora bien ¿por qué nos importan los sistemas de inferencia? Porque ellos se relacionan con distintos modelos de conocimiento que tenemos a la mano.

7. De la hermenéutica a la complejidad

La interpretación ocupa un amplio espacio dentro del proceso de conocimiento judicial. Se utiliza para interpretar los dichos de personas –testimoniales, colaboraciones, declaraciones defensivas– o sus productos –documentos, informes– y, fundamentalmente, para construir un relato que integre esos elementos de manera verosímil: explotan, en definitiva, el potencial del lenguaje natural. La aproximación permite introducir en el discurso otro tipo de aportes, como el estudio pericial de un arma, esto es, un conocimiento centrado en la mecánica del objeto, o un análisis contable, regido por los cánones de esa disciplina: con todo, la integración sigue reposando en las prestaciones del modelo hermenéutico y en su capacidad de generar narrativas, aprovechables en el terreno judicial (Taruffo, 2007).

Ahora bien, no son los modelos hermenéutico y mecánico los únicos disponibles, ni la comprensión o la explicación las únicas formas de inferencia. De hecho, existen tantas como puedan crearse, pero pueden ser reducidas, en extremo, a cuatro modelos ideales (Reynoso, 2011):

TIPO DE MODELO	ENFOQUE DEL OBJETO		PROPOSITO PRINCIPAL	SISTEMA DE INFERENCIA	USO JUDICIAL
<u>MECÁNICO</u>	SIMPLICIDAD	DESORGANIZADA	EXPLICACIÓN	ANALÍTICA DEDUCTIVA DETERMINISTA	FRECUENTE (juristas, peritos)
<u>HERMENÉUTICO</u>		ORGANIZADA	COMPREENSIÓN	ESTÉTICA ABDUCTIVA INDETERMINISTA	FRECUENTE (juristas)
<u>ESTADÍSTICO</u>	COMPLEJIDAD	DESORGANIZADA	CORRELACIÓN	SINTÉTICA INDUCTIVA PROBABILISTA	POCO FRECUENTE (peritos)
<u>SISTÉMICO</u>		ORGANIZADA	DESCRIPCIÓN (estruc/proc)	EMERGENTE DETERMINISTA	NADA FRECUENTE (peritos)

El objeto de conocimiento no se encuentra dado, es una construcción: los cuatro modelos no construyen el objeto de la misma manera. Por ejemplo, el método

analítico que emplea el modelo mecánico es característico del objeto construido como una simplicidad desorganizada: el todo no es más que la suma de las partes, y cada elemento puede ser tomado como causa determinante de otro evento. El hermenéutico supone organización en una totalidad dada, pero la construye de manera simple: un ejemplo característico de esta aproximación es el estudio de un fenómeno puntual, que permite «leer» la forma de organización social (Geertz, 1973).

La práctica judicial se ha centrado, como indica el cuadro, en el paradigma hermenéutico y en la integración discursiva de aportes provenientes del modelo mecánico: conceptos como «explicación», «análisis» y «deducción» son de uso extendido en el ámbito judicial. De hecho, estos se utilizan como anclaje del modelo integrador, en vistas a comprender un fenómeno. Es claro que estas formas de conocimiento tienen importancia suma, dada sus importantes prestaciones comunicativas, derivadas del uso de lenguaje natural o de la comprensión intuitiva de la mecánica determinista.

Sin embargo, la instauración de la hermenéutica como modelo judicial hegemónico condenó al ostracismo a otras herramientas, particularmente a las vinculadas con el modelo sistémico. La denominación se remonta a sus orígenes históricos y a los aportes iniciales de la sistémica, y otras dos ramas, que también cobraron vida para la misma época: la cibernética y la inteligencia artificial (Wiener, 1948; Ashby, 1952; Bertalanffy, 1969). Es entendible que el proceso penal utilice básicamente los modelos que facilitan la comunicación y ofrecen un alto grado de confiabilidad para aprehender sucesos que se suponen simples: como hemos visto, la amplia mayoría de casos procesados por el sistema de justicia. Pero esta estrategia no parece adecuada cuando el propio sistema –normativo y judicial– supone un objeto complejo y organizado: esto es, el propio de los modelos sistémicos o, en la actualidad de disciplinas específicas, como la ciencia de redes, la minería de datos o la inteligencia artificial.

8. Consideraciones finales

Cuando un fiscal acusa, cuando el defensor argumenta, cuando los jueces redactan la sentencia o el jurado conforma su voluntad decisoria, todas esas operaciones consisten en integrar los elementos incorporados para validar una determinada versión sobre un evento pretérito. La interpretación y el análisis, útiles para resolver la amplia mayoría de casos, no resultan suficientes cuando se trata de enfrentar eventos que se suponen organizados y complejos. Mucho menos para aprovechar el procesamiento conjunto del enorme cúmulo de información disponible en entornos digitales. Aquí ya no se trata de comprender, de manera exhaustiva, el contenido de cada elemento, sino de indagar en las relaciones establecidas entre ellos, para inferir patrones dentro del conjunto de datos (Miceli *et al.*, 2017): este enfoque, motor de la revolución en otros campos de saber, permanece ausente en el terreno del procedimiento penal. Su conveniente incorporación se encuentra facilitada por algunos factores y dificultada por otros.

Los ministerios fiscales y poderes judiciales disponen de sistemas informáticos integrados: basta un mínimo esfuerzo para que esos sistemas, además de ser utilizados como procesador de texto o herramienta de conectividad, incorporen bases de datos originados en distintas fuentes (abiertas, restringidas con acceso por convenio o por medida adquisitiva, etc.). Otro mínimo esfuerzo para predisponer ese sistema, en vistas a procesar esa información de manera conjunta y mediante distintos modelos, particularmente los relacionales. Esto permitiría el procesamiento conjunto de la información desde el inicio de la investigación, algo imprescindible, si se combina con el uso de modelos formales, para aprovechar su potencial heurístico.

La dificultad se encuentra en desarrollar el conocimiento necesario para aprovechar la disponibilidad de datos masivos. En la actualidad se utiliza poco y mal: en general, en una etapa intermedia o final del proceso, cuando se entregan datos colectados sin un mapa adecuado, para que se los procese, reconstruya e interprete. A la postre, un cuadro sesgado, que amplifica el error, dado el supuesto respaldo técnico del producto. A diferencia de ello, la tarea consiste en aceptar que se trata de formas de conocimiento distintas, que sirven para cuestiones diferentes: disponer de este tipo de conocimiento es de vital importancia a la hora de enfrentar la complejidad.

Evidentemente, no se trata de que fiscales y jueces se hagan expertos en otras disciplinas, del mismo modo que nadie exige, para alcanzar esos cargos, títulos en lingüística o semiótica. No hace falta ese conocimiento para sacar provecho de la hermenéutica, como así tampoco para hacerlo de la sistémica. Pocos discuten que los juicios orales han hecho que los fiscales incorporen recursos provenientes de las ciencias de la comunicación, la semiótica, la retórica o, incluso, de las artes escénicas. Sin embargo, no se acepta con igual facilidad que la era digital ha promovido el desarrollo de otros saberes, aprovechables en el terreno del proceso penal, particularmente –pero no exclusivamente– durante la fase de investigación. Como habrá notado el lector, se trata de una tarea que va más allá del medio de prueba pericial o de la «I.A.» como mantra y solución mágica; una tarea –y volvemos al término– compleja, sobre la que hemos querido llamar la atención, y cuyo desarrollo escapa, lógicamente, a los alcances de este trabajo.

Bibliografía

- Acale Sánchez, M. (2019). Las relaciones entre la delincuencia de cuello blanco y los delitos contra la administración pública en el banco de prueba de la corrupción. *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 53, 53-70.
- Acale Sánchez, M. (2025). La bipolaridad del Código Penal. *Revista Penal*, 55, 14-30.
- Aguilera Morales, E. (2019). Conformidad y reparación. En H. Soletto Muñoz y A. Carrascosa Miguel (dirs.). *Justicia restaurativa: una justicia para las víctimas* (291-306). Tirant lo Blanch.
- Andrés Ibáñez, P. (2003). Sobre el valor de la intermediación. (Una aproximación crítica). *Jueces para la Democracia*, 46, 57-66.
- Antón y Abajo, A. (2018). Instrucción y sesgos cognitivos (Una nueva aproximación al modelo de instrucción). *Diario LA LEY*, 9208.
- Ashby, W. (1960) [1952]. *Design for a brain*. Chapman & Hall.
- Beltrán Montoliu, A. (2017). Los delitos de cuello blanco y mediación penal. En A. Montesinos García (ed.). *Tratado de mediación* (vol. 2) (175-196). Tirant lo Blanch.
- Bergman, M. (2018). *More Money, More Crime: Prosperity and Rising Crime in Latin America*. Oxford University Press.
- Bertalanffy, L. (1976) [1969]. *Teoría general de los sistemas*. Fondo de Cultura Económica.
- Caballero Quiñónez, J. V. (2019). Del crimen organizado a la criminalidad. Aproximaciones descriptivas del crimen organizado y el enfoque de las políticas de seguridad. *Revista Jurídica. Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales*, 9(1), 49-66.
- Cabezudo Bajo, M. J. (2024). La jurisdicción penal: principio de legalidad y fines del proceso penal. En M. Díaz Martínez (coord.). *Mediación y medios alternativos de resolución de conflictos* (107-120). Dykinson.
- Cachón Cadenas, M. J. y Cid Moliné, J. (2003). Conformidad del acusado y penas alternativas a la prisión en los juicios rápidos. *LA LEY: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 3, 1827-1853.
- Cervini, R. y Adriasola, G. (2012). *El secreto bancario y la evasión fiscal internacional*.

- Fisco y derecho a la intimidad. Las presiones de la OCDE. Acuerdos de intercambio de información.* B de f.
- del Moral García, A. (2016). Justicia penal y corrupción: déficits, resultados, posibilidades. *Revista Vasca de Administración Pública*, 104(2), 43-75.
- España Alba, V. (2017). *Secreto bancario y paraísos fiscales: la ingeniería fiscal al servicio del blanqueo de capitales*. Sepin.
- Fernández Rodicio, C. I. (2021). Sesgos cognitivos y decisión judicial. En P.R. Bonorino Ramírez, R. Fernández Acevedo y P. Valcárcel Fernández (eds.). *Justicia, administración y derecho: nuevos retos del derecho en el siglo XXI* (213-231). Thomson Reuters Aranzadi.
- Ferré Olivé, J. C. (2024). *El delito de blanqueo de dinero*. Tirant lo Blanch.
- Fonseca Furtado, R. (2017). *Carteles de núcleo duro y Derecho penal: ¿por qué criminalizar las colusiones empresariales?* B de f.
- Fridriczewski, V. (2020). Acuerdos de lenidad en Brasil: Una herramienta eficaz para la recuperación de activos de la corrupción. En N. Rodríguez-García y F. C. Rodríguez López (coords.): *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción* (87-110). Tirant lo Blanch.
- García Durán, S. y Hernández Oliveros, J. C. (2021). La conformidad en el proceso penal, ¿un mal necesario?. *Diario LA LEY*, 9935.
- Geertz, C. (1973). *La interpretación de las culturas*. Gedisa.
- Gimeno Sendra, V. (2004). La conformidad «premiada» de los juicios rápidos. *LA LEY Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 5, 5-14.
- Gomes Castilho, D. (2023). *A colaboração premiada no Brasil como negócio jurídico processual*. Tirant lo Blanch.
- Guardiola Lago, M. J. (2020). ¿Es posible la justicia restaurativa en la delincuencia de cuello blanco?. *Estudios Penales y Criminológicos*, 40, 529-591.
- Hastie, R., Penrod, S. D. y Pennington, N. (2024). *La institución del jurado en los Estados Unidos. Sus intimidades*. Ediciones Jurídicas Olejnik.
- Kölb, R. (2025). El lado oscuro del Derecho penal: una respuesta criminológica a la predisposición punitiva en la política criminal de las ciencias penales. *Revista Penal*, 54, 84-96.
- Machado de Souza, R. y Rodríguez-García, N. (2022). *Justicia negociada y personas jurídicas: la «modernización» de los sistemas penales en clave norteamericana*. Tirant lo Blanch.
- Marianacci, E., Orsi, O. G. y Rodríguez-García, N. (2024). Cuando las cosas no salen como se espera: de las buenas ideas al aumento del encarcelamiento. *Revista General de Derecho Penal*, 41, 1-30.
- Martos García, J. J. (dir.) (2022). *Jurisdicciones no cooperativas y paraísos fiscales. Marco internacional y régimen jurídico interno tras la Ley 11/2011 de medidas de prevención y lucha contra el fraude fiscal*. Tirant lo Blanch.
- Miceli, J., Orsi, O. G. y Rodríguez-García, N. (2017). *Análisis de redes sociales y sistema penal*. Tirant lo Blanch.
- Muñiz Pérez, J. C. (2021). *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy. Crisis y competitividad fiscal*. Aranzadi.
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-39.
- Núñez Castaño, E. (2025). Un «nuevo» derecho penal ante los derechos fundamentales: razones de política criminal en las reformas penales. *Revista Penal México*, 26, 248-289.
- Olaizola Nogales, I. y Bordegé Olaizola, J. (2024): La conformidad en el proceso penal español: una lectura crítica. En M. García Mosquera, V. Rodríguez Vázquez, M. Díaz y García Conlledo y D. M. Luzón Peña (dirs.) *Libro homenaje al profesor Javier de Vicente Remesal por su 70.º Aniversario (vol. 2 - tomo 2)* (1319-1334). Boletín Oficial del Estado.

- Oliveira Teixeira dos Santos, M. (2024). *Colaboración con la justicia en el sistema penal español. Principio de oportunidad, justicia premial y negociada*. Tirant lo Blanch.
- Peláez Martos, J. M. (2022). *Los paraísos fiscales*. Tirant lo Blanch.
- Revilla González, J. A. (2023). Juicios mediáticos: de las Salas de Audiencia a las redes sociales (cómo prevenir y remediar sus efectos). *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 26 (2), 183-229.
- Reynoso, C. (2011). *Redes sociales y complejidad: modelos interdisciplinarios en la gestión sostenible de la sociedad y la cultura*. SB.
- Rodríguez-García, N. y Orsi, O. G. (2020). Crimen de empresa y corrupción pública: reflexiones a partir del caso de Argentina. *Revista de Administración Pública*, 1, 217-242.
- Rodríguez-García, N. (2022). La conformidad en el anteproyecto de ley de enjuiciamiento criminal de 2020: Reflexiones y materiales para su futura redefinición. *Revista de la Asociación de Profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, 5, 9-60.
- Rodríguez-García, N. (2025). Desafíos estratégicos en la lucha penal contra los delitos económicos: reflexiones y aprendizajes. En E. Pillado González y M. D. Fernández Fustes (coords.). *Derecho procesal y ciudadanía: retos socioeconómicos y politización de la justicia* (681-726). Atelier.
- Rodríguez-García, N. y Machado de Souza, R. (2019). El «acuerdo de lenidad» como mecanismo privilegiado para combatir y prevenir actos de corrupción en Brasil. En N. Rodríguez-García, A., Carrizo González-Castell y F.C Rodríguez López (eds.). *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos* (295-379). Tirant lo Blanch.
- Sánchez Ulled, E. J. (2005). Estrategias de investigación en los delitos económicos complejos: la criminalidad económica organizada. *Estudios de Derecho Judicial*, 72, 11-48.
- Sancho Gargallo, I. (coord.) (2024). *La incidencia de los sesgos cognitivos en el enjuiciamiento*. Tirant lo Blanch.
- Silva Sánchez, J. M. (dir.) (2013). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. Atelier.
- Taruffo, M. (2007). Narrativas judiciales. *Revista de Derecho*, 20 (1), 231-270.
- Terradillos Basoco, J. M. (2008). Sistema penal y empresa. En J. M. Terradillos Basoco y M. Acale Sánchez (coords.). *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico* (13-38). Universidad de Cádiz.
- Tierno Barrios, S. (2025). *Justicia restaurativa y mediación en el sistema penal español*. Tirant lo Blanch.
- Tombs, S. y Whyte, D. (2016). *La empresa criminal. Por qué las corporaciones deben ser abolidas*. Icaria Editorial.
- Velasco Núñez, E. y Saura Alberdi, B. (coords.) (2019). *Los delitos que pueden cometer las empresas. Criterios penales para elaborar modelos de compliance*. Sepin.
- Vidaurre Aréchiga, M. (2025). El modelo integrado de ciencia penal frente al populismo penal. *Revista Penal México*, 26, 187-213.
- Virgolini, J. (2008). Los delitos de cuello blanco. En J. M. Terradillos Basoco y M. Acale Sánchez (coords.). *Nuevas tendencias en Derecho Penal económico* (39-64). Universidad de Cádiz.
- VV.AA. (2013). *Persecución de delitos complejos: experiencias en la investigación criminal*. Centro de Estudios de Justicia de las Américas.
- Wiener, N. (1998) [1948]. *Cibernética o el control y comunicación en animales y máquinas*. Tusquets Editores.

Supresión de información*

Information Suppression

Katrina Kurtelius Calderón
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0009-0009-1189-9879
katrina.calderon@urjc.es

José Luis Postigo Sierra
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0003-2827-230X
jose Luis.postigo@urjc.es

Isabel Bazaga Fernández
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0002-4179-1510
isabel.bazaga@urjc.es

Rut Bermejo-Casado
Universidad Rey Juan Carlos
ORCID ID 0000-0003-2453-312X
rut.bermejo@urjc.es

Cita recomendada:

Kurtelius Calderón, K., Postigo Sierra, J. L., Bazaga Fernández, I., Bermejo-Casado, R. (2025). Supresión de información. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 283-305.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9855>

Recibido / received: 04/03/2025
Aceptado / accepted: 27/09/2025

Resumen

La manipulación e injerencia informativa extranjera (FIMI) se ha consolidado como herramienta estratégica de poder. Este artículo introduce y delimita la supresión de información (IS) como componente clave de dichas operaciones y tiene por objetivo proponer una definición del concepto, diferenciarlo de la desinformación y explicitar su articulación con la censura. Se sostiene que es una estrategia sistémica que opera en fases activas y reactivas, manifestándose a través de censura y autocensura en un entorno multinivel —estatal, corporativo y participativo— donde también median mecanismos algorítmicos y económicos. En este marco, la censura es uno de los mecanismos de la IS —no un sinónimo—, y su interacción con la autocensura permite moldear narrativas y restringir el acceso a información crítica en contextos nacionales y transnacionales. Se concluye que la IS complementa, pero trasciende la desinformación, con implicaciones directas para los derechos y libertades

* Este artículo hará referencia específica a la supresión de información en el contexto de las operaciones FIMI.

democráticas y para el diseño de respuestas de resiliencia.

Palabras clave

Supresión de información, censura, autocensura, manipulación e injerencia informativa extranjera (FIMI), desorden informativo.

Abstract

Information manipulation and foreign interference (FIMI) has evolved as a strategic tool of power in the current geopolitical context. While the tools of information disorder within FIMI have been extensively studied, this article introduces Information Suppression (IS) as a crucial concept within these operations. Unlike disinformation, which intentionally introduces misleading content, IS focuses on eliminating, concealing, or delegitimizing critical information and its sources through tactics leading to censorship and self-censorship applied on a global scale. This article develops an operational definition of IS, conceptually distinguishing it these concepts and exploring its role within FIMI. It concludes that IS not only complements disinformation but also operates as an autonomous strategy with implications for democratic rights and freedoms in a technologically globalized environment.

Keywords

Information suppression, censorship, self-censorship, foreign information manipulation and interference, information disorder.

SUMARIO. 1. Introducción: supresión de información en contextos FIMI. 2. FIMI: influencia estratégica en el ámbito cognitivo. 3. Comprender la censura en un entorno multinivel: teorías y relación con FIMI. 3.1. Teorías de la censura. 3.1.1. Censura autoritaria y autocracia informativa. 3.1.2. La censura en las democracias liberales: equilibrio entre libertad de expresión y regulación. 3.1.3. Nueva Teoría de la Censura y supresión estructural. 3.1.4. Teorías psicológicas de la autocensura. 3.2. Un marco multinivel de la censura. 3.2.1. Censura estatal: represión gubernamental en la era de la información. 3.2.2. Censura impulsada por actores privados: gobernanza de plataformas y supresión algorítmica. 3.2.3. Censura participativa: el papel de la autocensura y de la supresión ciudadana. 4. El concepto de supresión de información. 5. Conclusiones.

1. Introducción: supresión de información en contextos FIMI

En el panorama geopolítico contemporáneo, la información y su uso estratégico se han convertido en uno de los activos más valiosos y disputados: determinan la opinión pública, influyen en la formulación de políticas, redefinen los límites de la gobernabilidad y pueden afectar a la seguridad nacional de un Estado (Giannopoulos et al., 2021). Desde el final de la II Guerra Mundial, y en especial durante la guerra fría, se utiliza el acrónimo «DIME» –Diplomacia, Información, Militar y Económico– para describir las herramientas tradicionales de poder de un Estado (Kodalle et al., 2020). El desarrollo de Internet durante el siglo XXI ha impactado directamente sobre cómo se despliega, comparte y consume la información siendo esto utilizado no solo por los Estados modernos, sino por actores no estatales. Aprovechando estos desarrollos, la información se configura como una herramienta de poder que se utiliza tanto para la manipulación como para su uso en la interferencia o injerencia extranjera (*Foreign Information Manipulation and Interference*, en adelante, FIMI, por sus siglas en inglés) para lograr objetivos estratégicos. FIMI abarca una amplia gama de tácticas como las campañas de desinformación, las operaciones cibernéticas y el control de los medios de comunicación, entre otras; todas ellas destinadas a socavar la confianza en las instituciones democráticas, fomentar las divisiones sociales y

debilitar a los Estados adversarios (Dias, 2023; DiResta et al., 2019; Martin et al., 2023). Estas operaciones funcionan en el ámbito cognitivo influyendo en la forma en que los individuos y las sociedades interpretan la realidad, toman decisiones y abordan cuestiones políticas y sociales. Dada su naturaleza –a menudo encubierta– y su dependencia de la infraestructura digital, las operaciones de FIMI representan un reto importante para la resiliencia democrática, ya que están diseñadas para explotar las vulnerabilidades de las sociedades abiertas mientras mantienen la dificultad en su trazabilidad y su atribución.

El estudio de la guerra de la información (*information warfare*)¹ se ha centrado tradicionalmente en la difusión de narrativas engañosas, falsas o equívocas, comúnmente denominadas como desinformación, *misinformation* y *malinformation*². Sin embargo, este énfasis pasa por alto una dimensión crítica del control de la información: la restricción, eliminación y supresión sistemática de ciertos tipos de información. Mientras que la desinformación introduce contenidos engañosos en el ecosistema informativo, la censura y la autocensura sirven como mecanismos de control que dictan qué información sigue siendo legítima (Keller & Sigron, 2010; Stier, 2015) –y en consecuencia, accesible– y qué información debe ser suprimida desde el inicio (Bagdikian, 1975; Bar-Tal, 2017). En muchos casos estas tácticas de supresión de información funcionan en tándem con estrategias de manipulación asegurando que las narrativas indeseables para actores estatales, en especial provenientes de gobiernos autoritarios, sean eliminadas (Jackson, 2023), desacreditadas a través del acoso a sus fuentes en redes sociales (Moss, 2018; Sparks, 2024) o que se limite o impida su difusión (Bunn, 2015; Casas, 2024; Fitzgerald & Lokmanoglu, 2023). Esta interacción entre amplificación y supresión subraya la necesidad de un marco conceptual más amplio que dé cuenta de las formas en que se suprime estratégicamente la información.

Esta contribución sostiene que la supresión de información (*Information Supression*, o IS, por sus siglas en inglés) lograda a través de la censura y la autocensura o la simple ocultación, así como los mecanismos que conducen a ellas, deben analizarse como un componente central de las operaciones de FIMI dado que alteran los entornos informativos al limitar el conocimiento disponible, controlar las narrativas y reforzar intereses ideológicos o geopolíticos de actores concretos (Y. Chen & Yang, 2019; Leeson, 2008). Mientras que la censura se entiende como una restricción impuesta por agentes externos a las personas, a menudo promulgada por gobiernos o instituciones a través de medios legales (Bagdikian, 1975; Bar-Tal, 2017; Keller & Sigron, 2010) y tecnológicos (Bunn, 2015; Ermoshina et al., 2022; Looney, 2023; Stoycheff et al., 2020), la autocensura opera a un nivel menos evidente siendo los individuos u organizaciones los que retienen voluntariamente la información por temor a sufrir represalias políticas, sociales o económicas (Müller, 2004; Tannenberg, 2022; Väliveronen & Saikkonen, 2021). En los regímenes autoritarios los mecanismos de supresión son explícitos y coercitivos aplicándose mediante restricciones legales, vigilancia digital y medidas punitivas. En las sociedades democráticas la supresión de información es más indirecta y puede adoptar la forma de moderación de contenidos en redes sociales (Casas, 2024; Fitzgerald & Lokmanoglu, 2023; Freyburg et al., 2023), el filtrado algorítmico (House, 2022;

¹ La guerra de la información (*information warfare*) es una «operación puesta en marcha para lograr una ventaja informativa sobre un oponente. Consiste en controlar y proteger el acceso a un espacio informativo considerado propio, mientras se obtiene y usa la información de un oponente, destruyendo sus sistemas informativos y perturbando el flujo de información» (OTAN, 2020).

² En este artículo, salvo aclaración expresa, se hará referencia al término general «desinformación», que incluirá también *misinformation*, (información errónea), y *malinformation* (mala información), como estrategias de *information disorder* (desorden informativo) en FIMI (Wardle & Derakhshan, 2017) dado que no existen traducciones específicas de estos dos términos al español.

Meisner, 2023) y la censura participativa (Yang, 2024) en la que los individuos denuncian en masa, avergüenzan públicamente o acosan en línea para silenciar las voces disidentes. Estas formas modernas de represión desafían la distinción entre libertad de expresión y control de la información demostrando cómo los límites de la censura se han ampliado más allá del control estatal para incluir a agentes no estatales económicos, sociales y tecnológicos.

Este documento introduce la IS como un concepto superpuesto a la censura y la autocensura, pues engloba ambos elementos para comprender su alcance internacional en las operaciones de FIMI. A diferencia de la censura, centrada originalmente en prohibir formas específicas de información tales como la producción cultural –literaria, teatral, etc.– (Bunn, 2015; McElligott, 2007), la producción mediática (Leeson, 2008; Pop-Eleches & Way, 2023; Shadmehr & Bernhardt, 2012), o los discursos políticos (Casas, 2024; Stier, 2015; Stoycheff et al., 2020; Tannenberg, 2022), la IS opera a múltiples niveles, empleando medios directos e indirectos para controlar el flujo de información en lugar de limitarse a restringir contenidos específicos. La IS engloba métodos de supresión tanto proactivos como reactivos. La supresión proactiva trata de impedir la aparición o circulación de determinada información, mientras que la supresión reactiva trabaja para eliminar, desacreditar o distorsionar la información que ya ha pasado a formar parte del discurso público. Los métodos empleados en la IS son diversos y van desde la presión legal, los desincentivos financieros y el *deplatforming* (Casas, 2024; House, 2022; Looney, 2023) –la eliminación de cuentas de personas u organizaciones concretas de una red social–, hasta tácticas encubiertas como *information flooding*, *drowning* o *astroturfing* (Bjurling et al., 2024; Martin et al., 2023; Rahayu, 2020) –la «inundación» de contenidos verídicos con la publicación masiva de contenidos falsos o más permisibles–, el *algorithmic downranking* (Freyburg et al., 2023; House, 2022) –la reducción de visualizaciones promocionadas a una publicación por quienes manejan los algoritmos de las redes sociales– y las campañas de deslegitimación entre otros. La introducción del concepto de IS como estrategia en las operaciones de FIMI permite una comprensión más completa de los mecanismos de control de la información, especialmente en el contexto de las campañas de influencia extranjera, donde la censura a nivel nacional, la autocensura y la desinformación a menudo se entrecruzan y refuerzan mutuamente.

El objetivo de este trabajo es definir y fundamentar la IS como concepto distinto de la desinformación y articulado con la censura, proponiendo una definición operativa aplicable en contextos democráticos y no democráticos. Dada la naturaleza teórico–conceptual del artículo, se sustituyen hipótesis verificables por proposiciones que orientan la discusión: (P1) la IS opera en fases proactivas y reactivas; (P2) da lugar a censura y a autocensura a través de mecanismos organizativos, legales y algorítmicos; (P3) su distinción conceptual mejora la capacidad explicativa y el diseño de respuestas eficaces.

Para explorar estas dinámicas, tras haber llevado a cabo un análisis temático de contenidos sobre 58 documentos –artículos académicos, informes y material generado por organismos oficiales de UE– como parte del proyecto RESONANT³, el artículo se estructura sobre una visión breve de las operaciones de FIMI, plasmando las operaciones más estudiadas en este contexto y argumentando la necesidad de añadir las operaciones de IS. En segundo lugar, se examina la censura y la

³ RESONANT - Multidisciplinary research cooperation on information suppression and diaspora communities as a target of foreign information manipulation and interference. Financiado por HORIZON-CL2-2023-DEMOCRACY-01-02 (ID 101132439). Developing a better understanding of information suppression by state authorities as an example of foreign information manipulation and interference.

autocensura a través de un marco multinivel distinguiendo entre formas de supresión impulsadas por el Estado, por el sector privado y las formas participativas de censura, a la vez que ilustra sus funciones estratégicas dentro de las operaciones de información. En tercer lugar, desarrolla una definición conceptual de la IS diferenciándola de la censura y la autocensura tradicionales y argumentando cómo funciona como estrategia de control de la información más amplia y adaptable.

Con ello, este documento pretende contribuir a una comprensión teórica y empírica más profunda de cómo la información no sólo se manipula, sino que se suprime activamente en los contextos geopolíticos contemporáneos y se utiliza esta estrategia como un recurso para condicionar a la opinión pública.

2. FIMI: Influencia estratégica en el ámbito cognitivo

Durante gran parte de la historia la alta política se ha centrado en imperativos estatales como la capacidad militar, el compromiso diplomático y la seguridad nacional. Sin embargo, en la era digital estos instrumentos convencionales del Estado se han visto cada vez más reforzados –y en algunos casos, eclipsados– por la utilización estratégica de la información como herramienta de influencia (Kuehl, 2009). La aparición de la disuasión nuclear durante la Guerra Fría reconfiguró las prioridades estratégicas, desplazando la atención de la confrontación militar directa a los conflictos ideológicos y de poder en los que las operaciones de información asumieron un papel fundamental (Baudrillard, 1994). En este periodo se recurrió cada vez más a la propaganda y a las operaciones psicológicas para moldear el sentimiento público y consolidar el apoyo político sin recurrir directamente a la fuerza militar (Miller, 2015; Nietzel, 2016; Taylor, 2010).

En las estrategias estatales la guerra de la información moderna representa una profunda integración del control narrativo y la persuasión de masas. Opera en el ámbito cognitivo, influyendo en las creencias, moldeando la toma de decisiones y fomentando la ambigüedad para desestabilizar Estados adversarios. Esta forma de conflicto se define por la manipulación de los medios de comunicación, las operaciones cibernéticas y la difusión de desinformación con el objetivo explícito de debilitar la confianza en las instituciones políticas, desacreditar a las figuras de liderazgo y socavar los procesos democráticos (Rid, 2020). Por lo tanto, la guerra de la información es un elemento intrínseco de las operaciones de FIMI, un amplio marco en el que actores estatales y no estatales emplean herramientas digitales y, según organizaciones como la Agencia Sueca de Protección Psicológica (SPDA, por sus siglas en inglés), tácticas psicológicas (Pamment & Isaksson, 2024) para ejercer influencia ideológica y política sobre las sociedades democráticas (Newman, 2022). Otra de las estrategias clave que se incluye son las intrusiones cibernéticas y las filtraciones de datos (DiResta, 2018), como demostró la Operación *Ghostwriter*, una campaña de desinformación coordinada dirigida a Europa del Este, que aprovechó cuentas de redes sociales comprometidas y narrativas inventadas para exacerbar las divisiones entre los aliados de la OTAN (Newman, 2022).

Las ramificaciones de la guerra de la información para los Estados democráticos son sustanciales, ya que desafía las distinciones tradicionales entre guerra y paz. Dada su naturaleza encubierta, de manera que resulta complicado rastrear una autoría a una organización concreta, los efectos de las operaciones de información son acumulativos, erosionando progresivamente la legitimidad institucional y la cohesión social. Para hacer frente a este desafío se necesita algo más que defensas técnicas; se requiere un enfoque global que integre la alfabetización mediática, las respuestas normativas y la cooperación internacional para mitigar su impacto (Polyakova & Fried, 2019; Rid, 2020).

Una mayor comprensión de las operaciones de FIMI requiere distinguir entre sus dos mecanismos principales: la manipulación y la injerencia. La manipulación se refiere a la distorsión deliberada de la información para orientar sutilmente las percepciones y las decisiones políticas de forma que se alineen con los objetivos del manipulador (Rid, 2020). Esta influencia suele pasar desapercibida para el público al que va dirigida, lo que la hace especialmente eficaz para moldear el discurso público. Por el contrario, la injerencia extranjera implica esfuerzos directos para perturbar procesos políticos y electorales. Fridman (2024, 10) conceptualiza la injerencia extranjera como un subconjunto de la influencia extranjera, definiéndola como algo que ocurre cuando «el despliegue de diversos instrumentos de poder nacional (diplomático, informativo, militar, económico, financiero, religioso, etc.) por parte de un actor internacional para influir en otro es percibido por este último como en contradicción con sus valores, normas o leyes». Aunque ambas estrategias implican influencia externa, la injerencia tiende a ser más abierta y, a menudo, conlleva actividades ilícitas como ciberataques o el apoyo clandestino a actores políticos (DiResta, 2018; Newman, 2022).

A medida que la tecnología evoluciona también lo hacen los métodos de injerencia extranjera remodelando continuamente las tácticas, técnicas y procedimientos (en adelante TTP, por sus siglas en inglés) utilizados en estas operaciones. Mientras que la citada definición de Fridman destaca las características clave, Dowling sugiere que la injerencia extranjera se entiende en sentido amplio como «la conducta de actores extranjeros o sus representantes que es encubierta, engañosa y contraria a los intereses nacionales del Estado objetivo» (Dowling, 2022, 1).

Las perspectivas institucionales sobre la injerencia extranjera varían. El Servicio de Investigación del Parlamento Europeo (EPRS, por sus siglas en inglés) reconoce la ausencia de una definición universalmente acordada, pero describe la injerencia extranjera como conductas ilegítimas de potencias extranjeras que afectan a los procesos democráticos. Abarca «una amplia gama de actividades, incluidas las prácticas manipuladoras en línea, la financiación ilícita de partidos o campañas, el tráfico de influencias encubierto, los ataques de ciberseguridad contra la infraestructura electoral y la acción directa contra individuos» (EPRS, 2024). Esta perspectiva incorpora una serie de TTP, al tiempo que subraya la complejidad de la injerencia extranjera. No obstante, a pesar de haberse desarrollado definiciones como la anterior las instituciones gubernamentales e internacionales suelen hacer mayor hincapié en la *intención* y los efectos de la injerencia extranjera que en sus métodos específicos. Es este el caso de la Estrategia de Seguridad Nacional del Reino Unido que distingue entre la influencia política legítima –una práctica aceptada en las relaciones internacionales– y la injerencia encubierta diseñada para eludir las normas diplomáticas, manipular el discurso público y subvertir las instituciones democráticas mediante la desinformación (UK National Security, 2024). Del mismo modo, el Ministerio del Interior australiano (ADHA) subraya las amenazas que la injerencia extranjera supone para la soberanía nacional y la integridad democrática (ADHA, 2024).

Aunque el EPRS incluye aspectos relacionados con la cibernética en su definición de injerencia extranjera Dowling sostiene que los avances tecnológicos han complicado aún más sus límites conceptuales haciendo cada vez más difícil delimitar la injerencia nacional de la extranjera (Dowling, 2021). La disolución de las limitaciones geográficas que se da en el entorno online ha permitido tanto a los actores estatales como a los no estatales llevar a cabo una subversión remota, a menudo imposible de rastrear, contra sus adversarios (Dowling, 2022, 2). Un caso que ejemplifica el potencial perturbador de estas tácticas es el de las elecciones

presidenciales estadounidenses de 2016 que pusieron de relieve el sofisticado uso de técnicas de guerra cibernética e híbrida por parte de actores extranjeros, en particular de Rusia, para influir en los resultados políticos (Wheatley, 2020).

Dentro de este panorama en evolución FIMI proporciona un marco esencial para analizar la injerencia extranjera contemporánea subrayando el uso estratégico de la información, ya sea en forma de narrativas, datos o comunicación estratégica, como herramienta de influencia. El objetivo primordial de las operaciones FIMI es «efectuar un cambio en el comportamiento del Estado objetivo» (Wheatley, 2020b, 176). Reconociendo su importancia, el Servicio Europeo de Acción Exterior (EEAS) y la Comisión Europea han tratado de definir y contrarrestar las operaciones de FIMI definiéndolas como «un patrón de comportamiento, en su mayor parte no ilegal, que amenaza o tiene el potencial de afectar negativamente a valores, procedimientos y procesos políticos. Dicha actividad tiene carácter manipulador y se lleva a cabo de forma intencionada y coordinada» (EEAS, 2022, 2). Establece cómo los actores implicados pueden ser estatales o no estatales, lo que contempla el uso de actores interpuestos dentro y fuera de su territorio.

Esta definición ha sido ampliamente adoptada en los debates políticos de la UE y, en consecuencia, otras organizaciones internacionales han alineado sus perspectivas. Gobiernos como el de Canadá, Estados Unidos y el Reino Unido han emprendido esfuerzos conjuntos para combatir lo que se ha denominado «Manipulación de la Información por Estados Extranjeros» (FSIM, por sus siglas en inglés). El marco del Departamento de Estado estadounidense en 2024 afirma explícitamente que «la manipulación e injerencia de información extranjera es una amenaza para la seguridad nacional de Estados Unidos, así como para sus aliados y socios» (US Department of State, 2024), lo que refuerza el solapamiento conceptual entre FSIM y FIMI.

En cuanto a las tácticas operativas, el Laboratorio EUvsDisinfo ha categorizado las estrategias utilizadas en las campañas del FIMI bajo el «modelo 5D»: desestimar (*Dismiss*) las acusaciones y desacreditar las fuentes, distorsionar (*Distort*) las narrativas reenmarcándolas, (*Distract*) distraer la atención pública de las cuestiones críticas, consternar (*Dismay*) al público a través de la presión psicológica y dividir (*Divide*) a las comunidades políticas para profundizar en la polarización (Hénin, 2023). Estas TTP varían en función de la fase operativa, ya sea de planificación, preparación o ejecución. Este documento no pretende ofrecer un análisis exhaustivo de las TTP en las operaciones de FIMI. Se centra en entender si los conceptos aplicados a las TTP de la subversión informativa (*information disorder*) (Wardle & Derakhshan, 2017) —la difusión de desinformación, mala información, e información errónea— son aplicables a la supresión de información o si, por el contrario, la supresión de información debe definirse como una estrategia más dentro del panorama de las operaciones de FIMI.

Un último elemento en el estudio de las operaciones de FIMI es el interés estratégico por influir en procesos electorales. En el *Study on International Norms for Foreign Information Manipulation and Interference* (EEAS, 2023) se destaca que tales actividades violan la soberanía nacional, y el derecho internacional, infringiendo el principio de no intervención. Mediante el uso de la coacción, la propaganda y la manipulación de la información los actores de las operaciones FIMI socavan los derechos democráticos, la reputación y la seguridad pública. Como tales, los Estados que participan en estas operaciones pueden ser considerados responsables en virtud de los artículos sobre la responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos.

Los objetivos de las operaciones FIMI se logran mediante diversas estrategias dependiendo del contexto en que se despliegan. Si bien las operaciones cibernéticas, la desinformación, la información errónea (*misinformation*) y la mala información (*malinformation*) son herramientas ampliamente estudiadas en estas operaciones, la IS debe distinguirse claramente de ellas. Para establecer esta distinción es esencial comprender las diferencias en el marco de las operaciones de FIMI, proporcionando al mismo tiempo un marco conceptual que incluya la censura y la autocensura. La desinformación se define como información falsa o engañosa, independientemente de la intención o la fuente (Ecker et al., 2024; Roozenbeek & van der Linden, 2024, p. 20). El factor crucial que distingue la desinformación de la *misinformation* y la *malinformation* es la intención. Mientras que la *misinformation* puede ser incorrecta sin un motivo dañino deliberado, la desinformación y la *malinformation* se conciben con la intención de inducir a error, engañar o causar daño. La desinformación, definida como información intencionadamente falsa destinada a inducir a error (Wang et al., 2020, 472), es especialmente preocupante cuando la utilizan agentes extranjeros para socavar los procesos democráticos y la confianza pública. La Comisión Europea ha clasificado la desinformación dentro de las operaciones FIMI haciendo hincapié en su potencial especial para amenazar la formulación de políticas democráticas, la salud pública y la seguridad (European Commission, 2018). Por el contrario, la *malinformation* implica el uso indebido deliberado de información verificable con intenciones dañinas, a menudo distorsionando datos económicos y sociales para engañar a estados rivales (Bosica, 2023). Estas formas de manipulación de la información, cuando se presentan conjuntamente, forman un componente estratégico de las operaciones FIMI, contribuyendo a la erosión de la confianza política y a la desestabilización de las sociedades objetivo.

Wardle y Derakhshan (2017) proporcionan un marco que clasifica estas formas de uso indebido de la información bajo el concepto más amplio de desorden de la información, un enfoque también respaldado por la Comisión Europea. En las operaciones de FIMI estas tres categorías se entrecruzan con frecuencia creando una estrategia de manipulación estratificada y polifacética. Ejemplos históricos, como las mencionadas elecciones estadounidenses de 2016, ilustran cómo se emplearon estratégicamente para influir en el comportamiento de los votantes y sembrar la discordia (DiResta, 2018). Del mismo modo, en la invasión rusa de Ucrania los actores estatales han orquestado campañas de desinformación que mezclan hechos reales con narrativas manipuladas para moldear la percepción pública (Arribas et al., 2023; Dov Bachmann et al., 2023; Hameleers et al., 2023). Estos esfuerzos desafían la capacidad ciudadana para distinguir entre la verdad y la manipulación aumentando la eficacia de la guerra de información.

No obstante, el análisis de las estrategias de las operaciones FIMI estaría incompleto si no se tuviera en cuenta la censura y la autocensura, dado que ambas desempeñan un papel crucial en la configuración de los entornos informativos. Mientras que las operaciones de desorden informativo se centran en la manipulación deliberada de los contenidos, la censura actúa controlando el flujo de información, garantizando la supresión de determinadas narrativas mientras que otras se amplifican o se dejan sin respuesta. A diferencia de la desinformación, que busca inducir a error, la censura impide el acceso a la información limitando así el compromiso crítico y la disponibilidad de contraargumentos. La autocensura, a su vez, difiere de la censura impuesta por el Estado en que no siempre se impone desde el exterior, sino que se adopta internamente producto del miedo, la presión social o las limitaciones profesionales que llevan a individuos o instituciones a silenciarse voluntariamente. Estas formas de represión son especialmente relevantes en contextos autoritarios en los que los gobiernos emplean estratégicamente tanto la

censura como la autocensura para mantenerse en el poder y, al mismo tiempo, impedir que agentes extranjeros influyan en el discurso público. Sin embargo, en las sociedades democráticas la censura no está permitida, pero puede manifestarse a través de la moderación de contenidos, el filtrado algorítmico y las políticas de regulación de contenido creando barreras estructurales a la libre expresión. La incorporación de la censura y la autocensura en el debate más amplio sobre las tácticas de las operaciones FIMI debe poner de relieve su papel en los esfuerzos de supresión, tanto nacionales como transnacionales, demostrando cómo los actores extranjeros explotan las restricciones existentes o fomentan el silencio voluntario para manipular la percepción pública y perturbar la resiliencia democrática.

3. Comprender la censura en un entorno multinivel: teorías y relación con FIMI

3.1. Teorías de la censura

3.1.1. Censura autoritaria y autocracia informativa

En los regímenes autoritarios la censura suele conceptualizarse como un mecanismo de consolidación y mantenimiento del poder y control narrativo. Las primeras teorías de control autoritario enmarcaban la censura como una restricción impuesta por el Estado a la prensa sobre la libertad de expresión y sobre la difusión de información con el objetivo de eliminar la disidencia e impedir su movilización política (Guriev & Treisman, 2018). Sin embargo, los estados autoritarios modernos recurren cada vez más a formas más sutiles de control de la información que se centran no solo en restringir el acceso a contenidos indeseables, sino también en moldear activamente la percepción pública. Esto lo logran mediante la manipulación de los contenidos que el gobierno considera perjudiciales, controlando su difusión y publicación. De este modo, se limita la percepción de una censura represiva.

El modelo de autocracia informativa proporciona una perspectiva teórica clave para entender esta evolución. A diferencia de los modelos autoritarios tradicionales que dependían de la represión masiva, las autocracias informativas censuran selectivamente los contenidos al tiempo que permiten la crítica controlada (Egorov et al., 2009) debido, en parte, a la imposibilidad de mantener un control absoluto del acceso a medios de información en un mundo globalizado. Este enfoque evita que la censura sea percibida como represiva, al tiempo que garantiza que las narrativas de la oposición nunca generen suficiente atracción como para amenazar la estabilidad del régimen. Además, los regímenes autoritarios despliegan tácticas más sutiles, como las de inundación mediática, en las que el contenido patrocinado por el Estado se amplifica para abrumar al periodismo independiente y a las narrativas alternativas (Roberts, 2020; Shao et al., 2024).

En el contexto de las operaciones FIMI la censura autoritaria desempeña un doble papel. En primer lugar, sirve como mecanismo defensivo para proteger a los regímenes de las críticas externas y la influencia extranjera. En segundo lugar, actúa como herramienta ofensiva, permitiendo a los Estados exportar prácticas de censura a través de la represión digital, el acoso transnacional y las leyes cibernéticas. Los regímenes autoritarios suelen presionar a las empresas de medios sociales para que cumplan sus políticas de censura restringiendo los temas políticamente sensibles en las plataformas globales (House, 2022). Esta extensión de la censura nacional a los espacios internacionales pone de relieve la creciente intersección entre el control autoritario y el control corporativo de la información.

3.1.2. La censura en las democracias liberales: equilibrio entre libertad de expresión y regulación

En las sociedades democráticas la censura suele plantearse como un conflicto entre la protección legal de la libertad de expresión y la regulación de los contenidos nocivos para la ciudadanía. Sin embargo, los teóricos liberales clásicos como John Stuart Mill (1859) sostienen que el discurso abierto es esencial para el progreso social, dado que incluso las ideas falsas o erróneas contribuyen al refinamiento de la verdad. Es en este contexto en el que operan los Estados para asegurar un uso adecuado de la información debiendo equilibrar cuidadosamente sus medidas de manera que el uso de mecanismos legales no restrinja la libertad de expresión de sus ciudadanos. Sin embargo, más allá del uso restrictivo de la legislación surge una forma de censura más matizada que no opera necesariamente a través de la intervención directa del gobierno, sino a través de mecanismos estructurales integrados en los medios de comunicación y las plataformas digitales. Esta paradoja ilustra el delicado equilibrio entre la censura, la libertad de expresión y las estrategias de defensa de la seguridad en las democracias liberales e introduce la necesidad de un marco más amplio para analizar cómo funciona la censura a nivel sistémico. Las políticas modernas de regulación de la libertad de expresión en sociedades democráticas se justifican a menudo utilizando el principio del daño que sugiere que la expresión sólo debe restringirse cuando supone un daño directo para los demás (Horder, 2021). Otra justificación clave proviene de la paradoja de la tolerancia de Karl Popper que advierte que si una sociedad es demasiado tolerante con el discurso intolerante corre el riesgo de permitir movimientos autoritarios que en última instancia dismantelarán las libertades democráticas (Hasan, 2021).

A diferencia de la censura autoritaria impulsada por el Estado y de carácter coercitivo, la censura democrática puede estar mediada por empresas y, actualmente, mantener un carácter principalmente algorítmico. En los últimos años los gobiernos democráticos han externalizado cada vez más las responsabilidades de la regulación de contenidos a las plataformas tecnológicas, dando lugar al auge del nexo entre la censura estatal y la corporativa (Fitzgerald & Lokmanoglu, 2023). Esta dinámica suscita preocupaciones éticas sobre la rendición de cuentas y la parcialidad política, ya que son las plataformas privadas –y no las instituciones democráticas– las que deciden qué contenidos están permitidos.

3.1.3. Nueva Teoría de la Censura y supresión estructural

La Nueva Teoría de la Censura (NCT, por sus siglas en inglés) representa un cambio de los modelos tradicionales, centrados en la censura impuesta por el Estado, a una censura que se presenta como un proceso sistémico e institucionalizado (Bunn, 2015). A diferencia de las teorías anteriores, que definen la censura como la restricción directa de la expresión por parte de una autoridad identificable, la NCT amplía el concepto para incluir la supresión económica, algorítmica y participativa, reconociendo que la censura está cada vez más descentralizada e integrada en las instituciones sociales en lugar de ser aplicada únicamente por el Estado. La censura hoy se manifiesta a través de mecanismos indirectos, en red y estructurales.

Un principio básico de la NCT es que la censura suele ser invisible. En lugar de la supresión total, la censura actual opera a través de las fuerzas del mercado, los algoritmos de moderación digital, las estructuras de propiedad de los medios y, en especial, las normas sociales (Bunn, 2015). Este punto de vista se alinea con el modelo de *Manufacturing Consent* de Herman y Chomsky (2008), que sugiere que los principales medios de comunicación en las sociedades de mercado filtran el

contenido de manera que refuerzan naturalmente las narrativas de la élite. En consecuencia, una de las principales preocupaciones de la NCT es la censura algorítmica, en la que la supresión no se produce a través de prohibiciones manifiestas, sino mediante la manipulación de clasificaciones, la amplificación selectiva de contenidos y la prohibición en la sombra, creando una asimetría en la visibilidad de la información. Las plataformas digitales priorizan ciertos puntos de vista mientras que desclasifican o «desamplifican» otros (Jackson, 2023).

3.1.4. Teorías psicológicas de la autocensura

Más allá de la censura institucional y estructural, la autocensura desempeña un papel fundamental en el control de la información. A diferencia de la censura impuesta desde el exterior, la autocensura es un fenómeno psicológico y social en el que los individuos se abstienen intencionada y voluntariamente de revelar información y opinar, evitan temas que consideran controvertidos o modifican su discurso por miedo a represalias, presión social o consecuencias profesionales, incluso en ausencia de obstáculos formales o legales.

Varios estudios explican por qué se produce la autocensura:

- Falsificación de preferencias (Kuran, 1995): las personas se ajustan públicamente a las narrativas dominantes, aunque en privado no estén de acuerdo, lo que conduce a una percepción distorsionada de la opinión pública.
- El *chilling effect* (Schauer, 1978): el miedo al castigo, a la pérdida del empleo o al ostracismo social lleva a las personas a autocensurarse incluso cuando no existen leyes de censura explícitas (Bar-Tal, 2017).
- Censura participativa (Yang, 2024): los ciudadanos imponen cada vez más la autocensura en las comunidades digitales, donde las denuncias masivas, el acoso en línea y los ataques en las redes sociales llevan a los individuos a silenciarse a sí mismos.

En el ámbito de las operaciones de FIMI, la autocensura es estratégicamente promovida por actores extranjeros que crean un entorno de miedo e incertidumbre. De este modo, se aseguran de que los individuos y los medios de comunicación eviten informar sobre temas que los gobiernos de sus países de origen consideren perjudiciales, incluso estando en sociedades abiertas. El acoso digital, las campañas de información masiva y las amenazas contra periodistas y activistas se utilizan para fomentar una «cultura del silencio», en la que la oposición política no se suprime mediante el uso de la ley, sino mediante mecanismos de intimidación externos a ella.

3.2. Un marco multinivel de la censura

La censura es un fenómeno complejo y con múltiples capas. Mientras que la censura clásica estaba impulsada en gran medida por el Estado, la censura actual se extiende a la gobernanza corporativa y a los mecanismos en los que los individuos participan activamente en la supresión de contenidos. Analizando trabajos recientes, la censura puede categorizarse en tres niveles principales: (i) censura estatal: la supresión directa de contenidos por parte de los gobiernos, a menudo a través de marcos jurídicos, controles de Internet por medio del control de PSI (proveedores de servicios de internet), y propaganda; (ii) censura corporativa: supresión aplicada por plataformas y entidades privadas a través de filtros algorítmicos, retirada de contenidos y desincentivos económicos; (iii) censura participativa: autocensura y supresión dirigida por los ciudadanos, en la que la presión social, el miedo o la denuncia masiva conducen a la retirada o evitación de contenidos.

Cada uno de estos niveles desempeña un papel en la configuración del discurso público, pero también contribuyen a las estrategias de las operaciones FIMI, en las que actores extranjeros explotan estos mecanismos de supresión hacia sus diásporas con el fin de controlar las narrativas que estos difunden en sus países de acogida.

3.2.1. Censura estatal: represión gubernamental en la era de la información

La censura estatal se ha asociado históricamente a regímenes autoritarios que controlan los medios de comunicación para limitar la disidencia, suprimir puntos de vista alternativos y mantener la estabilidad política. Esta forma de censura ha evolucionado desde la ya mencionada represión directa –como la prohibición de periódicos y la detención de periodistas– hasta métodos indirectos más sofisticados, como el filtrado algorítmico de contenidos y la presión reguladora sobre las empresas tecnológicas (Freyburg et al., 2023).

Los gobiernos autoritarios han aprendido que una censura flagrante y a gran escala puede ser contraproducente y complejo en el contexto de la globalización, y que puede suscitar críticas internacionales y oposición interna. En su lugar emplean la supresión selectiva permitiendo la crítica controlada mientras eliminan contenidos que podrían movilizar a la oposición o amenazar la estabilidad política (Egorov et al., 2009; Shadmehr & Bernhardt, 2012). En la actualidad, los gobiernos pueden presionar a las plataformas de redes sociales para que eliminen contenidos políticamente sensibles, impongan estrictas leyes de ciberseguridad y utilicen la inteligencia artificial para filtrar las conversaciones en redes sociales en tiempo real (Freedom House, 2025; Gamso, 2021).

En el ámbito de las operaciones de FIMI, la censura impulsada por el Estado es especialmente relevante porque permite a los gobiernos suprimir las narrativas extranjeras que contradicen los intereses nacionales, controlar los flujos de información transfronterizos presionando, legal o diplomáticamente, a las plataformas y buscadores, como Google, para que bloqueen los contenidos extranjeros (Park & Sang, 2023) y desbaratar los movimientos políticos respaldados desde el extranjero silenciando activistas exiliados y medios de la oposición mediante una combinación de acciones legales e injerencias digitales (Michaelson, 2018). Ejemplo de esta cuestión son las estrategias empleadas por el gobierno chino para evitar el acceso y la difusión de noticias internacionales y el uso de las plataformas de redes sociales (Gamso, 2021). En algunos casos, la censura impulsada por el Estado facilita las operaciones de campañas de FIMI al crear un espacio informativo controlado en el que la propaganda extranjera puede prosperar sin contestación (Pop-Eleches & Way, 2023).

3.2.2. Censura impulsada por actores privados: gobernanza de plataformas y supresión algorítmica

Con el auge de las plataformas digitales las compañías de redes sociales y de medios de comunicación han asumido un papel cada vez más importante en la configuración y el control del discurso online. La supresión de información por parte de actores privados opera dentro de un área jurídica gris, a menudo justificada bajo el pretexto de la moderación de contenidos, las directrices de la comunidad o la preocupación por la seguridad de la marca. La supresión contemporánea carece de mecanismos claros de rendición de cuentas, ya que las decisiones se toman en empresas privadas que utilizan algoritmos opacos. Esto crea un escenario en el que los actores corporativos controlan cada vez más los espacios de comunicación y difusión en

plataformas digitales planteando cuestiones éticas sobre la parcialidad, la supervisión y la influencia política. No obstante, se ha de recalcar que aunque esto no tiene por qué ser impuesto por las propias entidades corporativas y en ocasiones podrían estar ajustándose a parámetros legales y políticos de contenido selectivo (Bunn, 2015; Fitzgerald & Lokmanoglu, 2023; Horder, 2021), independientemente de su intención estos se convierten en un agente clave en la transmisión de información.

Las entidades corporativas actúan como transmisores y dueños de la información en línea y sus políticas de moderación de contenidos a menudo se alinean con intereses geopolíticos. Por ejemplo, plataformas como Facebook, YouTube y Twitter cumplen las leyes nacionales de censura en regímenes como el chino o el ruso para mantener el acceso a sus mercados a pesar de haber pasado por un proceso de deliberación interno sobre el aspecto ético de la retención de información (Ermoshina et al., 2022; Horder, 2021). Además, siguiendo las técnicas del *downranking* algorítmico (Freyburg et al., 2023; House, 2022) los algoritmos de las redes sociales «despriorizan» o prohíben en la sombra determinados contenidos, creando una forma de supresión invisible en la que la información sigue siendo técnicamente accesible pero rara vez se ve (Bunn, 2015).

En las operaciones de FIMI, la censura corporativa desempeña un papel importante, ya que los actores extranjeros pueden explotar las políticas de moderación de las plataformas que operan a nivel global para desencadenar la retirada masiva de contenidos a través de campañas de información coordinadas (Meisner, 2023), utilizar las asimetrías de supresión corporativa para manipular narrativas globales, promoviendo o silenciando selectivamente contenidos en función de intereses económicos o políticos globales (Casas, 2024; Gamso, 2021; Garbe et al., 2025), y aprovechar la expulsión de plataformas de redes sociales y la desmonetización para paralizar financieramente las voces de la oposición (Lee & Tse, 2024). Esta creciente privatización de los mecanismos de censura suscita dudas sobre quién controla los espacios públicos digitales y si las plataformas actúan como árbitros neutrales de la información o como actores cómplices en conflictos geopolíticos (Chang & Lin, 2020; Fitzgerald & Lokmanoglu, 2023; Gamso, 2021).

3.2.3. Censura participativa: el papel de la autocensura y de la supresión ciudadana

A diferencia de la censura estatal o corporativa, la censura participativa se produce cuando los ciudadanos suprimen activamente su propia expresión, o denuncian a otros conciudadanos, para silenciar las opiniones discrepantes. Esto puede adoptar dos formas principales: (i) autocensura, cuando las personas se abstienen de expresar determinadas opiniones por miedo a las consecuencias legales, sociales o profesionales; (ii) censura dirigida por los ciudadanos, en la que los individuos recurren a la denuncia masiva, la presión de grupo o la vergüenza social para suprimir los puntos de vista contrarios (Ver Tabla 1).

Característica	Censura	Autocensura
Imposición	Externa (por el estado o plataformas)	Interna (por presión social o miedo)
Métodos	Eliminación de contenido, filtrado, deplatforming	Modificación del discurso, omisión de temas
Factores clave	Incentivos legales, políticos y económicos	Riesgo de represalias, conformidad social, aprendizaje observacional
Visibilidad	Generalmente explícita (pero puede ser encubierta)	Interna e invisible
Efecto	Supresión directa de contenido	Prevención de la creación de contenido o de la libre expresión.

Tabla 1: Diferencias entre censura y autocensura – Elaboración propia

La autocensura resulta especialmente peligrosa en los escenarios de las operaciones FIMI, ya que crea un vacío informativo que los actores extranjeros pueden explotar (Yuen & Lee, 2025; Zhang et al., 2022). Por ejemplo, las redes rusas de desinformación respaldadas por el Estado han utilizado estratégicamente campañas masivas de información y acoso para silenciar las voces de la oposición obligando a los individuos a autocensurarse incluso residiendo en Estados con regímenes democráticos que garantizan sus derechos. Del mismo modo, la infraestructura de vigilancia digital China ha provocado una autocensura anticipatoria generalizada entre los periodistas que cubren temas políticamente delicados, sobre todo en relación con Taiwán y Hong Kong, (Lee & Tse, 2024; Yuen & Lee, 2025) ilustrando cómo la censura participativa no es un mero resultado pasivo de la represión, sino un mecanismo activo dentro de las estrategias de guerra de la información que refuerza las campañas de influencia extranjera a nivel social. Además, los regímenes autoritarios animan activamente a los ciudadanos a denunciar a los disidentes, desdibujando la línea que separa la censura impulsada por el Estado de la censura participativa (Yang, 2024).

Cuando la autocensura en operaciones FIMI es impulsada estratégicamente por Estados autoritarios, los actores extranjeros crean un entorno de miedo e incertidumbre asegurándose de que tanto individuos como instituciones se abstengan de ejercer su derecho a la libertad de expresión, incluso sin la intervención directa del Estado que la promueve (Ver Tabla 2).

Estrategia	
Inducción de miedo a las repercusiones legales.	Las leyes contra la desinformación vagamente definidas penalizan el discurso crítico, lo que lleva a periodistas y actores de la sociedad civil a autocensurarse para evitar el encarcelamiento (Bagdikian, 1975; Bar-Tal, 2017; Bunn, 2015; Keller & Sigron, 2010).
Presión económica e institucional.	Los gobiernos y las entidades afiliadas al Estado compran empresas de medios de comunicación o controlan su financiación, asegurándose de que los periodistas y editores eviten los temas controvertidos. En Venezuela, el control del gobierno sobre la propiedad de los medios y la concesión de licencias ha provocado una autocensura generalizada entre los periodistas, que temen represalias (Bunn, 2015; Ermoshina et al., 2022; Freyburg et al., 2023).
Vigilancia digital y acoso online.	Los actores FIMI despliegan ejércitos de trolls y redes de bots para acosar y desacreditar a las personas que desafían las narrativas del Estado. Esta intimidación en línea fomenta un clima en el que activistas y figuras de la oposición se autocensuran para evitar ataques coordinados (Stukal et al., 2022).
Autocensura impulsada por coercion-by-proxy.	Algunos gobiernos ejercen presión sobre las comunidades de la diáspora acosando o amenazando a sus familiares en el país de origen. En China y Nicaragua, los disidentes que viven en el extranjero afirman ser presionados por familiares que temen represalias gubernamentales si continúan con su activismo (Dukalskis et al., 2022; RESONANT, 2024; Schenkkan et al., 2020; Tsourapas, 2021).

Tabla 2: Estrategias para la autocensura en estados autoritarios – Fuente: elaboración propia.

Aprovechando TTPs como la supresión algorítmica, el acoso digital y la represión transnacional, los Estados extranjeros son capaces de extender su influencia a las sociedades democráticas, socavando la libertad de expresión y la resiliencia democrática. Comprender la interacción entre la censura, la autocensura y las tácticas de las operaciones de FIMI es esencial para desarrollar contramedidas eficaces en que salvaguarden la libertad de expresión y la integridad de los medios de comunicación frente a las crecientes amenazas de la guerra de la información. En definitiva, la censura y la autocensura desempeñan un papel fundamental en la configuración de los ecosistemas informativos globales. Sus efectos se extienden más

allá de las fronteras nacionales e influyen en el modo en que los actores extranjeros manipulan las narrativas.

4. El concepto de supresión de información

En ciencia política, la necesidad de distinciones conceptuales claras resulta fundamental, más cuando se trata de términos complejos. Como concepto relativamente nuevo, la IS debe definirse de forma que se diferencie de términos establecidos como desinformación, censura y autocensura, especialmente en contextos de FIMI, en los que la posibilidad de operacionalización de los términos utilizados resulta clave en el estudio y análisis de las operaciones, de manera que estas se puedan categorizar adecuadamente⁴. Suddaby (2010) subraya la importancia de una definición precisa y afirma que los conceptos bien definidos son necesarios para organizar la realidad empírica (Dubois et al., 2023). Sin una distinción clara, la IS corre el riesgo de confundirse con otras formas de control de la información, dificultando su validación empírica y su estudio comparativo (Hannes et al., 2022; Johnson, 2003).

La bibliografía existente, y los informes oficiales sobre operaciones de FIMI, han definido la desinformación con una precisión cada vez mayor, pero la IS sigue estando ausente en gran medida de estos debates. Un análisis temático de contenido llevado a cabo en el proyecto RESONANT revela que la IS es un concepto aún desconocido tanto en la investigación académica como en las organizaciones privadas o de seguridad, a pesar de su frecuente aparición en la práctica. La ausencia de IS en las definiciones formales complica su estudio, ya que la propia naturaleza de la supresión de información implica que los incidentes a menudo no se documentan o pasan desapercibidos. Una primera aproximación al concepto de supresión de información se encuentra en los campos de la medicina y la comunicación, pero mantiene una precisión insuficiente para definir la IS en el contexto del FIMI. Por ejemplo, Last (2007) describe la IS en el ámbito médico como «la situación en la que se ocultan o retienen del dominio público hechos y conclusiones importantes y relevantes cuya divulgación es de interés público», especialmente en el contexto de la guerra, donde era relevante el uso del secreto sanitario con fines estratégicos militares. Mientras tanto, Goshylyk et al. (2021) definen la supresión mediática como «la acción de suprimir algo como una actividad o una publicación», aunque esta definición carece de la intencionalidad y la naturaleza estratégica de la IS que se observa en la guerra de la información.

En el ámbito científico, Kuehn (2004) se refiere a la supresión en sentido amplio como la prevención de la creación o difusión de ciertos datos o teorías no deseados. Esta definición resulta muy útil dado que distingue dos etapas de la IS. La primera, la supresión activa, que impide que se cree o comparta información; y la segunda, la supresión reactiva, que elimina o bloquea la información después de que se haya difundido. Ambas fases se alinean con los métodos de supresión de información identificados en la ciencia política, particularmente en el estudio de las estrategias de control de los medios de comunicación (S. Chen & Zhang, 2019). Los gobiernos pueden optar por bloquear completamente la información sobre un acontecimiento políticamente delicado o pueden permitir la exposición parcial del asunto asegurándose de que los detalles críticos permanezcan ocultos (Feldstein, 2021). Esta última táctica difumina aún más la línea que separa la desinformación de la IS, ya que ambas se basan en la manipulación de la disponibilidad de información para controlar las narrativas. Por otra parte, Piotroski et al. (2014) hablan de

⁴ Ver el [Disarm Framework](#) para una comprobación del trabajo realizado hasta la fecha en materia de análisis de las operaciones FIMI.

información suprimida en el contexto de la censura, como resultado de esta, sin referirse a su definición real. A partir de estos hilos conceptuales, se propone una definición de IS adaptada a las operaciones FIMI.

Así, la supresión de información (IS) se definiría como:

La acción intencionada (naturaleza de la acción), llevada a cabo por actores estatales o no estatales, para controlar o eliminar actividades o publicaciones que revelan información –datos, hechos, teorías o conocimientos pertinentes– (contenido de las acciones) con el propósito de influir en la opinión pública, restringir el acceso a la información o preservar el secreto (propósito de la acción). Estas operaciones pueden ocurrir antes de la difusión de la información (activas) o después de su divulgación (reactivas) mediante el bloqueo o eliminación de la fuente de información.

La definición que proponemos sobrepasa la censura y la autocensura tradicionales, ya que abarca un planteamiento más amplio y multinivel para controlar los entornos informativos. Mientras que la censura puede ser reactiva –restringir o eliminar contenidos considerados indeseables–, la IS puede ser proactiva y reactiva. Puede afectar a la fuente de información antes de que ésta la propague impidiendo su difusión, así como después de que adquiera visibilidad borrándola, atacando a la legitimidad de la fuente o manipulándola. La autocensura, por su parte, refuerza la IS al fomentar la supresión anticipada en la que los individuos o las instituciones se silencian voluntariamente debido a presiones externas o a la previsión de las consecuencias señaladas con anterioridad.

Este marco más amplio sitúa a la IS dentro de las operaciones FIMI en las que las estrategias de control de la información no se limitan a eliminar contenidos no deseados, sino que moldean activamente las narrativas para servir a objetivos geopolíticos, económicos o ideológicos. Los actores extranjeros se involucran en la IS a través de la influencia estratégica de los medios, la manipulación algorítmica y la represión transnacional, mecanismos que se extienden más allá de los marcos nacionales de censura para influir en el discurso global (Glasius, 2018; Stoycheff et al., 2020). La IS difiere de la censura en que su alcance no se limita a restringir el acceso, sino que trata de remodelar todo el panorama informativo a nivel global. Sus mecanismos van desde las restricciones financieras con efectos transnacionales hasta las campañas de deslegitimación y la supresión algorítmica (Välvirronen y Saikkonen, 2021). Al incorporar la distorsión y la manipulación narrativa estratégica la IS promueve que la información suprimida no solo desaparezca, sino que pueda ser sustituida por alternativas controladas o engañosas, aspecto que la diferencia de la censura convencional. Esta distinción es crucial para entender la IS como una forma única de control de la información, particularmente en la era globalizada y digital de las operaciones de FIMI.

5. Conclusiones

La creciente complejidad de las operaciones de FIMI refleja una profunda transformación en la forma en que se ejerce el poder en la era digital. Mientras que la influencia geopolítica tradicional dependía de la coerción militar y económica, los conflictos modernos se desarrollan cada vez más en los ámbitos cognitivo e informativo, donde la capacidad de controlar las narrativas, restringir el acceso a la información y manipular la percepción pública es un factor definitorio. Las operaciones de FIMI abarcan tanto la manipulación como la supresión de contenidos significando que la desinformación es solo una parte de una estrategia más amplia. La supresión y la obstrucción de la información son igualmente fundamentales para configurar

entornos informativos globales, influir en los procesos políticos y socavar la legitimidad institucional. En esta voz se ha argumentado que es necesario entender la supresión como parte integrante de las operaciones de FIMI para comprender plenamente los mecanismos a través de los cuales los Estados y los actores no estatales moldean el discurso para conseguir sus objetivos estratégicos.

En el centro de este debate se encuentra el papel de la censura y la autocensura, dos formas de supresión interrelacionadas que determinan qué información fluye, quién la controla y en qué condiciones se accede a ella. Mientras que la censura se entiende como una restricción impuesta desde el exterior a través de leyes estatales, políticas corporativas y barreras tecnológicas, la autocensura funciona a través de restricciones internalizadas, en las que individuos, periodistas o instituciones se abstienen voluntariamente de difundir cierta información por miedo a las consecuencias. Como se ha establecido, la censura en el contexto de las operaciones de FIMI no se limita a los regímenes autoritarios; las sociedades democráticas también pueden exhibir mecanismos de supresión a través del filtrado algorítmico, la moderación de plataformas y la censura participativa, donde la información masiva y el daño reputacional sirven para silenciar las voces disidentes. El creciente papel de la censura corporativa y algorítmica complica las interpretaciones tradicionales de la supresión centradas en el Estado, demostrando que el control moderno de la información opera en múltiples niveles: político, económico, tecnológico y social.

En respuesta a las limitaciones de los modelos de censura convencionales este documento ha introducido el concepto de supresión de la información (IS) como una estrategia más amplia y adaptable de control de la información. A diferencia de la censura, que se centra en restringir contenidos específicos, la IS tiene un carácter sistémico, implicando mecanismos de supresión tanto proactivos como reactivos. La supresión proactiva impide que la información llegue a crearse o difundirse, mientras que la supresión reactiva elimina, deslegitima u oscurece la información que ya ha entrado en el discurso público. Estos mecanismos no son meras restricciones pasivas, sino que trabajan activamente para remodelar el propio panorama informativo garantizando que las narrativas suprimidas no sólo desaparezcan, sino que sean sustituidas o se vuelvan inaccesibles, especialmente en un entorno global abierto y de base tecnológica. La IS abarca una serie de tácticas que dan lugar a la censura por un lado y a la autocensura por otro. La distinción entre censura e IS es especialmente relevante en las operaciones de FIMI en las que la IS a menudo se despliega no solo como un acto aislado de control, sino como parte de una estrategia más amplia de influencia y manipulación.

Las implicaciones de estas conclusiones ponen de relieve la urgente necesidad de reevaluar cómo funciona la IS tanto en contextos nacionales como transnacionales. Los actores de FIMI ya no se limitan a difundir contenidos falsos o engañosos, sino que eliminan, distorsionan y controlan activamente el acceso a la información para influir en los resultados políticos, interferir en los procesos democráticos y debilitar a los Estados considerados adversarios por terceros actores estatales o no estatales (Dias, 2023; DiResta et al., 2019; Martin et al., 2023). Mientras que los regímenes autoritarios han recurrido durante mucho tiempo a la represión estatal para mantener el poder, la creciente privatización y automatización de los mecanismos de censura en las sociedades democráticas plantea desafíos para la libertad de expresión y la integridad de la información. La difuminación de los límites entre la censura estatal, corporativa y participativa complica los esfuerzos para contrarrestar las operaciones de FIMI, ya que las tácticas de supresión operan cada vez más a través de mecanismos indirectos, descentralizados y a menudo invisibles.

Para hacer frente a estos retos es necesario ir más allá de los marcos tradicionales de lucha contra la desinformación. Es necesario un enfoque más global que tenga en cuenta las dimensiones estructurales, económicas y tecnológicas de la supresión de la información. La investigación futura debería examinar más a fondo cómo interactúa la IS con otras formas de FIMI, en particular en la gobernanza digital, la moderación impulsada por la IA y las operaciones de influencia transfronterizas. Además, es necesario un compromiso teórico más profundo con las tácticas de supresión de información para comprender cómo configuran los ecosistemas políticos y mediáticos en una era de creciente asimetría informativa.

Finalmente, a medida que los actores extranjeros perfeccionen sus tácticas de supresión, la resiliencia democrática dependerá de la capacidad de identificar, analizar y contrarrestar la IS, garantizando al mismo tiempo que las medidas de protección contra la manipulación no se conviertan a su vez en mecanismos de supresión. La distinción conceptual entre censura e IS proporciona una base más sólida para evaluar la guerra moderna de la información, permitiendo a responsables políticos y a académicos desarrollar respuestas más eficaces al uso estratégico de la supresión en el orden mundial de la información.

Bibliografía

- Arribas, C. M., Arcos, R., Gértrudix, M., Mikulski, K., Hernández-Escayola, P., Teodor, M., Novăcescu, E., Surdu, I., Stoian, V., y García-Jiménez, A. (2023). Information manipulation and historical revisionism: Russian disinformation and foreign interference through manipulated history-based narratives. *Open Research Europe*, 3, 121. <https://doi.org/10.12688/openreseurope.16087.1>
- Bagdikian, B. H. (1975). I. Governmental Suppression of the Media. *University of Miami Law Review*, 29(3). <https://repository.law.miami.edu/umlr/vol29/iss3/3>
- Bar-Tal, D. (2017). Self-Censorship as a Socio-Political-Psychological Phenomenon: Conception and Research. *Political Psychology*, 38(S1), 37–65. <https://doi.org/10.1111/pops.12391>
- Baudrillard, J. (1994). *Simulacra and Simulation*. University of Michigan Press.
- Bjurling, B., Thore, A., y Riad, S. (2024). *Foreign Information Manipulation & Interference: A Large Language Model Perspective* (20). Psychological Defence Agency.
- Bosica, J. M. (2023). Russia's information aggression before and during the full-scale invasion of Ukraine—Identifying elements of change and continuity amongst the Kremlin's disinformation operations vis-à-vis EU's and NATO's courses of action to counter them [Univerzita Karlova, Fakulta sociálních věd]. <https://dspace.cuni.cz/handle/20.500.11956/187381>
- Bunn, M. (2015). Reimagining Repression: New Censorship Theory and After. *History and Theory*, 54(1), 25–44. <https://doi.org/10.1111/hith.10739>
- Casas, A. (2024). The Geopolitics of Deplatforming: A Study of Suspensions of Politically-Interested Iranian Accounts on Twitter. *Political Communication*, 41(3), 413–434. <https://doi.org/10.1080/10584609.2024.2306503>
- Chang, C.-C., y Lin, T.-H. (2020). Autocracy login: Internet censorship and civil society in the digital age. *Democratization*, 27(5), 874–895. <https://doi.org/10.1080/13510347.2020.1747051>
- Chen, S., y Zhang, C. (2019). From Suppressive to Proactive?: Chinese Governments' Media Control Strategies in Popular Protests. *China: An International Journal*, 17(2), 1–18. <https://doi.org/10.1353/chn.2019.0013>
- Chen, Y., y Yang, D. Y. (2019). The Impact of Media Censorship: 1984 or Brave New World? *American Economic Review*, 109(6), 2294–2332. <https://doi.org/10.1257/aer.20171765>

- Department of Home Affairs Website. (s. f.). Department of Home Affairs Website. Recuperado el 1 de agosto de 2024, de <https://www.homeaffairs.gov.au>
- Dias, T. (2023). *Study on International Norms for Foreign Information Manipulation and Interference (FIMI)*. European Union External Action Service (EEAS). <https://www.eeas.europa.eu/sites/default/files/documents/2024/Study%20international%20norms%20on%20FIMI.pdf>
- DiResta, R. (2018). Computational Propaganda: If You Make It Trend, You Make It True. *The Yale Review*, 106(4), 12–29. <https://doi.org/10.1111/yrev.13402>
- DiResta, R., Shaffer, K., Ruppel, B., Sullivan, D., Matney, R., Fox, R., Albright, J., y Johnson, B. (2019). *The Tactics & Tropes of the Internet Research Agency*. United States Senate Documents. <https://digitalcommons.unl.edu/senatedocs/2>
- Dov Bachmann, S.-D., Putter, D., y Duczynski, G. (2023). Hybrid warfare and disinformation: A Ukraine war perspective. *Global Policy*, 14(5), 858–869. <https://doi.org/10.1111/1758-5899.13257>
- Dowling, M.-E. (2021). Democracy under siege: Foreign interference in a digital era. *Australian Journal of International Affairs*, 75(4), 383–387. <https://doi.org/10.1080/10357718.2021.1909534>
- Dowling, M.-E. (2022). Cyber information operations: Cambridge Analytica's challenge to democratic legitimacy. *Journal of Cyber Policy*, 7(2), 230–248. <https://doi.org/10.1080/23738871.2022.2081089>
- Dubois, A., Hedvall, K., y Sundquist, V. (2023). No concept is an island: Conceptualising (in) the industrial network approach. *Journal of Business & Industrial Marketing*, 38(13), 211–219. <https://doi.org/10.1108/JBIM-05-2022-0231>
- Dukalskis, A., Furstenberg, S., Gorokhovskaia, Y., Heathershaw, J., Lemon, E., y Schenkan, N. (2022). Transnational repression: Data advances, comparisons, and challenges. *Political Research Exchange*, 4(1), 2104651. <https://doi.org/10.1080/2474736X.2022.2104651>
- Ecker, U. K. H., Tay, L. Q., Roozenbeek, J., van der Linden, S., Cook, J., Oreskes, N., y Lewandowsky, S. (2024). Why Misinformation Must Not Be Ignored. <https://doi.org/10.31234/osf.io/8a6cj>
- Egorov, G., Guriev, S., y Sonin, K. (2009). Why Resource-Poor Dictators Allow Freer Media: A Theory and Evidence from Panel Data. *SSRN Scholarly Paper* 898888. <https://papers.ssrn.com/abstract=898888>
- Ermoshina, K., Loveluck, B., y Musiani, F. (2022). A market of black boxes: The political economy of Internet surveillance and censorship in Russia. *Journal of Information Technology and Politics*, 19(1), 18–33. <https://doi.org/10.1080/19331681.2021.1905972>
- European Commission. (2018, 26 de abril). *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions. «Tackling online disinformation: A European Approach»*. COM(2018) 236 final. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52018DC0236>
- European Parliamentary Research Service. (2024, marzo). *Foreign interference and EU preparedness*. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/760355/EPRS_AT_A\(2024\)760355_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/ATAG/2024/760355/EPRS_AT_A(2024)760355_EN.pdf)
- European Union External Action Service (EEAS). (2022). *2021 StratCom activity report—Strategic Communication Task Forces and Information Analysis Division*. https://www.eeas.europa.eu/eeas/2021-stratcom-activity-report-strategic-communication-task-forces-and-information-analysis-division_en
- Feldstein, S. (2021). *The Rise of Digital Repression: How Technology is Reshaping Power, Politics, and Resistance* (1.a ed.). Oxford University Press New York. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190057497.001.0001>

- Fitzgerald, J., y Lokmanoglu, A. D. (2023). Special issue: The (international) politics of content takedowns: Theory, practice, ethics. *Policy & Internet*, 15(4), 456–465. <https://doi.org/10.1002/poi3.375>
- Freedom House. (2024). *Freedom on the Net 2024: The Struggle for Trust Online*.
- Freyburg, T., Garbe, L., y Wavre, V. (2023). The political power of internet business: A comprehensive dataset of Telecommunications Ownership and Control (TOSCO). *The Review of International Organizations*, 18(3), 573–600. <https://doi.org/10.1007/s11558-022-09483-z>
- Fridman, O. (2024). *Defining Foreign Influence and Interference*. INSS Special Publication, 1–12.
- Gamso, J. (2021). Is China exporting media censorship? China's rise, media freedoms, and democracy. *European Journal of International Relations*, 27(3), 858–883. <https://doi.org/10.1177/13540661211015722>
- Garbe, L., Maerz, S. F., y Freyburg, T. (2025). Authoritarian collaboration and repression in the digital age: Balancing foreign direct investment and control in internet infrastructure. *Democratization*, 0(0), 1–24. <https://doi.org/10.1080/13510347.2024.2442377>
- Giannopoulos, G., Smith, H., y Theocharidou, M. (2021). *The landscape of hybrid threats: A conceptual model: Public version*. European Union y Hybrid CoE. <https://data.europa.eu/doi/10.2760/44985>
- Glasius, M. (2018). Extraterritorial authoritarian practices: A framework. *Globalizations*, 15(2), 179–197. <https://doi.org/10.1080/14747731.2017.1403781>
- Goshylyk, N., Goshylyk, V., Malyshevskaya, I., Marchuk, T., Sabadash, D., y Tykha, U. (2021). *Glossary of Media Literacy Terms*. Vasyl Stefanyk Precarpathian National University. <https://kaf.pnu.edu.ua/wp-content/uploads/sites/89/2021/03/Glossary-of-Media-Literacy-Terms.pdf>
- Guriev, S., y Treisman, D. (2018). Informational Autocracy: Theory and Empirics of Modern Authoritarianism. SSRN Scholarly Paper 2571905. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2571905>
- Hameleers, M., Tulin, M., De Vreese, C., Aalberg, T., Van Aelst, P., Cardenal, A. S., Corbu, N., Van Erkel, P., Esser, F., Gehle, L., Halagiera, D., Hopmann, D., Koc-Michalska, K., Matthes, J., Meltzer, C., Mihelj, S., Schemer, C., Sheaffer, T., Splendore, S., ... Zoizner, A. (2023). Mistakenly misinformed or intentionally deceived? Mis- and Disinformation perceptions on the Russian War in Ukraine among citizens in 19 countries. *European Journal of Political Research*, advance online publication. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12646>
- Hannes, K., Hendricks, L., Brgles, M., Dierckx, C., Gemignani, M., Huhnen, M., Vrebos, H., Swift, A., y Van Goidsenhoven, L. (2022). *The SAGE Handbook of Qualitative Research Design: Being Creative with Resources in Qualitative Research* (pp. 290–306). <https://doi.org/10.4135/9781529770278.n19>
- Hasan, R. (2021). Popper's Paradox of Tolerance: An Examination of Segregated Muslim Neighbourhoods in Modern Britain. *Perichoresis*, 19(3), 89–112. <https://doi.org/10.2478/perc-2021-0019>
- Hénin, N. (2023). *FIMI: Towards a European redefinition of foreign interference* (p. 11). EU DisinfoLab. <https://www.disinfo.eu/publications/fimi-towards-a-european-redefinition-of-foreign-interference/>
- Herman, E. S., y Chomsky, N. (2008). *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. Bodley Head.
- Horder, J. (2021). Online free speech and the suppression of false claims in politics. *Journal of International and Comparative Law*, 8(1), Artículo 1.
- House, P. W. (2022). *Understanding Internet Censorship in Democracies. The Future of Globalization*.
- Jackson, D. (2023). Content takedowns and activist organizing: Impact of social media content moderation on activists and organizing. *Policy & Internet*, 15(4), 498–511. <https://doi.org/10.1002/poi3.372>

- Johnson, J. (2003). Conceptual Problems as Obstacles to Progress in Political Science: Four Decades of Political Culture Research. *Journal of Theoretical Politics*, 15(1), 87–115. <https://doi.org/10.1177/0951692803151004>
- Keller, H., y Sigron, M. (2010). State Security v Freedom of Expression: Legitimate Fight against Terrorism or Suppression of Political Opposition? *Human Rights Law Review*, 10(1), 151–168. <https://doi.org/10.1093/hrlr/ngp041>
- Kodalle, T., Ormrod, D., Sample, C., y Scott, K. (2020). A General Theory of Influence in a DIME/PMESII/ASCOP/IRC2 Model. *Journal of Information Warfare*, 19(2), 12–26.
- Kuehl, D. (2009). From Cyberspace to Cyberpower: Defining the Problem. En F. D. Kramer, S. H. Starr, y L. K. Wentz (Eds.), *Cyberpower and National Security* (pp. 22–42). University of Nebraska Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctt1djmhj1>
- Kuehn, R. R. (2004). Suppression of Environmental Science. *American Journal of Law & Medicine*, 30(2–3), 333–369. <https://doi.org/10.1177/009885880403000210>
- Kuran, T. (1995). *Private truths, public lies: The social consequences of preference falsification* (pp. xv, 423). Harvard University Press.
- Last, J. (2007). *Suppression of information*. Oxford Reference. <https://doi.org/10.1093/oi/authority.20110803100543287>
- Lee, F. L. F., y Tse, C. H. (2024). The critical online diasporic infosphere and counter-public sustenance in an autocratizing society. *Information, Communication & Society*, 0(0), 1–18. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2024.2430627>
- Leeson, P. T. (2008). Media Freedom, Political Knowledge, and Participation. *Journal of Economic Perspectives*, 22(2), 155–169. <https://doi.org/10.1257/jep.22.2.155>
- Looney, S. (2023). Content moderation through removal of service: Content delivery networks and extremist websites. *Policy & Internet*, 15(4), 544–558. <https://doi.org/10.1002/poi3.370>
- Martin, D. A., Shapiro, J. N., y Ilhardt, J. G. (2023). *Online Political Influence Efforts Dataset*. Empirical Studies of Conflict Project.
- McElligott, J. (2007). The Theory and Practice of Censorship. En *Royalism, Print and Censorship in Revolutionary England* (pp. 183–209). Boydell & Brewer. <https://doi.org/10.1017/9781846155901.008>
- Meisner, C. (2023). The weaponization of platform governance: Mass reporting and algorithmic punishments in the creator economy. *Policy & Internet*, 15(4), 466–477. <https://doi.org/10.1002/poi3.359>
- Michaelsen, M. (2018). Exit and voice in a digital age: Iran's exiled activists and the authoritarian state. *Globalizations*, 15(2), 248–264. <https://doi.org/10.1080/14747731.2016.1263078>
- Miller, D. (2015). Sociology, Propaganda and Psychological Operations. En M. Dawson, B. Fowler, D. Miller, y A. Smith (Eds.), *Stretching the Sociological Imagination: Essays in Honour of John Eldridge* (pp. 163–188). Palgrave Macmillan UK. https://doi.org/10.1057/9781137493644_9
- Moss, D. M. (2018). The ties that bind: Internet communication technologies, networked authoritarianism, and 'voice' in the Syrian diaspora. *Globalizations*, 15(2), 265–282. <https://doi.org/10.1080/14747731.2016.1263079>
- Müller, B. (Ed.). (2004). *Censorship & cultural regulation in the modern age: International Conference «Censorship: Phenomenology, Representation, Contexts», which took place at Newcastle upon Tyne in September 2000. International Conference Censorship: Phenomenology, Representation, Contexts, Amsterdam*. Rodopi.
- Newman, H. (2022). *Information Warfare: Leveraging the DMMI Matrix Cube for Risk Assessment*, 21, 84.
- Nietzel, B. (2016). Propaganda, Psychological Warfare and Communication Research in the USA and the Soviet Union during the Cold War. *History of the Human Sciences*, 29(4–5), 59–76. <https://doi.org/10.1177/0952695116667881>

- Pamment, J., y Isaksson, E. (2024). *Psychological Defence: Concepts and Principles for the 2020s*. Lund University Psychological Defence Research Institute.
- Polyakova, A., y Fried, D. (2019). *Democratic defense against disinformation 2.0* [Report]. Atlantic Council. <https://apo.org.au/node/242041>
- Pop-Eleches, G., y Way, L. A. (2023). Censorship and the Impact of Repression on Dissent. *American Journal of Political Science*, 67(2), 456–471. <https://doi.org/10.1111/ajps.12633>
- Rahayu, K. (2020). A Critical Analysis On Margaret E. Roberts (2018), Censored: Distraction And Diversion Inside China's Great Firewall. *Journal of Political Issues*, 1(2), 92–102. <https://doi.org/10.33019/jpi.v1i2.8>
- Rid, T. (2020). *Active Measures: The Secret History of Disinformation and Political Warfare*.
- Roberts, M. E. (2020). Resilience to Online Censorship. *Annual Review of Political Science*, 23(1), 401–419. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-050718-032837>
- Roozenbeek, J., y van der Linden, S. (2024). *The Psychology of Misinformation*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/9781009214414>
- Schauer, F. (1978). Fear, Risk and the First Amendment: Unraveling the Chilling Effect. *Boston University Law Review*, 58, 685–732 (1978). <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/879>
- Schenkkan, N., Linzer, I., Furstenberg, S., y Heathershaw, J. (2020). *Perspectives on "Everyday" Transnational Repression in an Age of Globalization*. Freedom House. <https://freedomhouse.org/report/specialreport/2020/collected-essays-transnational-repression-age-globalization>
- Shadmehr, M., y Bernhardt, D. (2012). A Theory of State Censorship. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2027052>
- Shao, L., Liu, D., y Wang, F. (2024). Suppression by Mobilization: How Information Control Strategies Contain Political Criticism in Autocracies. *Political Research Quarterly*. (En prensa).
- Sparks, L. (2024). "We Will Find You". Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/report/2024/02/22/we-will-find-you/global-look-how-governments-repress-nationals-abroad>
- Stier, S. (2015). Democracy, autocracy and the news: The impact of regime type on media freedom. *Democratization*, 22(7), 1273–1295. <https://doi.org/10.1080/13510347.2014.964643>
- Stoycheff, E., Burgess, G. S., y Martucci, M. C. (2020). Online censorship and digital surveillance: The relationship between suppression technologies and democratization across countries. *Information, Communication & Society*, 23(4), 474–490. <https://doi.org/10.1080/1369118X.2018.1518472>
- Stuart Mill, J. (1859). *On Liberty* (EconLib Books). <https://www.econlib.org/library/Mill/mlLbty.html>
- Stukal, D., Sanovich, S., Bonneau, R., y Tucker, J. A. (2022). Why Botter: How Pro-Government Bots Fight Opposition in Russia. *American Political Science Review*, 116(3), 843–857. <https://doi.org/10.1017/S0003055421001507>
- Suddaby, R. (2010). Editor's Comments: Construct Clarity in Theories of Management and Organization. *The Academy of Management Review*, 35(3), 346–357.
- Tannenber, M. (2022). The autocratic bias: Self-censorship of regime support. *Democratization*, 29(4), 591–610. <https://doi.org/10.1080/13510347.2021.1981867>
- Taylor, P. M. (2010). From Psychological Warfare to Information Operations and Back Again. En *The Ashgate Research Companion to Modern Warfare*. Routledge.
- Tsourapas, G. (2021). Global Autocracies: Strategies of Transnational Repression, Legitimation, and Co-Optation in World Politics. *International Studies Review*, 23(3), 616–644. <https://doi.org/10.1093/isr/viaa061>

- UK National Security. (2024, 3 de mayo). *Foreign interference: National Security Bill factsheet*. GOV.UK. <https://www.gov.uk/government/publications/national-security-bill-factsheets/foreign-interference-national-security-bill-factsheet>
- US Department of State. (2024, 18 de enero). *The Framework to Counter Foreign State Information Manipulation*. United States Department of State. <https://www.state.gov/the-framework-to-counter-foreign-state-information-manipulation/>
- Välvirronen, E., y Saikkonen, S. (2021). Freedom of Expression Challenged: Scientists' Perspectives on Hidden Forms of Suppression and Self-censorship. *Science, Technology, & Human Values*, 46(6), 1172–1200. <https://doi.org/10.1177/0162243920978303>
- Wang, A. H.-E., Lee, M., Wu, M.-H., y Shen, P. (2020). Influencing overseas Chinese by tweets: Text-images as the key tactic of Chinese propaganda. *Journal of Computational Social Science*, 3(2), 469–486. <https://doi.org/10.1007/s42001-020-00091-8>
- Wardle, C., y Derakhshan, H. (2017). *Information disorder: Toward an interdisciplinary framework for research and policy making*. Council of Europe. <https://edoc.coe.int/en/media/7495-information-disorder-toward-an-interdisciplinary-framework-for-research-and-policy-making.html>
- Wheatley, S. (2020). Foreign Interference in Elections under the Non-intervention Principle: We Need to Talk about “Coercion”. *Duke Journal of Comparative & International Law*, 31(1), 161–197.
- Yang, T. Z. (2024). Participatory Censorship in Authoritarian Regimes. *Comparative Political Studies*. <https://doi.org/10.1177/00104140241302762>
- Yuen, S., y Lee, F. L. F. (2025). Echoes of silence: How social influence fosters self-censorship under democratic backsliding. *Democratization*, 0(0), 1–26. <https://doi.org/10.1080/13510347.2025.2455127>
- Zhang, L., Tandoc, E. C., y Han, S. (2022). Rage or rationality: Exposure to Internet censorship and the impact on individual information behaviors in China. *Policy & Internet*, 14(4), 807–823. <https://doi.org/10.1002/poi3.314>

Justicia ambiental intergeneracional*

Intergenerational Environmental Justice

Florencia Paz Landeira**

School of Law, University College Cork

ORCID ID 0000-0001-9877-3930

fpazlandeira@ucc.ie

Cita recomendada:

Paz Landeira, F. (2025). Justicia ambiental intergeneracional. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 306-321

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9856>

Recibido / received: 24/02/2025
Aceptado / accepted: 01/07/2025

Resumen

Este artículo examina la justicia ambiental intergeneracional a la luz de la emergencia de la infancia como actor protagónico en el litigio climático. Se analizan las críticas teóricas que desbordan la perspectiva lineal y paternalista tradicional, incorporando aportes de la teoría queer y las visiones decoloniales. Asimismo, se revisa la noción de «generación» a partir de enfoques sociológicos y antropológicos que subrayan la coexistencia de diversas cohortes en el presente, y se discute cómo la crisis climática exige un abordaje inmediato de las responsabilidades, alejándose de la mera protección de un futuro hipotético. El texto propone un marco postpaternalista que reconoce la agencia de niños y niñas, y articula las temporalidades críticas con la urgencia y las desigualdades que caracterizan el escenario ecológico contemporáneo.

Palabras clave

Justicia ambiental intergeneracional, litigio climático infanto-juvenil, temporalidades críticas, postpaternalismo.

Abstract

This article examines intergenerational environmental justice in light of children's emergence as leading actors in climate litigation. It surveys theoretical critiques that move beyond the traditional linear and paternalistic perspective, incorporating insights from queer theory and decolonial approaches. The notion of «generation» is also revisited through sociological and anthropological lenses that highlight the coexistence of multiple cohorts in the present, while the climate crisis is shown to demand an immediate allocation of responsibilities, rather than

* Esta publicación es parte del proyecto *Youth Climate Justice* que ha recibido financiación del Consejo Europeo de Investigación en el marco del programa de investigación e innovación Horizonte 2020 de la Unión Europea (Subvención n.º 101088453).

** Investigadora Posdoctoral de la School of Law, University College Cork, asociada al proyecto *Youth Climate Justice*, dirigido por la Prof. Aoife Daly. Doctora en Antropología Social por la Universidad Nacional de San Martín y Profesora de Enseñanza Media y Superior en Ciencias Antropológicas por la Universidad de Buenos Aires.

the mere safeguarding of a hypothetical future. The article ultimately advances a post-paternalist framework that recognises the agency of children and weaves together critical temporalities with the urgency and structural inequalities that define today's ecological landscape.

Keywords

Intergenerational environmental justice, Youth climate litigation, Critical temporalities, Postpaternalism

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Bases conceptuales y tensiones en la justicia ambiental intergeneracional. 3. Litigio climático y acción infanto-juvenil: disputas legales y reconfiguración de la infancia. 4. Temporalidades críticas: aportes queer y (de)coloniales para repensar la intergeneracionalidad. 5. La noción de «generación»: revisiones teóricas y aportes para la justicia ambiental intergeneracional. 6. Hacia un enfoque postpaternalista y complejo de la justicia ambiental intergeneracional. 7. Conclusiones.

1. Introducción

La justicia ambiental intergeneracional se ha consolidado como uno de los debates centrales en la esfera del derecho internacional y la teoría política, especialmente a partir de la crisis climática. La necesidad de proteger los bienes comunes y la habitabilidad del planeta para las generaciones futuras –y, a la vez, responder a las demandas de las presentes– revela tensiones que trascienden los marcos jurídicos tradicionales. Conceptos como progreso y desarrollo sostenible han sido cuestionados por su aparente linealidad y por una distribución desigual de costos y beneficios (Grear, 2019; Moore, 2016), en la que las responsabilidades históricas y las asimetrías Norte-Sur (Anghie, 2006; Pahuja, 2011) cobran un peso determinante.

En este contexto, la infancia y la juventud han emergido como poblaciones especialmente afectadas por la crisis climática, a la vez que como actores protagónicos en las variadas formas de visibilizarla, resistirla y hacerle frente. A través de litigios estratégicos y de movimientos de acción climática, niños, niñas y adolescentes han impulsado la noción de justicia ambiental intergeneracional más allá de un principio normativo abstracto. Sus demandas exigen responsabilidad inmediata de los Estados y las empresas, interpelando la lentitud de las respuestas jurídicas ante una crisis que se experimenta con urgencia. Esto expone un serio problema de desajuste temporal (Dehm, 2022) entre los ritmos lentos de la justicia y la aceleración o acumulación de los daños ambientales (Kotzé & Knappe, 2023; Nixon, 2011).

El foco en la infancia, por otra parte, exige repensar la idea de generaciones, frecuentemente concebida de modo lineal: la generación adulta protege a la próxima sin plantearse en qué medida esa protección pospone obligaciones con colectivos ya vulnerados (Cusato, 2024; Daly, 2023). Distintas corrientes teóricas han desafiado esta linealidad. La teoría queer, por ejemplo, critica la crononormatividad (Freeman, 2007) y la heterofuturibilidad (Edelman, 2014), subrayando cómo la lógica heterosexual y reproductiva estructura la temporalidad de la vida (Anastasia, 2024). A su vez, llama la atención sobre otras formas de concebir el tiempo, más abiertas, fragmentadas o disruptivas (Halberstam, 2018). Las perspectivas decoloniales cuestionan la retórica del progreso en el derecho ambiental, evidenciando la reproducción de jerarquías Norte-Sur y la invisibilización de responsabilidades históricas (Moore, 2016; Grear, 2019). Por su parte, el análisis de la noción de

generación (Mannheim, 1928; Ingold, 2024) evidencia que la experiencia colectiva no depende solo de la edad, sino también de la posición social y de acontecimientos históricos compartidos (Ortner, 2016; Martin-Criado, 2009).

Estas aproximaciones confluyen en una crítica a la simplificación de la equidad intergeneracional como un mero asunto futuro. Al contrario, enfatizan la necesidad de responsabilidad compartida y actual, reconociendo que muchos impactos del cambio climático —particularmente en la infancia— son ya irreversibles o de larga duración (Dehm, 2022; Humphreys, 2022). Este artículo retoma estas perspectivas críticas para proponer un enfoque postpaternalista de la justicia ambiental intergeneracional, resaltando la necesidad de incorporar marcos complejos que integren diversas temporalidades y reconozcan la agencia presente de niños, niñas y adolescentes en la gobernanza climática y ambiental. Dicho enfoque reivindica la agencia política de los niños y niñas en la demanda y redefinición de sus derechos en el contexto de la crisis climática (Daly, 2022, 2023; Daly et al., 2024), al tiempo que se señala cómo la niñez no debe ser únicamente un emblema de vulnerabilidad futura sino un sujeto que experimenta violencia ambiental en el presente. En esta línea, Daly (2024) avanza en la elaboración de un marco de justicia adaptada a la infancia basado en la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), identificando cuatro ejes —acceso, participación, intereses y juicios— que resultan esenciales para que la justicia climática sea realmente intergeneracional.

El artículo se organiza en cuatro tramos enlazados: primero, recupera el origen y las tensiones actuales de la justicia ambiental intergeneracional en el derecho internacional; segundo, muestra cómo el litigio y la acción climática juvenil, con niñas y niños como actores centrales, desestabilizan esa tradición; tercero, introduce las temporalidades críticas —teoría queer y perspectivas decoloniales— para cuestionar la linealidad del tiempo jurídico; y cuarto, despliega una noción expandida de generación que visibiliza la superposición de cohortes y sus desigualdades internas. El hilo conductor culmina en una propuesta postpaternalista que asume la agencia infanto-juvenil como clave de una justicia ambiental realmente intergeneracional.

2. Bases conceptuales y tensiones en la justicia ambiental intergeneracional

La justicia ambiental intergeneracional hunde sus raíces en diversos instrumentos y desarrollos conceptuales del derecho internacional ambiental, estrechamente ligados con la idea de equidad entre generaciones (Brown Weiss, 1989). Sin embargo, desde sus formulaciones iniciales hasta las disputas contemporáneas, se ha visto atravesada por tensiones teóricas y prácticas que exigen una revisión crítica de sus supuestos, especialmente en el marco de la crisis climática actual (Dehm, 2022; Cusato, 2024).

Uno de los aportes pioneros proviene de Edith Brown Weiss (1989), quien sentó las bases de la justicia ambiental intergeneracional al proponer que cada generación actúa como administradora (trustee) de los recursos del planeta, con la obligación de legarlos en condiciones favorables a las generaciones futuras. Este planteo repercutió en documentos clave, como la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) y la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), que invocan la protección del clima «en beneficio de las generaciones presentes y futuras» (United Nations, 1992).

No obstante, esta perspectiva incorporaba también la noción de desarrollo sostenible, concebido como la satisfacción de las necesidades del presente sin comprometer las de los futuros habitantes (Brundtland, 1987). En la práctica, dicha idea se ha visto cuestionada por su aparente conciliación retórica entre crecimiento

económico y equidad ambiental, y por la insuficiente atención a las desigualdades intrageneracionales y las responsabilidades históricas (Moore, 2016; Grear, 2019). De ahí que algunos autores recalquen la urgencia de reformular la equidad intergeneracional para atender al daño acumulado por el Norte Global y la necesidad de una transición justa para los grupos más vulnerados (Fornalé, 2023).

A pesar de su aspiración universal, la justicia ambiental intergeneracional ha sido interpelada por diversas corrientes teóricas que advierten el riesgo de posponer la respuesta a la crisis bajo el argumento de la protección futura. En el derecho internacional, ello se traduce en la tendencia a fijar metas de largo plazo (por ejemplo, a 2050 o 2100) para la reducción de emisiones, sin asegurar mecanismos inmediatos de exigibilidad (Hilson, 2018; Dehm, 2022). Así, la mirada de «responsabilidad hacia las generaciones próximas» puede convertirse en una vía de escape para no rendir cuentas de los daños que –en el presente– ya experimentan comunidades marginalizadas, incluidas niñas, niños y adolescentes.

Además, autoras como Cusato (2024) señalan cómo la retórica lineal del progreso oculta una «distribución desigual de la futuridad» (Grove et al., 2022). Algunos grupos sociales –generalmente en el Sur Global– no solo padecen mayores impactos del cambio climático, sino que enfrentan la imposición de plazos inadecuados y decisiones tecnocráticas que raras veces incorporan su participación efectiva (Pahuja, 2011; Kotzé & Knappe, 2023). Esto evoca la necesidad de reconocer la dimensión espacial (extralocal y extraterritorial) de la responsabilidad climática, donde los Estados no pueden desentenderse de los impactos transfronterizos de sus políticas (Wewerinke-Singh, 2021).

Otro eje de tensión en la justicia ambiental intergeneracional radica en el sesgo antropocéntrico de gran parte de la normativa y la jurisprudencia ambiental. Si bien los instrumentos internacionales suelen invocar la protección del planeta para «las generaciones presentes y futuras» tienden a priorizar la continuidad del bienestar humano antes que el resguardo de la biodiversidad o los sistemas ecológicos en sí mismos (Grear, 2019). Desde visiones ecocéntricas o biocéntricas, se aboga por reconocer la agencia de lo no humano y se discute la necesidad de ampliar los sujetos de derecho para incluir la naturaleza (Boyd, 2017; De Sadeleer, 2022), superando la idea de que el planeta es tan solo un recurso a salvaguardar para la humanidad.

Esta controversia conecta con el concepto de responsabilidad intergeneracional: ¿qué se entiende por legado o bien común que se transmite a las generaciones venideras? Mientras el enfoque clásico apunta a la preservación de los recursos y el patrimonio común de la humanidad, enfoques más críticos demandan reconocer la agencia de la naturaleza y sus propios ritmos evolutivos. El caso del reconocimiento de «derechos de la naturaleza» (Montalván-Zambrano, 2024) sugiere caminos alternativos para reformular la justicia ambiental, implicando no solo la obligación de no dañar, sino la necesidad de restaurar y proteger activamente los ecosistemas.

La narrativa dominante sobre la intergeneracionalidad, ligada a la modernidad occidental (Pahuja, 2011; Anghie, 2006), también recibe críticas desde posturas decoloniales. Estas corrientes señalan la continuidad de un orden internacional en el que los países industrializados definen las reglas del desarrollo sostenible, perpetuando la marginalización histórica de poblaciones indígenas y comunidades rurales (Moore, 2016; Tzouvala, 2020). De este modo, la equidad intergeneracional corre el riesgo de convertirse en un discurso legitimador de la expansión capitalista, siempre que no confronte las estructuras coloniales y extractivistas (Grear, 2019; Cusato, 2024).

Algunas visiones decoloniales proponen reconectar la idea de justicia ambiental intergeneracional con formas locales y originarias de concebir la relación entre humanidad y naturaleza (Haraway, 2016; Taylor & Pacini-Ketchabaw, 2015). Por ejemplo, comunidades indígenas del Pacífico o de la Amazonía han introducido en litigios climáticos el concepto de «buen vivir» o «sumak kawsay», que difiere radicalmente de la progresión lineal enfocada en el crecimiento económico (Villalba, 2023). Por su parte, Christine Winter (2022) sugiere que la intergeneracionalidad ha de enraizarse en epistemologías que no privilegien el tiempo lineal, reconociendo la impronta de pasados coloniales y su gravitación en las opciones actuales. Así, se cuestiona la gramática temporal del desarrollo y se subraya la necesidad de asumir la responsabilidad ancestral, el cuidado transgeneracional y la reciprocidad con otros seres vivos. Esta crítica se entronca con la categoría de colonialidad del poder de Aníbal Quijano (2000) y con el pensamiento fronterizo de Walter Dignolo (2011), que evidencian cómo la modernidad no solo jerarquiza saberes y razas, sino que impone una temporalidad lineal —el relato del progreso—.

De esta forma, la justicia ambiental intergeneracional se configura como un terreno en disputa, cuyo andamiaje doctrinal original —centrado en la administración prudente de los recursos para las generaciones siguientes— se enfrenta a la complejidad de la crisis climática contemporánea y con las exigencias de responsabilidad inmediata. El reclamo de grupos tradicionalmente excluidos (sujetos racializados, minorizados y subordinados) demuestra que no basta con asegurar el planeta a futuro, sino que se requiere un marco que reconozca el carácter urgente de los daños ecológicos actuales, con efectos desproporcionados en algunos sectores de la población, como también la existencia de injusticias históricas y desequilibrios de poder en la configuración del desarrollo. La complejidad del escenario actual exige, a su vez, la posibilidad de conceptualizaciones más amplias de lo que se hereda y se transmite, repensando la categoría de generación a través de temporalidades otras, que no se limiten a postergar obligaciones, sino que se abran a la participación y la agencia de quienes viven y padecen el presente ecológico, entre ellos niños, niñas y adolescentes.

En suma, la noción de justicia ambiental intergeneracional requiere hoy una reformulación que supere la linealidad temporal, el paternalismo y la promesa abstracta de sostenibilidad. Como se verá en la siguiente sección, la participación de niños y niñas en litigios climáticos constituye un escenario donde estas tensiones conceptuales se hacen visibles, ya que la infancia irrumpe reclamando medidas urgentes, evidenciando la brecha entre los instrumentos y procedimientos normativos y la realidad fáctica de la crisis ecológica.

3. Litigio climático y acción infanto-juvenil: disputas legales y reconfiguración de la infancia

En los últimos años, el litigio climático se ha convertido en un ámbito decisivo para canalizar reclamos de justicia ambiental intergeneracional, especialmente a partir de la creciente movilización de niños, niñas y adolescentes (Donger, 2022; Parker et al., 2022). Al presentar demandas en tribunales nacionales e internacionales, la infancia desplaza la narrativa tradicional de la protección paternalista y se posiciona como sujeto político con voz propia (Daly, 2023). A continuación, se mencionan brevemente algunos litigios climáticos emblemáticos que ejemplifican cómo la niñez se posiciona como actor político y jurídico clave en la intersección entre derecho ambiental y derechos humanos. Estos casos no pretenden conformar un corpus ni constituyen un análisis exhaustivo, sino ilustrativo de la discusión conceptual, a los fines de explorar

cómo dichas acciones legales tensionan los fundamentos convencionales de la equidad intergeneracional, la figura jurídica de «infancia» y la temporalidad del litigio.

Las demandas climáticas impulsadas por niños, niñas y jóvenes constituyen un fenómeno relativamente nuevo, pero altamente simbólico (Fornalé, 2023). Un antecedente clave es *Oposa vs. Factorán* (Suprema Corte de Filipinas, 1993), donde un grupo de niños obtuvo la suspensión de licencias de tala masiva en defensa de las «generaciones venideras». Más cerca en el tiempo e inscriptos en un fenómeno más amplio de acción climática de niños y niñas, casos como *Juliana vs. United States*, iniciado en 2015, o *Sacchi et al. vs. Argentina* (2019) ante el Comité de los Derechos del Niño, ilustran la creciente tendencia a judicializar la inacción estatal frente a la crisis climática en términos de derechos de la niñez. Forman parte de esta misma tendencia varios procesos en América Latina analizados por Sarah Dávila (2023), en los que se evidencia el rol de la intergeneracionalidad en casos que invocan la solidaridad y la equidad como base para proteger el derecho a un ambiente sano tanto de quienes hoy habitan el territorio como de las generaciones por venir.

Uno de los primeros casos emblemáticos es el mencionado *Juliana vs. United States*, iniciado en 2015, en el que un grupo de jóvenes afirmó que la omisión gubernamental en materia de cambio climático vulneraba derechos constitucionales como el de la vida y la integridad, bajo la premisa de que un clima estable es esencial para su supervivencia futura (Peel & Osofsky, 2020). Aunque el proceso encontró obstáculos en las cortes federales –principalmente por razones procesales (standing, justiciabilidad)–, abrió el debate sobre la responsabilidad inmediata del Estado y sobre cómo la defensa de generaciones venideras no debe postergar las garantías a quienes hoy están expuestos a riesgos socioambientales (Hilson, 2018; Parker et al., 2022).

Por su parte, en *Sacchi et al. vs. Argentina*, 16 niños y adolescentes acusaron a cinco Estados (Argentina, Brasil, Francia, Alemania y Turquía) de violar sus derechos bajo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), al no adoptar medidas efectivas contra el cambio climático. Si bien el Comité declaró la petición inadmisibles por no haberse agotado las instancias domésticas, sentó un precedente al reconocer que los Estados pueden ser responsables por las emisiones transfronterizas que afectan los derechos de la infancia (Tigre & Lichet, 2021). Este caso mostró la dimensión extraterritorial de la crisis climática y la posibilidad de que la niñez reclame protección frente a daños globales (Parker et al., 2022). El caso sirvió, además, como catalizador de la Observación General 26 (Comité de los Derechos del Niño, 2023), en la que el Comité codifica el derecho de niñas y niños a «un ambiente limpio, sano y sostenible» y exige a los Estados respuestas ajustadas a la urgencia climática y respetuosas de los derechos de niños, niñas y adolescentes. A su vez, en los últimos dos años, se sumaron fallos paradigmáticos como *Held vs. Montana* y *Navahine vs. Hawai'i Department of Transport*, que por primera vez reconocen vulneraciones constitucionales y pactan planes de descarbonización gracias a demandantes de entre 10 y 18 años.

Un rasgo recurrente en los litigios liderados por la infancia es la colisión temporal, es decir, la tensión entre la urgencia climática y la lentitud de los procedimientos judiciales: la crisis climática exige respuestas inmediatas, mientras los procedimientos legales suelen prolongarse por años, o incluso décadas (Dehm, 2022; van Dijk, 2021). Muchos/as niños/as demandantes alcanzan la mayoría de edad antes de que sus casos concluyan, lo que cuestiona los supuestos de la «infancia» como etapa transitoria y revela la desincronización entre las temporalidades vitales y judiciales (Daly, 2023). Además, los requisitos de agotar las instancias domésticas pueden diluir la eficacia de los litigios, especialmente cuando la catástrofe ecológica

se torna inminente (Fornalé, 2023), con consecuencias ya palpables y vulneraciones de los derechos de niños y niñas ya ocurriendo en el presente. Ante ello, en *Sacchi et al. vs. Argentina*, los niños y niñas argumentaron que la naturaleza global de la crisis y su cualidad irreversible justificaban una vía directa ante el Comité, lo cual, si bien no fue aceptado, evidenció la necesidad de repensar la admisibilidad de casos con tinte ambiental y transfronterizo (Tigre & Lichet, 2021). En un trabajo previo, examiné este caso a partir de la categoría de «temporalidades en crisis» y mostré cómo la coexistencia de urgencia climática, violencia lenta y demoras procesales socava de forma específica los derechos presentes de la infancia y reclama criterios de admisibilidad y reparación que reconozcan esas múltiples temporalidades (Paz Landeira, 2025).

En el marco de este fenómeno global creciente, también se advierten tendencias regionales. En América Latina, por ejemplo, algunos litigios climáticos juveniles han entrelazado la protección de la niñez con la personalidad jurídica de la naturaleza. El caso *Álvarez y otros vs. Perú*, presentado por siete adolescentes, exige que la Amazonía sea reconocida como sujeto de derechos y que el Estado adopte una política de «deforestación cero», sosteniendo que resguardar a la infancia implica salvaguardar el ecosistema que hace posible su presente y su futuro. Esta demanda se inspiró a su vez en el fallo de la Corte Suprema de Colombia, en *Generaciones Futuras vs. Ministerio de Ambiente*, que acogió la tutela de 25 niños y niñas, declaró a la Amazonía colombiana entidad portadora de derechos propios y conectó esos derechos con los de la infancia y juventud y las generaciones venideras a la vida, la salud y un ambiente sano, ordenando un plan estatal para frenar la deforestación y mitigar el cambio climático. Estos precedentes muestran que la acción climática juvenil puede romper el molde antropocéntrico tradicional y consolidar una lectura intergeneracional y ecocéntrica del derecho humano a un ambiente sano.

Más allá de su diversidad jurisdiccional, los litigios climáticos juveniles comparten rasgos que explican su creciente centralidad. En primer lugar, la participación directa de niños, niñas y adolescentes como demandantes principales aporta legitimidad y potencia narrativa a las causas, aunque la amplitud y el impacto de esa participación aún requieren estudios cualitativos en profundidad. En segundo término, su argumentación se apoya en evidencia científica robusta, con referencia sistemática a los informes del IPCC, lo que vincula derechos presentes de la infancia con proyecciones climáticas (Parker et al., 2022). Tercero, estos casos movilizan marcos internacionales de derechos humanos, sobre todo la Convención sobre los Derechos del Niño (Daly, 2024), pero también revelan estrategias pragmáticas: muchos equipos jurídicos —provenientes del derecho ambiental más que del campo de infancia— optan por foros donde el *standing* es más amplio y no dependen de la edad de los demandantes, lo cual explica ciertas omisiones aparentes de la CDN. En cuarto lugar, revisitan la justicia intergeneracional al impugnar la lógica lineal «proteger hoy para mañana» y al exigir responsabilidad inmediata frente a daños presentes (Dehm, 2022; Hilson, 2018). Por último, su alta visibilidad mediática y simbólica incrementa la presión pública sobre los Estados, aun cuando enfrentan barreras procesales, costos elevados y la lentitud estructural de los sistemas judiciales. En conjunto, estos elementos convierten al litigio climático infanto-juvenil en un canal privilegiado para traducir la demanda de justicia climática intergeneracional en obligaciones jurídicas concretas, aunque siguen planteando retos prácticos que la investigación académica y la práctica jurídica deberán abordar.

A la luz de estos rasgos compartidos, resulta claro que las demandas climáticas con participación de niños y niñas han robustecido la idea de que la niñez es un actor con capacidad de agencia y no solo un colectivo vulnerable (Daly, 2022; Donger, 2022). Este cambio supone tensionar la noción legal de «el interés superior

del niño» –tradicionalmente interpretada de forma protectora– para ampliar su dimensión participativa y políticamente activa. Autoras como Daly (2023) plantean un enfoque postpaternalista, en el que se reconozca que niños, niñas y adolescentes contribuyen a definir los contenidos de sus derechos, e incluso a reinterpretar su alcance. Este enfoque supone romper con la idea de que los niños/as solo exigen protección por su futuro, entender que la infancia habita el presente ecológico con conciencia y agencia política, y reclamar herramientas procesales que aceleren la respuesta y no diluyan las obligaciones estatales (Hilson, 2018). Bajo esta lógica, los tribunales se enfrentan a la tarea de reconocer no solo la legitimación activa de niños y adolescentes, sino la posibilidad de dictar medidas preventivas y urgentes que impidan el deterioro paulatino del entorno donde se desarrolla su vida (Peel & Osofsky, 2020).

Más allá de sus repercusiones legales, los litigios climáticos juveniles generan un nuevo relato sobre la intergeneracionalidad. Al impugnar la lógica lineal –en la que las generaciones adultas toman decisiones hoy para el beneficio de las futuras–, la niñez ubica el foco en los daños ya presentes, cuestionando la idea de que la justicia ambiental concierne únicamente a un futuro lejano (Friberg, 2022). Se visibiliza así el hecho de que gran parte de la población infantil sufre desde ahora los impactos del cambio climático, y que esta exposición no puede disociarse de la condición de clase, género o etnia (Kotzé & Knappe, 2023).

En ese sentido, la niñez cataliza una reconfiguración de la justicia ambiental intergeneracional en varios frentes. En primer lugar, numerosos niños y jóvenes sufren los efectos del deterioro ambiental desde sus primeros años de vida, por lo que no consideran legítimo que las soluciones se difieran a plazos indefinidos. En segundo lugar, se consolida una crítica a la jerarquía adulta y el reclamo de una participación protagónica que supere el paternalismo jurídico y social. En tercer lugar, se evidencia la necesidad de análisis interseccionales que incorporen la dimensión de las desigualdades estructurales: no todos los niños pueden litigar; quienes lo hacen (generalmente con apoyo de ONGs) muchas veces provienen de contextos con acceso a recursos legales (Nolan, 2024).

En síntesis, el litigio climático infanto-juvenil pone de manifiesto las contradicciones entre la tradición jurídica de la justicia ambiental intergeneracional– formulada desde los adultos– y la experiencia de la infancia que exige responsabilidad inmediata y un cambio radical de las estructuras de poder. Estos litigios evidencian la urgencia de superar narrativas jurídicas paternalistas, reconociendo a niños y niñas como sujetos activos capaces de interpelar y redefinir sus derechos desde su agencia política presente, en línea con el enfoque postpaternalista que aquí se propone. Tal como veremos en la sección siguiente, esta búsqueda de nuevas respuestas se cruza con reflexiones sobre las temporalidades críticas, en particular la teoría queer, que cuestiona la linealidad reproductiva y la crononormatividad que tiende a encajonar a la niñez en un futuro que no termina de llegar.

4. Temporalidades críticas: aportes queer y (de)coloniales para repensar la intergeneracionalidad

La crisis climática no solo tensiona la linealidad de la justicia ambiental intergeneracional, sino que arroja a primer plano la existencia de múltiples temporalidades. En particular, los debates en torno a la crisis climática han cuestionado las nociones lineales de tiempo, progreso y reemplazo generacional (Nixon, 2011; Dehm, 2022). Diversos enfoques –desde la teoría queer hasta las epistemologías decoloniales– han propuesto lecturas alternativas de la temporalidad,

señalando que la linealidad reproduce jerarquías (adultocéntricas, heteronormativas o colonial-capitalistas) que marginan la experiencia y la agencia de ciertos grupos, incluidos los niños y niñas (Freeman, 2007; Haraway, 2016).

La teoría queer ha contribuido a dismantlar la concepción hegemónica de la temporalidad asociada al ciclo reproductivo heteronormativo (Edelman, 2014; Halberstam, 2018). El concepto de crononormatividad (Freeman, 2007) describe cómo las sociedades modernas organizan la vida en etapas sucesivas y predefinidas (infancia, adolescencia, adultez, vejez), asociadas a expectativas de producción, consumo y reproducción de la fuerza de trabajo (Rosa, 2013). En este entramado, la infancia se ubica como un estadio de preparación para la adultez, legitimando la tutela paternalista y la idea de un futuro «por-venir» (Balagopalan, 2024; Llobet, 2024). Frente a ello, la teoría queer cuestiona la noción de heterofuturibilidad, es decir, la idea de que la continuidad social se basa en la reproducción biológica y la familia nuclear (Anastasia, 2024; Platero, 2012). Si aplicamos este análisis al campo climático, vemos cómo la intergeneracionalidad puede tornarse un discurso que posterga acciones urgentes en nombre de las generaciones venideras, perpetuando la «lógica adulta» de la toma de decisiones. Para la infancia litigante, la crítica queer a la linealidad sugiere que no cabe esperar a «ser adultos» para tener voz, pues el presente es ya un espacio político propio. Así, la niñez reclama derechos y protagonismo, desestabilizando la visión crononormativa según la cual las «soluciones» ambientales deben madurar gradualmente en manos de un poder adulto (Daly, 2022; Halberstam, 2018).

Además de la teoría queer, los enfoques decoloniales muestran que la modernidad occidental ha impuesto un tiempo lineal y homogéneo que encubre la herencia de la colonialidad y la explotación de territorios y personas (Anghie, 2006; Tzouvala, 2020), a la vez que rescatan temporalidades «otras» no basadas en la sucesión lineal de generaciones. Por ejemplo, la propuesta de Donna Haraway (2016) sobre el «Chthuluceno» insta a repensar la interdependencia entre especies y la coevolución en lugar de imaginar al ser humano como un agente aislado que actúa sobre la naturaleza. A su vez, las perspectivas decoloniales han evidenciado cómo la modernidad/colonialidad instaló un tiempo homogeneizador, que ignora las concepciones cíclicas y relacionales del pasado, presente y futuro propias de muchas culturas indígenas (Moore, 2016; Tzouvala, 2020).

En varios contextos latinoamericanos, la reivindicación del buen vivir o «sumak kawsay» rescata la idea de que el cuidado del territorio y de las generaciones venideras no se reduce a un mandato lineal, sino que se enmarca en una reciprocidad continua con la naturaleza y los ancestros (Villalba, 2013). Autores como Arturo Escobar (2017) plantean el pluriverso y el buen vivir precisamente como temporalidades relacionales que desafían la cronología capitalista, mientras Walter Mignolo y Catherine Walsh (2018) reivindican la «desobediencia epistémica» —una praxis que fractura la teleología eurocéntrica y habilita horizontes plurales de porvenir.

Por su parte, basada en filosofías indígenas, Winter (2022) reflexiona sobre cómo el tiempo coloniza la teoría intergeneracional y destaca que la responsabilidad trasciende la noción de un «legado» progresivo. Este enfoque plantea la reciprocidad con las generaciones anteriores y con lo no humano, sin fijar una frontera clara entre lo que pertenece al «hoy» y lo que vendrá mañana. Así, la intergeneracionalidad deja de ser una simple «deuda con el futuro» para concebirse como una red de vínculos con seres humanos, no humanos y con quienes vinieron antes (Kotzé & Knappe, 2023). Estas aproximaciones implican revisar la premisa de que cada generación «hereda» o «transfiere» un planeta a la siguiente. En lugar de ello, se enfatiza la cocreación de un mundo que se transforma permanentemente en el entrelazamiento

de tiempos y existencias (Haraway, 2016; Ingold, 2024). Desde este punto de vista, la niñez se hace visible como parte constitutiva del presente ecológico, al mismo nivel que otras identidades generacionales.

La introducción de estas temporalidades críticas en la justicia ambiental intergeneracional lleva a cuestionar el modelo lineal de transmisión de recursos entre generaciones y la tendencia a fijar metas lejanas para reducir emisiones o conservar ecosistemas. El postulado de un futuro abierto se matiza al asumir que hay condiciones ineludibles heredadas del pasado –responsabilidades históricas, estructuras coloniales y desigualdades persistentes– que constriñen las posibilidades de cambio (Cusato, 2024). Sin embargo, la agencia infantil y juvenil muestra que, pese a esas limitaciones, el presente no es pasivo: allí se pueden ensayar interrupciones, como la ha descrito Friberg (2022) al estudiar cómo movimientos como Extinction Rebellion o Fridays for Future irrumpen en la cronología usual y reabren horizontes de acción a corto plazo. Así, la intergeneracionalidad deja de ser un discurso sobre el futuro para volverse un proceso político que implica la co-creación de mundos posibles, con el reconocimiento de condicionantes históricos y la apertura a la participación de la infancia. Este horizonte se integra con la próxima sección, que abordará específicamente la noción de «generación» y su potencial para articular un enfoque más complejo y no binario de la intergeneracionalidad.

5. La noción de «generación»: revisiones teóricas y aportes para la justicia ambiental intergeneracional

La discusión sobre justicia ambiental intergeneracional se ha enmarcado frecuentemente en una idea lineal de transmisión de recursos o de pasivos ambientales de una generación adulta a otra «por venir» (Brown Weiss, 1989; Daly, 2023). Sin embargo, el análisis previo de las temporalidades críticas y la emergencia de la infancia como actor político sugiere la necesidad de revisar la propia noción de «generación» (Medan y Chmiel, 2024). Este concepto, tal y como se ha empleado en la sociología clásica (Mannheim, 1928), puede ayudar a matizar la linealidad cronológica habitual y a reconocer múltiples condicionantes –históricos, culturales, de clase, de género– que atraviesan la pertenencia generacional (Ortner, 2016; Martín-Criado, 2009). En este apartado, abordaremos distintos enfoques que enriquecen la comprensión de «generación» y su relevancia para la intergeneracionalidad ambiental.

En la sociología clásica, Karl Mannheim (1928) planteó que la mera coincidencia etaria (nacer en el mismo lapso cronológico) no basta para definir una «generación». Más bien, hay que considerar cómo los individuos –situados en posiciones sociales concretas– participan de acontecimientos históricos o «experiencias formativas» que dan lugar a una conciencia generacional común. Así, coexisten dentro de una misma «generación cronológica» múltiples subgrupos que viven el tiempo histórico de maneras diferenciadas (Mannheim, 1928; Ortner, 2016).

Para el campo de la justicia ambiental intergeneracional, esto supone reconocer que no todas las personas nacidas en la misma época comparten idénticas responsabilidades ni idénticos impactos climáticos (Kotzé & Knappe, 2023). Por ejemplo, los niños de contextos urbanos en países industrializados pueden enfrentar niveles de vulnerabilidad y de acción política muy distintos a los de zonas rurales o insulares en el Sur Global (Sarlo, 2005; Parker et al., 2022). Por ende, la sociología de Mannheim pone de relieve que la idea de una generación humana responsable o damnificada por el cambio climático debe complejizarse mediante la inserción en estructuras de desigualdad (Moore, 2016).

Una visión tradicional del paso del tiempo concibe las generaciones como capas sucesivas: la generación adulta cede su lugar a la siguiente, y así sucesivamente. Sin embargo, Tim Ingold (2024) ha propuesto sustituir esta metáfora de capas por la de una soga: cada fibra (generación) se entrelaza con otras de distinta longitud, manteniendo una continuidad inestable y dinámica. Este símil desafía la idea de un reemplazo escalonado y resalta la co-creación de un tejido social en el que diversas generaciones coexisten en el presente.

El entrelazamiento permanente que describe Ingold (2024) se adecúa a la constatación de que la niñez no está simplemente por llegar a la adultez, sino que incide en la configuración ecológica actual. Además, tal planteamiento sintoniza con la perspectiva queer del tiempo no lineal (Freeman, 2007) y con cosmovisiones decoloniales que resaltan la presencia simultánea de pasados, presentes y futuros (Haraway, 2016; Tzouvala, 2020). A partir de esta analogía, la justicia ambiental intergeneracional requeriría no solo atender a un futuro, sino a la superposición de generaciones que coexisten y se afectan mutuamente.

Si bien la metáfora de la soga y las reflexiones sociológicas amplían la mirada, aún persiste la necesidad de incorporar la dimensión de las desigualdades. Pensar las generaciones sin considerar la clase, el género, la etnia o la procedencia geopolítica puede llevar a lecturas homogéneas y anacrónicas (Ortner, 2016; Sarlo, 2005). El activismo climático juvenil lo deja claro: ser «generación joven» no brinda el mismo acceso a la litigación ni conlleva el mismo nivel de impacto climático para un adolescente indígena en la Amazonía o para un joven urbano en Europa (Kotzé & Knappe, 2023; Parker et al., 2022).

La justicia ambiental intergeneracional, así, enfrenta el reto de no confundir la categoría de «nueva generación» con un bloque homogéneo. Para ello, se requiere examinar la posición social y la intersección de factores que determinan quién tiene voz en los espacios de decisión y de denuncia (Bourdieu, 1990; Martín-Criado, 2009). Por ende, el reconocimiento de desigualdades intrageneracionales es clave para que la equidad intergeneracional no se convierta en un mero discurso que oculte fracturas internas (Moore, 2016).

El concepto de «generación» reformulado desde estas perspectivas aporta un marco valioso para la propuesta de un futuro abierto (Halberstam, 2018). La niñez deja de ser vista como simple relevo etario para ser reconocida como co-constructora de la trama generacional en curso. Este enfoque contrasta con la idea lineal de que la generación adulta «hace el futuro» para la generación infantil. Al contrario, la «generación en la niñez» ya participa de un tejido con generaciones adultas y futuras, influenciando políticas, tomas de decisión y relatos sobre el futuro (Daly, 2023; Ingold, 2024). Se configura así una lectura más horizontal y dinámica de la intergeneracionalidad, que enfatiza la dimensión colaborativa y no jerárquica del tiempo social (Freeman, 2007; Haraway, 2016).

En síntesis, la revisión del concepto de generación pone en evidencia la existencia de múltiples generaciones dentro de una misma cohorte temporal, mediadas por la posición social (Ortner, 2016); la necesidad de trascender la linealidad capa a capa y abrirse a la superposición de fibras generacionales (Ingold, 2024); la agencia activa de la niñez en la definición del presente ecológico (Kotzé & Knappe, 2023; Parker et al., 2022). La conjunción de estas ideas desemboca en la urgencia de reimaginar la justicia ambiental intergeneracional desde una perspectiva no solo de protección de un hipotético futuro, sino de colaboración transversal entre generaciones que coexisten hoy. Esta noción se enlaza con la siguiente y última sección, donde se propondrá una síntesis postpaternalista y crítica (Daly et al., 2024).

que aúne las discusiones sobre temporalidades, litigación climática juvenil y teorías de la generación para la construcción de un marco más inclusivo y efectivo de justicia ecológica.

6. Hacia un enfoque postpaternalista y complejo de la justicia ambiental intergeneracional

Las discusiones desarrolladas en las secciones anteriores –sobre el potencial desajuste entre la urgencia climática y los tiempos jurídicos, la crítica queer a la crononormatividad, las perspectivas decoloniales y la revisión de la noción de generación– apuntan a la necesidad de un nuevo marco conceptual para la justicia ambiental intergeneracional. Aunque la justicia ambiental intergeneracional tiende a enfatizar la protección de generaciones venideras, los litigios juveniles y la crisis climática misma evidencian la necesidad de responsabilidad inmediata (Donger, 2022; Parker et al., 2022). El cambio climático no es un fenómeno distante, sino un proceso en curso cuyos impactos ya afectan a la niñez, de múltiples maneras (Daly, 2023). Este marco debería trascender la visión lineal y paternalista, avanzando hacia lo que Aoife Daly ha denominado un enfoque postpaternalista (Daly, 2022; Daly et al., 2024).

Para superar el paternalismo, se requiere una reconfiguración de la concepción de infancia como sujeto capaz de influir en la agenda pública y en la producción jurídica (Daly, 2022; Donger, 2022). Este cambio implica formalizar la participación infantil en la toma de decisiones ambientales (comités, consultas previas, audiencias) no solo como un gesto simbólico, sino con efectos vinculantes (Nolan, 2024). A su vez, implica una reinterpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño y una complejización del principio del «mejor interés» para reconocer que la niñez define y expresa sus intereses, particularmente en asuntos climáticos que, además, tienen repercusiones inmediatas y a largo plazo (Daly, 2023). Por otra parte, sugiere la necesidad de revisar la edad como criterio fijo: el litigio climático muestra cómo el cambio de estatus etario (al llegar a la mayoría de edad) no debería anular la legitimación adquirida como menor, ni las responsabilidades estatales que se originaron entonces (Van Dijk, 2021).

A su vez, la incorporación de las temporalidades críticas (teoría queer, visiones decoloniales, cosmovisiones indígenas) y la crítica a la linealidad exigen que la justicia ambiental intergeneracional asuma la coexistencia de diversos ritmos y experiencias (Dehm, 2022; Haraway, 2016). Ello sugiere la necesidad de flexibilizar los plazos procesales y los criterios de legitimación activa, de modo que no se imponga una cronología adulta a la participación de niños, niñas y adolescentes (Fornalé, 2023; Kotzé & Knappe, 2023). Como se ha señalado, esto debe a su vez complementarse con un análisis interseccional de factores como clase, etnia o género, entendiendo que no todas las generaciones infantiles son iguales ni soportan la crisis de la misma manera (Ortner, 2016).

Por último, se propone adoptar una lógica de co-creación del futuro, en vez de la noción de «legado» de una generación a otra (Ingold, 2024). Esto se traduce en instancias de diálogo y responsabilidad compartida, que reconozca que adultos y niños/as forman parte de un presente común, y cada cual aporta soluciones, experiencias y visiones para la acción climática y para la proyección de un futuro abierto y disputado, en el cual las infancias poseen legitimación social y jurídica para incidir de manera inmediata. Cabe aclarar que la idea de futuro abierto no implica desconocer ni menospreciar las acciones pasadas y los daños ya consumados. Las transformaciones del clima y la degradación de ecosistemas han avanzado de tal

modo que, como señala Humphreys (2022), el futuro no puede concebirse como un lienzo totalmente vacío. Existen limitaciones heredadas –coloniales, industriales y de inequidad– que condicionan las rutas posibles. Sin embargo, la acción disruptiva de la infancia indica que incluso bajo tales restricciones, hay margen para la innovación y la implementación de medidas urgentes que impidan la continuidad de la violencia ambiental. La justicia ambiental intergeneracional se expande así a un proyecto político que combina la revisión crítica del pasado, el reconocimiento de la crisis presente y la apertura de horizontes de cooperación entre generaciones que no siguen una secuencia fija.

Así, la transición hacia un paradigma postpaternalista no solo involucra reformas legales y procesales, sino una transformación cultural en la que la niñez es reconocida como un componente central del entramado temporal y ecológico. En la siguiente sección, a modo de cierre, sintetizaremos los hallazgos e implicaciones de esta propuesta, así como sus desafíos para la agenda del derecho ambiental internacional y la teoría de los derechos de la infancia.

7. Conclusiones

La justicia ambiental intergeneracional se concibió inicialmente como la obligación de la generación presente de no hipotecar el ambiente para las generaciones futuras (Brown Weiss, 1989). Sin embargo, la irrupción de niñas, niños y jóvenes en los litigios y en la acción climática revela la insuficiencia de esta visión lineal y paternalista. Por un lado, la crisis ecológica demanda acciones inmediatas, mientras los procesos jurídicos se prolongan y postergan los derechos de quienes ya experimentan el deterioro ambiental (Dehm, 2022; Parker et al., 2022). Por otro lado, la teoría queer y las perspectivas decoloniales muestran cómo el tiempo no es un simple trayecto progresivo, sino un entramado en el que presente, pasado y futuro se superponen (Freeman, 2007; Haraway, 2016). La infancia habita ese entramado con una agencia que no debería supeditarse al «futuro», desafiando la crononormatividad que asocia la niñez exclusivamente a la vulnerabilidad. Más allá de la retórica sobre el progreso y la sostenibilidad, la crisis climática urge a asumir responsabilidades inmediatas y a reconocer la capacidad de incidencia de quienes, aun siendo niños y niñas, coexisten en el presente ecológico y llevan años viviendo bajo la amenaza de la degradación ambiental.

Los litigios con participación de niños y niñas expresan una demanda de responsabilidad que no admite esperas. Sin embargo, la realidad histórica –marcada por la herencia colonial y el capitalismo extractivo– impone límites que matizan la idea de un «futuro abierto» (Cusato, 2024). Aun así, los esfuerzos judiciales y movilizaciones como *Fridays For Future* o *Extinction Rebellion* demuestran la capacidad disruptiva de la niñez y la juventud para forzar transformaciones en el presente (Friberg, 2022). Esta paradoja, donde el pasado condiciona pero no clausura la posibilidad de actuar, se vuelve central en la propuesta postpaternalista que reivindica la voz infantil en la gobernanza ecológica (Daly, 2022). En lugar de una relación unidireccional –la generación adulta que protege a la siguiente– se plantea un diálogo continuo entre distintas cohortes que, como sugiere Ingold (2024), se entrelazan en una soga más que sucederse en capas.

Esta concepción implica comprender que las asimetrías de clase, género, etnia y localización geopolítica atraviesan a las mismas generaciones, por lo que no es válido hablar de «la generación joven» sin reconocer sus desigualdades internas (Ortner, 2016). A la vez, se requiere adaptar las instituciones jurídicas a la premura de la crisis, habilitando medidas cautelares o vías procesales que no diluyan la tutela cuando los daños ambientales se materializan ante los ojos de la infancia (Kotzé y

Knappe, 2023). Con ello, no se desconoce el peso del pasado ni la imposibilidad de un porvenir completamente nuevo (Winter, 2022), sino que se asume la corresponsabilidad de quienes hoy coexisten –adultos y niños– en la cocreación de un presente y un futuro más justos. De esta manera, la justicia ambiental intergeneracional deja de ser un asunto diferido y se traduce en un desafío político inmediato, donde la niñez no es un símbolo a proteger mañana, sino un actor político que cuestiona las narrativas lineales y reclama derechos que ya deben satisfacerse. Este horizonte postpaternalista e interseccional confirma que reconocer la agencia infanto-juvenil no resta protección, sino que la redefine como cuidado co-decيدido y políticamente activo, condición indispensable para una justicia ambiental intergeneracional verdaderamente transformadora. La adopción del enfoque aquí planteado exigiría, en la práctica, modificaciones jurídicas y procesales orientadas a reconocer formas inmediatas y efectivas de participación infantil, así como flexibilizar criterios temporales para abordar los litigios climáticos de manera más ajustada a la urgencia real.

Bibliografía

- Anastasia, P. (2024). *Queer (Tiempo)*. En A. Kozel, S. Grinberg y M. Farinetti (Eds.), *Léxico crítico del futuro*. Buenos Aires: UNSAM Edita (s/n).
- Anghie, A. (2006). The evolution of international law: Colonial and postcolonial realities. *Third World Quarterly*, 27(5), 739-53. doi: <https://doi.org/10.1080/0143659060078001>
- Balogopalan, S. (2024). On racialized linear time and temporal 'othering'. *Childhood*, 31(2), 143-151.
- Bourdieu, P. (1990). *The logic of practice*. Stanford University Press.
- Boyd, D. (2017). *The Rights of Nature: A Legal Revolution That Could Save the World*. ECW Press.
- Brundtland, G. H. (1987). *Our common future: report of the World Commission on Environment and Development*. Oxford University Press.
- Brown Weiss, E. (1989). *In fairness to future generations: International law, common patrimony, and intergenerational equity*. Transnational Publishers.
- Comité de los Derechos del Niño. (2023). Observación general n.º 26 sobre los derechos de los niños y el entorno natural (CRC/C/GC/26, 22 de agosto de 2023).
- Cusato, E. (2024). Progress and Linear Time: International Environmental Law and the Uneven Distribution of Futurity. *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 84(4), 865-893. doi: <https://doi.org/10.17104/0044-2348-2024-4-865>
- Daly, A. (2024). Child and Youth Friendly Justice for the Climate Crisis: Relying on the UN Convention on the Rights of the Child. *The International Journal of Children's Rights*, 32(3), 632-661. doi: <https://doi.org/10.1163/15718182-32030002>
- Daly, A. (2023). Intergenerational rights are children's rights: Upholding the right to a healthy environment through the UNCRC. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 41(3), 132-154.
- Daly, A. (2022). Children/youth climate advocates 'doing' rights themselves: Post-paternalism for the UN Convention on the Rights of the Child? *Childism*. <https://www.childism.org/post/children-youth-climate-advocates-doing-rights-themselves-post-paternalism> (last accessed 2025-02-20).
- Daly, A., Maharjan, N., Montesinos Calvo-Fernández, E., Muller, L. H., Murray, E. M., O'Sullivan, A., Paz Landeira, F., y Reid, K. (2024). Climate Action and the UNCRC: A 'Postpaternalist' World Where Children Claim Their Own Rights. *Youth*, 4(4), 1387-1404. doi: <https://doi.org/10.3390/youth4040088>

- Dávila, S. (2023). Rights of present and future generations to a healthy environment: An analysis in intergenerational equity and solidarity in Latin America. *Latin American Legal Studies*, 12, 370-426. doi: <https://doi.org/10.15691/0719-9112Vol12n1a9>
- De Sadeleer, N. (2021). *Environmental principles: From political slogan to legal rules* (2.^a ed.). Oxford University Press.
- Dehm, J. (2022). The temporalities of environmental human rights. En K. McNeilly & B. Warwick (Eds.), *The times and temporalities of international human rights law* (pp. 33-58). Hart Publishing.
- Donger, E. (2022). Children and Youth in Strategic Climate Litigation: Advancing Rights through Legal Argument and Legal Mobilization. *Transnational Environmental Law*, 11(2), 263-289. doi: <https://doi.org/10.1017/S2047102522000218>
- Edelman, L. (2014). *No al futuro: La teoría queer y la pulsión de muerte*. Egales.
- Escobar, A. (2017). *Designs for the Pluriverse: Radical Interdependence, Autonomy, and the Making of Worlds*. Duke University Press.
- Fornalé, E. (2023). Vulnerability, intertemporality, and climate litigation. *Nordic Journal of Human Rights*, 41(4), 357-377.
- Freeman, E. (2007). Introduction. *GLQ: A Journal of Lesbian and Gay Studies*, 13(2-3), 159-176. doi: <https://doi.org/10.1215/10642684-2006-029>
- Friberg, A. (2022). Disrupting the present and opening the future: Extinction Rebellion, Fridays for Future, and the Disruptive Utopian Method. *Utopian Studies*, 33(1), 1-17. doi: <https://doi.org/10.5325/utopianstudies.33.1.0001>
- Grear, A. (2019). "Anthropocene time"? A Reflection on Temporalities in the "New Age of the Human". En A. Philippopoulos-Mihalopoulos (Ed.), *The Routledge handbook of law and theory* (pp. 297-315). Routledge.
- Grove, K., Rickards, L., Anderson, B., y Kearnes, M. (2022). The uneven distribution of futurity: Slow emergencies and the event of COVID-19. *Geographical Research*, 60(1), 6-17.
- Halberstam, J. (2018). *El arte queer del fracaso*. Egales.
- Haraway, D. (2016). *Staying with the trouble: Making kin in the Chthulucene*. Duke University Press.
- Hilson, C. (2018). Framing time in climate change litigation. *Oñati Socio-Legal Series*, 9(3), 361-379. doi: 10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1063.
- Humphreys, S. (2022). Against future generations. *European Journal of International Law*, 33(4), 1061-1092. doi: <https://doi.org/10.1093/ejil/chac068>
- Ingold, T. (2024). *The Rise and Fall of Generation Now*. Polity.
- Kotzé, L. J., & Knappe, H. (2023). Youth movements, intergenerational justice, and climate litigation in the deep time context of the Anthropocene. *Environ. Res. Commun.* 5 025001. doi: <https://doi.org/10.1088/2515-7620/acaa21>
- Llobet, V. (2024). Infancia. En: A. Kozel, S. Grinberg y M. Farinetti (eds.), *Léxico crítico del futuro*. Buenos Aires: UNSAM Edita.
- Mannheim, K. (1928). The problem of generations. En *Essays on the Sociology of Knowledge* (pp. 276-322). Routledge.
- Martin-Criado, E. (2009). Clases de edad / generaciones. En R. Reyes (Dir.), *Diccionario crítico de ciencias sociales*, 1 (pp. 345-350). Plaza y Valdés.
- Medan, M. & Chmiel, F. (2024). Generación. En: A. Kozel, S. Grinberg y M. Farinetti (eds.), *Léxico crítico del futuro*. Buenos Aires: UNSAM Edita.
- Mignolo, W. D. (2011). *The Darker Side of Western Modernity: Global Futures, Decolonial Options*. Duke University Press.
- Mignolo, W & Walsh, C. (2018). *On Decoloniality: Concepts, Analytics, Praxis*. Duke University Press. doi: <https://doi.org/10.2307/j.ctv11q9616>
- Montalván-Zambrano, D. (2024). El derecho ecológico frente a los límites del derecho antropocéntrico. *Revista de Estudios Políticos*, 204, 61-93. doi:

- <https://doi.org/10.18042/cepc/rep.204.02>
- Moore, J. (2016). *Anthropocene or Capitalocene? Nature, history, and the crisis of capitalism*. PM Press.
- Nolan, A. (2024). Children and Future Generations' Rights before the Courts: The Vexed Question of Definitions. *Transnational Environmental Law*, 13(3), 522-546. doi: doi:10.1017/S2047102524000165
- Nixon, R. (2011). *Slow violence and the environmentalism of the poor*. Harvard University Press.
- Ortner, S. (2016). Generación X: La antropología en un mundo saturado de medios de comunicación. En Ortner, S., *Antropología y teoría social: Cultura, poder y agencia* (pp. 97-125). UNSAM Editra.
- Pahuja, S. (2011). *Decolonising international law: Development, economic growth and the politics of universality*. Cambridge University Press.
- Parker L., Mestre, J., Jodoin, S. y Wewerinke-Singh, M. (2022). When the kids put climate change on trial: youth-focused rights-based climate litigation around the world, *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 64-89. doi: <https://doi.org/10.4337/jhre.2022.01.03>
- Paz Landeira, F. (2025). Temporalities in Crisis: Analysing the Sacchi v. Argentina Case and Children's Rights in the Climate Emergency. *Children & Society*, 39(4), 854-863. doi: <https://doi.org/10.1111/chso.12955>
- Peel, J., y Osofsky, H. M. (2020). *Climate change litigation*. Cambridge University Press.
- Platero, L. (2012). La 'heterofuturibilidad' del matrimonio homosexual. *Pikara Magazine*.
- Quijano, A. (2000). Coloniality of Power and Eurocentrism in Latin America. *International Sociology*, 15(2), 215-232.
- Rosa, H. (2013). *Social acceleration: A new theory of modernity*. Columbia University Press.
- Sarlo, B. (2005). *Tiempo pasado: Cultura de la memoria y giro subjetivo*. Siglo Veintiuno.
- Taylor, A., y Pacini-Ketchabaw, V. (2015). Learning with children, ants, and worms in the Anthropocene. *Pedagogy, Culture & Society*, 23(4), 507-529.
- Tigre, M. A., & Lichet, V. (2021). The CRC decision in Sacchi v. Argentina. *ASIL Insights*, 25(26). https://www.asil.org/sites/default/files/ASIL_Insigh
- Tzouvala, N. (2020). *Capitalism as civilisation: A history of international law*. Cambridge University Press.
- United Nations. (1992). United Nations Framework Convention on Climate Change. <https://unfccc.int/>
- Van Dijk, N. (2021). From exacerbating the Anthropocene's problems to intergenerational justice: An analysis of the communication procedure of the human rights treaty system. *Earth System Governance*, 10, 100-123. doi: <https://doi.org/10.1016/j.esq.2021.100123>
- Villalba, U. (2013). Buen vivir vs. development: A paradigm shift in the Andes? *Third World Quarterly*, 34(8), 1427-1442.
- Wewerinke-Singh, M. (2021). Between cross-border obligations and domestic remedies: The Committee on the Rights of the Child's decision on Sacchi v. Argentina. Leiden Children's Rights Observatory.
- Winter, C. (2022). *Subjects of Intergenerational Justice: Indigenous Philosophy, the Environment and Relationships*. Routledge.

Empleo público

Public employment

Joseba García Celada
Ministerio de Empleo y Seguridad Social
josebagarc@gmail.com

Cita recomendada:

García Celada, J. (2025). Empleo público. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29 pp. 322-337.
DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9857>

Recibido / received: 26/05/2025
Aceptado / accepted: 07/07/2025

Resumen

El empleo público tiene una evidente repercusión en dos aspectos de vital relevancia para cualquier país. Por un lado, tiene una significativa importancia como parte de los puestos de trabajo que ocupa la población activa y, por tanto, es determinante en los niveles de ocupación del conjunto del mercado de trabajo, y por otro lado la calidad de los recursos humanos de las Administraciones Públicas está directamente asociada a la posibilidad de estas para prestar los servicios que se comprometen a facilitar a la sociedad y su capacidad garantizar los derechos de los ciudadanos. La crisis económica de 2008 tuvo una importante repercusión en el recorte de plantillas que ha llevado a una insostenible situación que sólo se ha empezado a tratar de compensar en los últimos cuatro años, si bien de forma aún insuficiente para las necesidades, en especial de la Administración General del Estado y de sectores concretos como la sanidad y la educación.

Palabras clave

Empleo, personal funcionario, temporalidad, personal interino, personal laboral, administraciones públicas.

Abstract

Public employment has an obvious impact on two aspects of vital relevance for any country. On the one hand, it is of significant importance as part of the jobs occupied by the active population and, therefore, it is decisive in the employment levels of the labour market as a whole, and on the other hand, the quality of the human resources of the Public Administrations is directly associated with the possibility of these to provide the services that they undertake to provide to society and their ability to guarantee the rights of the public administrations. of the citizens. The economic crisis of 2008 had a significant impact on the reduction of staff that has led to an unsustainable situation that has only begun to be arranged in the last four years, although still insufficient for the needs, especially of the General State Administration and specific sectors such as health and education.

Keywords

Employment, civil servants, temporary employment, interim staff, contract staff, public administrations.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Evolución del empleo público. 3. La externalización de los servicios públicos. 4. La temporalidad en las Administraciones Públicas. 5. El envejecimiento de las plantillas. 6. Conclusiones.

1. Introducción

El empleo público tiene una evidente repercusión en dos aspectos de vital relevancia para cualquier país. Por un lado, tiene una significativa importancia como parte de los puestos de trabajo que ocupa la población activa y, por tanto, es determinante en los niveles de ocupación del conjunto del mercado de trabajo, y por otro lado la calidad de los recursos humanos de las Administraciones Públicas está directamente asociada a la posibilidad de estas para prestar los servicios que se comprometen a facilitar a la sociedad y su capacidad garantizar los derechos de los ciudadanos.

En relación con el primero de los aspectos, es clave señalar que el empleo público tiene unos ciclos de crecimiento o contracción que difiere en periodos cortos de tiempo con los ciclos del empleo privado. Es decir, el empleo público reacciona con retardo a los ciclos económicos. Esto se debe a factores como el periodo en el que se determinan las ofertas de empleo público (3 años con carácter general), los procesos para su dotación presupuestaria, la posterior publicación de las convocatorias y la duración de los procesos de selección. Como consecuencia, si durante un periodo de crisis se reduce el empleo privado disponible, el sector público en cambio pueda seguir creciendo durante algún tiempo y, de forma equivalente, cuando crece el nivel de empleo privado, pueda producirse durante un tiempo un menor crecimiento o incluso una reducción de las plazas ofertadas por el sector público y efectivamente cubiertas.

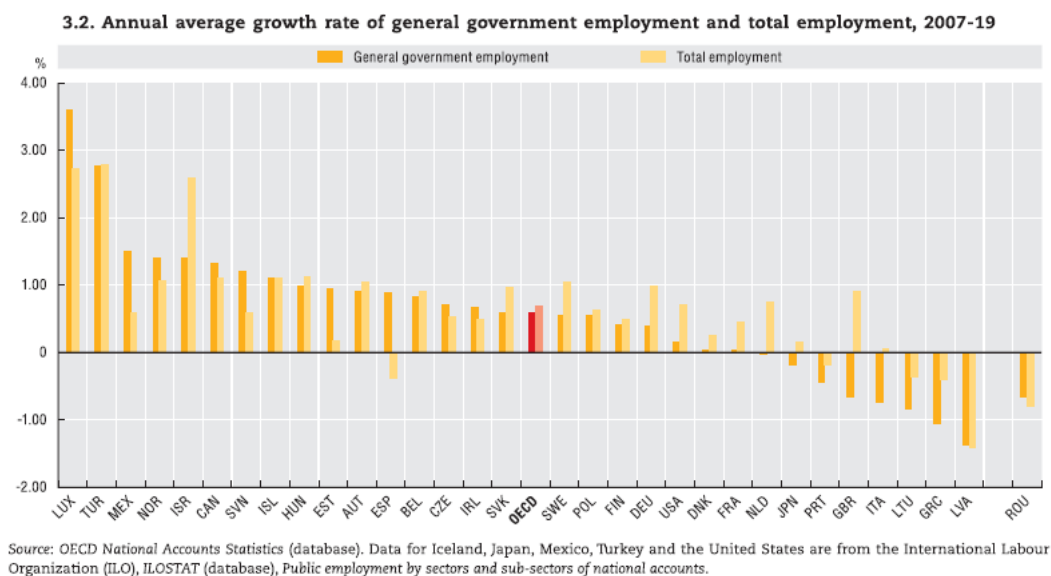
Teniendo en cuenta este comportamiento diferencial, podemos analizar la situación del empleo público a partir de la crisis económica de 2008 y su evolución hasta la actualidad, así como la previsible proyección, en el contexto de los países de la OCDE y el distinto comportamiento de las diversas administraciones públicas y los diferentes sectores.

En relación con el segundo de los aspectos, en un Estado constitucionalmente descentralizado, es fundamental estudiar de forma separada la variación en el empleo público a nivel central (en la Administración General del Estado) y la variación en el empleo del conjunto de las demás administraciones públicas (especialmente a nivel autonómico), así como estas variaciones afectan a la capacidad de cada uno de estos niveles administrativos para prestar sus servicios públicos.

2. Evolución del empleo público

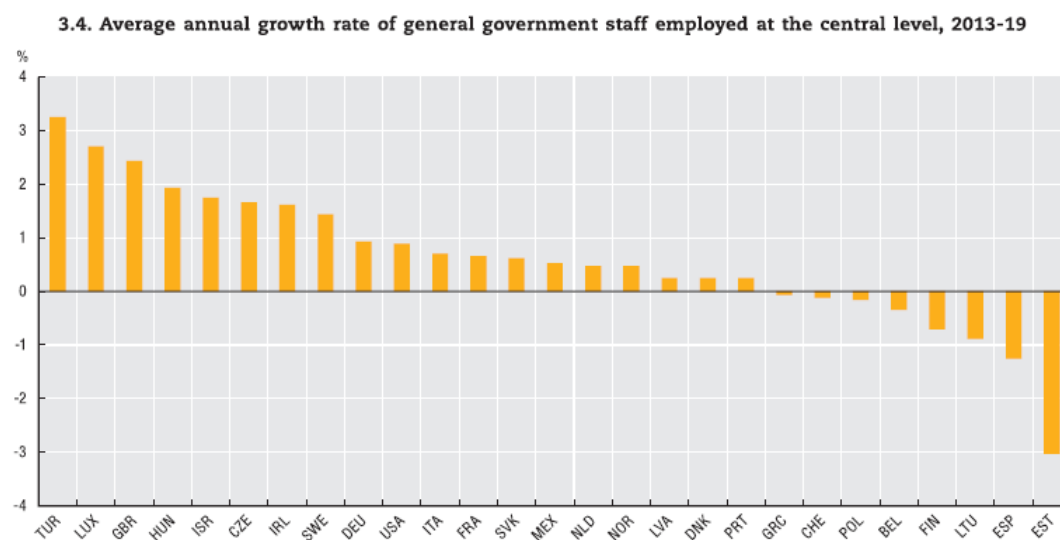
Entre 2007 y 2019, en 10 países de la OECD, el empleo en la administración general creció con más fuerza que el empleo total, las mayores diferencias se dieron en España (donde la diferencia fue de 1,24 puntos), México (0.94 puntos) y Luxemburgo (0.88 puntos).

Como se puede ver en la figura 1, el caso español presenta la peculiaridad, la anomalía en términos comparativos, de que el nivel general de empleo disminuyó, por lo que el diferencial de crecimiento del empleo público ha de ponderarse conforme a esa situación (OECD, 2021).



Gráfica 1 – Fuente: OECD National Accounts Statistics (database).

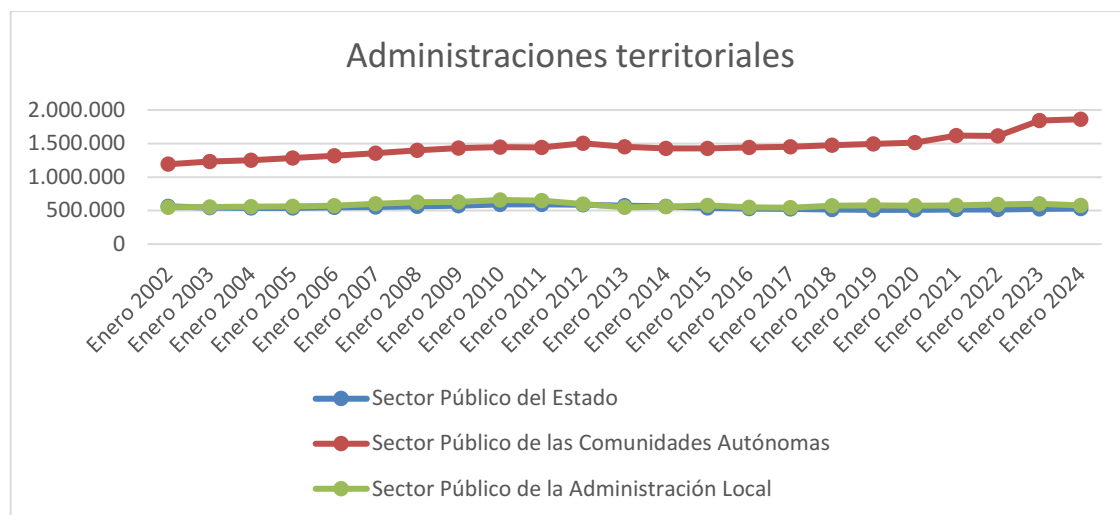
Entre 2013 y 2019, es decir justo después de la crisis económica de 2008 y como consecuencia de las medidas adoptadas para afrontarla, **el número de empleados de administración general del gobierno central cayó en España un 1,2% anual**, caída sólo superada por Estonia, 3% anual, y seguida por Lituania, 0.9%.



Gráfica 2 – Fuente: International Labour Organization (ILO), ILOSTAT (database), Public employment.

Centrándonos ahora en el crecimiento del empleo público en su conjunto, observamos que las dotaciones de las administraciones públicas españolas crecieron a lo largo del periodo 2002-2024. Primero incrementándose el número de efectivos hasta 2012, después con una ligera bajada 2013-2015, reflejo de los recortes adoptados ante la crisis económica de 2008 (efectos del retardo ya comentado).

Se observa además que esta bajada no se dio en otros países de la Unión Europea donde los recortes no supusieron una disminución del número de empleados públicos.



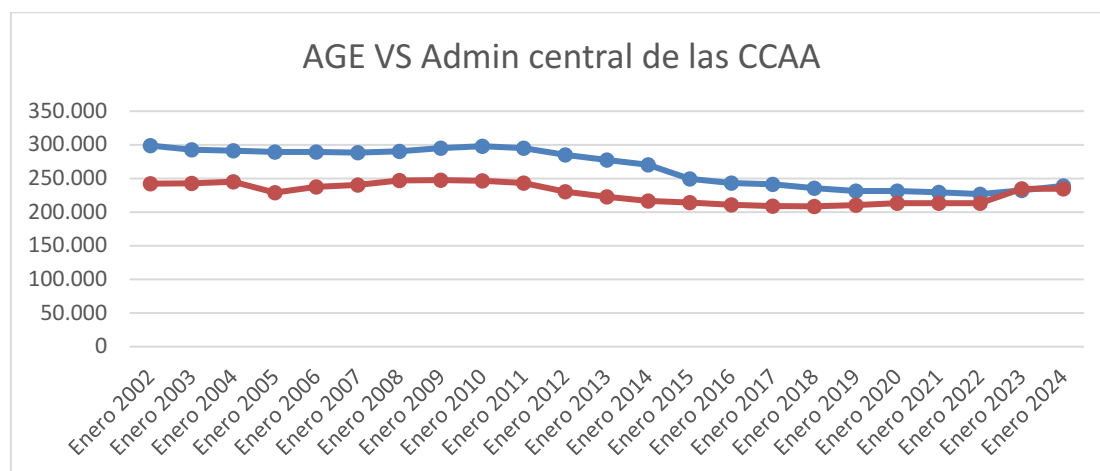
Gráfica 3 – Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Boletín del Registro Central de Personal de julio de 2024

Se percibe en el gráfico que las distintas administraciones no se comportaron del mismo modo, con un resultado de crecimiento neto mucho mayor en las Comunidades Autónomas en comparación con el Sector Público Estatal y la Administración Local.

Si acercamos aún más la lupa, veremos que los puestos de pura administración, Administración General del Estado (que incluye la Seguridad Social) y Administración Central de Comunidades Autónomas, evolucionaron de forma totalmente dispar:

El Estado pierde más de un 16% de sus efectivos en un proceso que se acelera a partir de 2010 con las medidas de austeridad y del que no se recupera, mientras que las Comunidades Autónomas incrementan sus plantillas hasta converger en número con el Estado y muy por encima de lo que podría justificarse por un proceso de transferencias que, en esos años, no se ha producido de forma significativa en términos de efectivos,

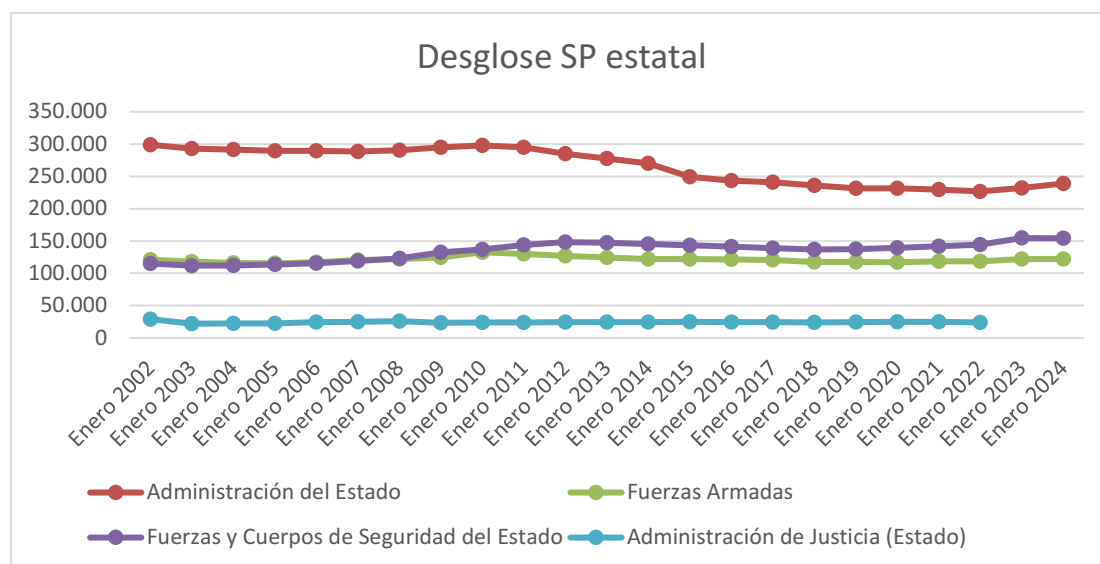
En todo caso las CCAA recuperan en 2024 los niveles de 2002 y, tras la crisis de 2010, que produce recortes de menos entidad que en el Estado, tienen un proceso de incremento más rápido.



Gráfica 4 – Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Boletín del Registro Central de Personal de julio de 2024

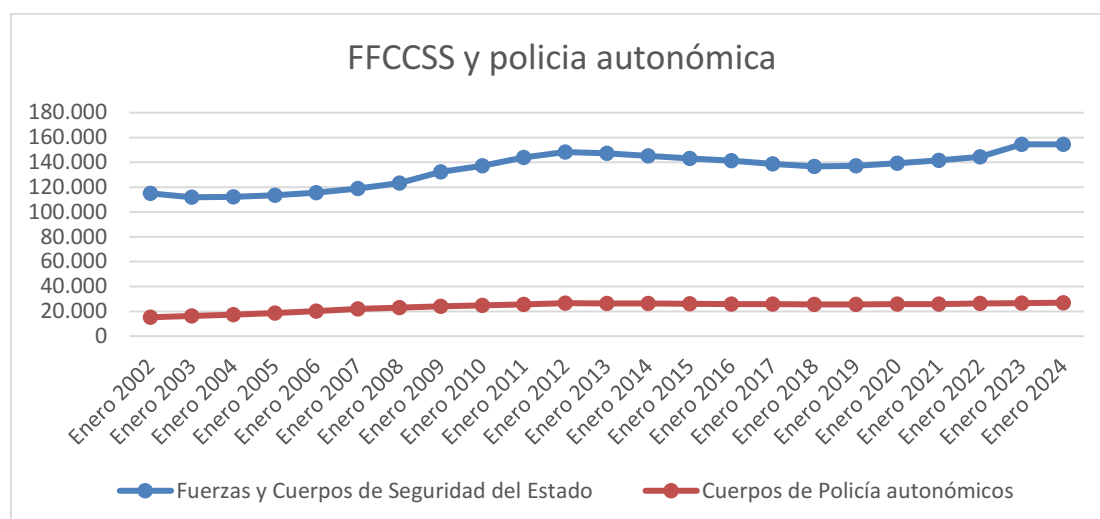
Afinando más el análisis, se ve cómo los recortes de plantillas afectaron más a la Administración General del Estado que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y a las Fuerzas Armadas, que no sufrieron las mismas notables pérdidas de efectivos por los recortes adoptados ante la crisis económica, produciéndose, además, en estos dos últimos casos, una más acelerada recuperación.

La Administración de Justicia del Estado merece una mención especial. Su trayectoria plana sorprende, dadas las reiteradas quejas sobre su insuficiencia de medios y, consecuentemente, la poca eficiencia de su funcionamiento observada en la práctica. No parece que se haya dado ninguna respuesta a estas carencias.



Gráfica 5 – Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Boletín del Registro Central de Personal de julio de 2024

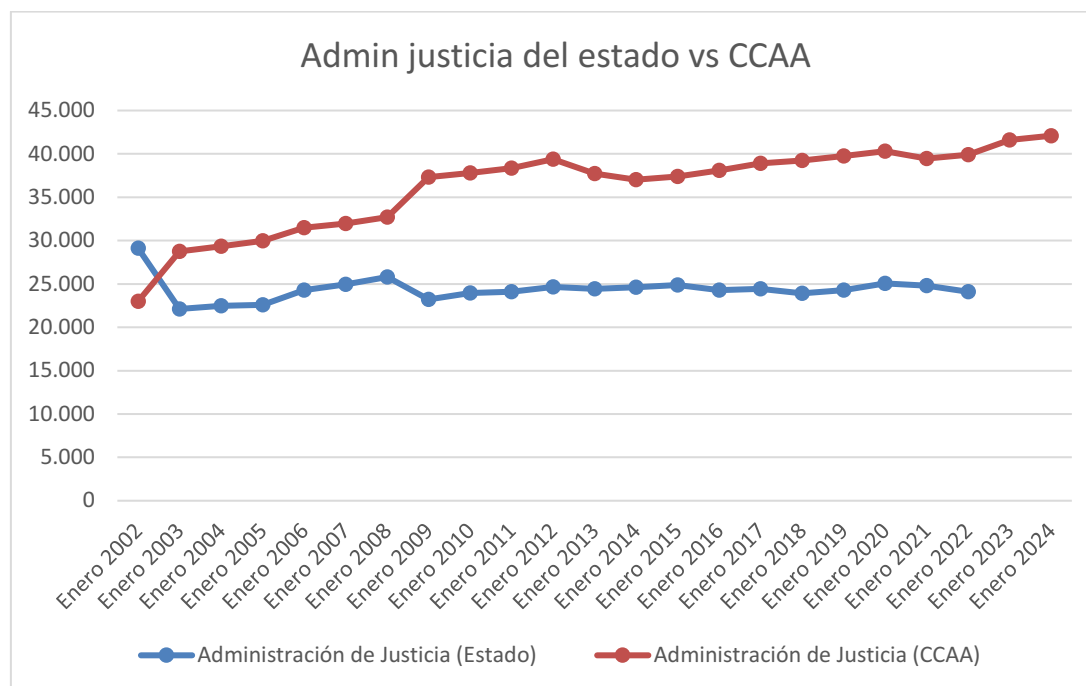
Siguiendo con aproximaciones de detalle a las cifras, sorprende el crecimiento de las policías estatales frente a la evolución de los cuerpos autonómicos.



Gráfica 6 – Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Boletín del Registro Central de Personal de julio de 2024

Centrándonos en la Administración de Justicia, que ya vimos que en el caso del Estado tenía una evolución casi plana, ligeramente descendente, en el caso de la parte de empleo de la Administración de Justicia que depende de las Comunidades Autónomas, el crecimiento se produce a buen ritmo, salvo una pequeña caída en

enero de 2014. La última transferencia de personal es en 2011 después de un proceso que inicia en 1988 y por el que se ha transferido el 79,8% de las unidades judiciales.



Gráfica 7 – Fuente: elaboración propia a partir de los datos del Boletín del Registro Central de Personal de julio de 2024

Volviendo a la AGE, superadas las medidas de recortes asociadas a la crisis de 2008, dada la reducción de efectivos y que no se producía un proceso de recuperación de estos, en el seno de la AGE se empezó a considerar como situación de partida de referencia a la que tratar de volver, la de los servicios de 2013, como si estos servicios no presentasen notables deficiencias para sus prestaciones a ciudadanos y empresas, además de las nuevas necesidades sobrevenidas derivadas de la tecnificación, la dependencia como nuevo pilar del estado del bienestar y los nuevos desafíos a los que se enfrenta la administración. Ese objetivo se acabará considerando también inalcanzable.

Se detecta además que, para compensar la falta de efectivos y de conocimiento, se habían producido externalizaciones que obligaron a tomar medidas por la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas (CORA), creada en 2013 (Ministerio de Hacienda, 2013), para:

- Evitar la cesión ilegal de trabajadores dentro de las administraciones públicas,
- Frenar la externalización irregular de los servicios con personal de empresas realizando labores que sólo corresponden a los funcionarios,
- Acabar con la utilización de forma no prevista legalmente de instrumentos como los medios propios y las encomiendas de gestión (temas sobre los que volveremos más adelante).

Si bien en los últimos tiempos se ha producido un esfuerzo considerable para recuperar la dotación de personal, este se produce cuando ya los servicios se han visto degradados, poniendo en riesgo la gestión de las administraciones públicas, especialmente la del Estado y, dentro de él, significativamente, la de la Seguridad Social, la del Servicio Público de Empleo Estatal y la de otros sectores concretos,

como los relacionados con las personas migrantes, a niveles realmente escandalosos respecto de los peticionarios de asilo o del estatus de apátrida.

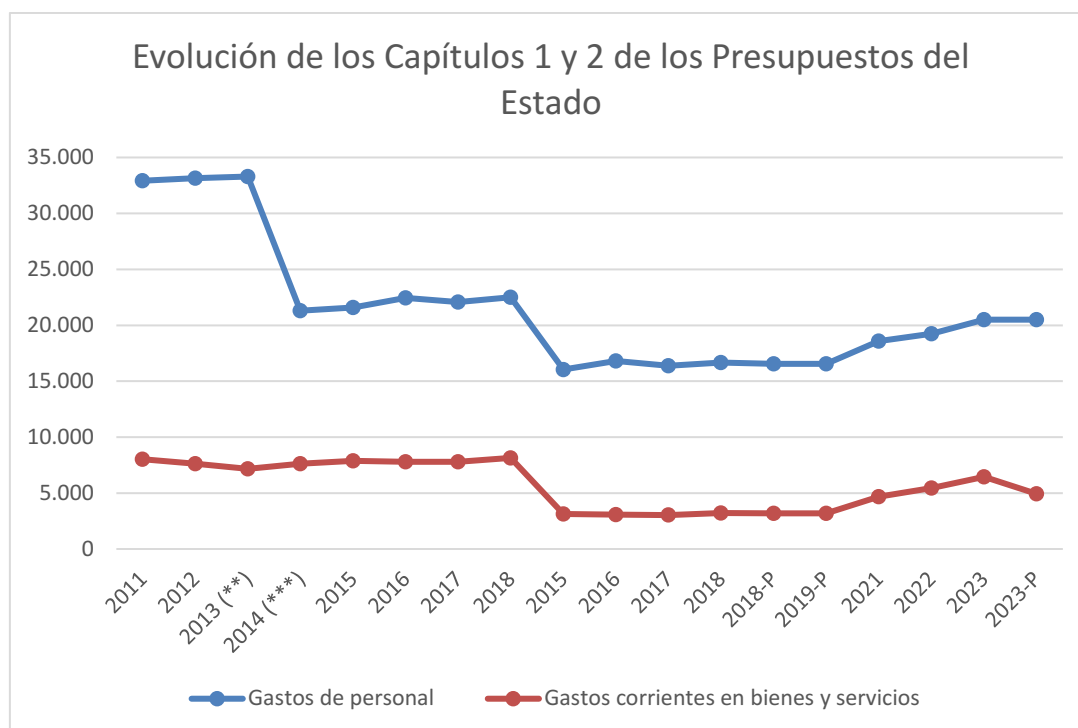
Aunque haya sido más extrema en la Administración Central, en el ámbito autonómico, la pérdida de recursos humanos ha de reseñarse especialmente en las áreas de gestión de los servicios relacionados con la salud, la educación y la dependencia.

Como consecuencia de los efectos en el empleo público de la crisis de 2008 y de la posterior crisis de 2020 por la COVID, se produjo un cuasi colapso de muchos servicios, claramente apreciable por el ciudadano en la parte que ha de relacionarse directamente con él, estableciéndose una generalización de la cita previa para poder ser atendido, con plazos inasumibles e incluso generando corruptelas de ventas de turnos, listas de espera para atención sanitaria y de la dependencia e incremento de las ratios de alumnos por aula en la educación.

El esfuerzo de recomposición de los niveles de empleo público, aún y todo, en el caso del Estado, como vimos gráficamente, está lejos de recuperar los niveles de dotaciones de personal previos a los recortes promovidos anteriormente.

3. La externalización de los servicios públicos

Una de las primeras consecuencias ya comentadas de la falta de recursos humanos, ha sido la externalización de servicios mediante la contratación de empresas para tratar de cubrir las funciones que la falta de personal hace imposible que las administraciones sigan desempeñando.



Gráfica 8 – Fuente: elaboración propia a partir de los Presupuestos Generales del Estado publicados

Se puede observar que hay cierto paralelismo entre el gasto presupuestario para personal y el dedicado a gastos corrientes en bienes y servicios, pero también que el recorte por las medidas adoptadas como respuesta a la crisis económica de

2008 afectó sobre todo al gasto en personal, la externalización de servicios requirió mantener el gasto de capítulo 2 no obstante los recortes generales.

En años más recientes, cuando se recupera, muy modestamente eso sí, el gasto de personal, se produce una reducción del gasto corriente: la disponibilidad de personal propio reduce las necesidades de servicios externos.

Existen otras variables a incorporar a este análisis como son los incrementos en inversiones, capítulo 6. Estas inversiones llevan a menos necesidades de mantenimiento, que también impactan en reducciones de capítulo 2 a corto plazo, aunque si esas inversiones suponen no sólo reemplazo sino incremento de equipamientos, a medio plazo incrementarán esos gastos de mantenimiento; este efecto es el que ahora empieza a detectarse tras las importantes adquisiciones realizadas con cargo a los fondos NextGeneration y que ya empiezan a facturar para su mantenimiento.

La externalización de servicios tiene además un primer límite que periódicamente se recuerda en los informes de fiscalización y del Tribunal de Cuentas: aquellas funciones que implican el ejercicio de autoridad y que, en consecuencia, no se pueden trasvasar a los sujetos privados por ser inherentes al poder público.

La otra limitación la marcan los procedimientos de contratación, requiriendo la contratación de servicios a empresas privadas una previa declaración por parte de la administración contratante de la insuficiencia de medios propios, que, en muchos casos, se ha convertido en mera retórica y reproducida periódicamente a lo largo de los años, cada vez que ha de renovarse esa misma contratación, sin que deje de ser cierto que no suelen haberse cubierto las deficiencias que motivaron la primera contratación de servicios que luego se van renovando.

En este ámbito de la contratación de servicios se ha producido otra desviación que evita la libre concurrencia de las empresas a las licitaciones respectivas. Se trata del recurso a los denominados recursos propios y la utilización del instrumento de la encomienda de gestión.

Los recursos propios están asignados a determinados sectores de la administración, por ejemplo, TRAGSA para actividades agrícolas, forestales y similares, pueden ser utilizados por diversas entidades públicas dentro del ámbito de sus fines sociales y en determinados supuestos de emergencia. Se ha convertido en práctica rutinaria su contratación durante lustros fuera de los ámbitos previstos mediante encargos para funciones que no responden a esos fines inicialmente previstos o con declaraciones de emergencia laxas y reiteradas, como se recoge claramente en el informe 1.558 del Tribunal de Cuentas sobre TRAGSA. Como también se dice en ese informe, la figura de la encomienda de gestión se utiliza de forma no prevista en la normativa de contratación.

Hay especialistas administrativistas que defienden la contratación de servicios externos por parte de las administraciones argumentando que la gestión privada es más eficaz y también mejor económicamente para las arcas públicas, algunos añaden como argumento la importancia que tiene la facturación de esas empresas a las administraciones públicas en el conjunto de la economía.

Si un responsable de un ámbito de gestión considera que la forma de gestionar de su organización es menos eficiente que la de otra entidad, en este caso una empresa privada, primero deberá documentar con datos tal aseveración, cosa que normalmente no se hace, pero además debería plantearse su modelo organizativo y

de gestión, puesto que es el responsable del mismo y, sino sabe cómo mejorarlo o no puede hacerlo por restricciones de su administración, debería permitir que los ciudadanos que sostienen ese organismo público conozcan esa situación y después dimitir.

Sobre la importancia de la contratación pública para las cuentas de las empresas de servicios nada puede contraponerse, tiene un peso incluso relevante para el PIB, pero es un argumento que quien dirige la administración que opte por la externalización por ese motivo ha de exponer abiertamente: se trata, por tanto, de transferir dinero público a empresas privadas, inyectar dinero de los presupuestos directamente en el mercado.

Puede ser una opción legítima, como lo es la contraria, pero los ciudadanos deben poder saber que eso es lo que se quiere hacer para poder optar con conocimiento si apoyan o no tal tesis con su voto.

El argumento que no se sostiene es el del coste económico cuando se trata de subcontratar, externalizar, servicios con vocación de permanencia (no hablamos de la realización de proyectos puntuales y cerrados, lo que por otro lado no debería ir con cargo al gasto corriente en servicios por tratarse de una inversión (de capítulo 6)).

De la información que podemos extraer de las licitaciones publicadas en la Plataforma de Contratación del Sector Público podemos evaluar dichos costes.

1. Coste total de la contratación a una empresa de los servicios de un titulado superior:

- Salario bruto anual: Un titulado superior puede tener un salario bruto anual que oscila entre 30.000€ y 50.000€, dependiendo de la experiencia y el sector.
- Costes laborales (Seguridad Social, etc.): Añaden aproximadamente un 30%-40% al salario bruto.
- Costes indirectos (oficina, herramientas, formación, etc.): Suelen ser un 20%-30% del salario bruto.
- Beneficio empresarial: Las empresas suelen añadir un margen de beneficio del 10%-20%.
- Ha de añadirse el IVA 21%

Total: 62.291-132.132 €/año → coste medio 97.212 €/año

2. Coste total de contratación a una empresa de los servicios de un diplomado universitario:

- Salario bruto anual: Un diplomado puede tener un salario bruto anual que oscila entre 20.000€ y 35.000€, dependiendo de la experiencia y el sector.
- Costes laborales (Seguridad Social, etc.): Añade aproximadamente un 30%-40% al salario bruto.
- Costes indirectos (oficina, herramientas, formación, etc.): Suele ser un 20%-30% del salario bruto.
- Beneficio empresarial: Las empresas suelen añadir un margen de beneficio del 10%-20%.
- Ha de añadirse el IVA 21%

Total: 41.527-92.492 €/año → Coste medio: 67.010 €/año

Si tenemos en cuenta el coste de los funcionarios A1 y A2 del Estado en 2023, equivalentes a los perfiles anteriores:

- A1, coste medio por todos los conceptos: 64.500 €/año
- A2, coste medio por todos los conceptos: 43.000 €/año

Hay diferencias todavía mayores si analizamos sectores como las tecnologías de la información.

Ha de tenerse en cuenta además que la opción por personal propio o externo implica menor capacidad de dirección y un problema para la conservación del conocimiento que puede quedar en la administración correspondiente o ser plenamente dependiente de empresas o incluso de personas concretas.

La mera comparación de los datos anteriores explica por qué la externalización de estos servicios con vocación de permanencia no es eficiente para las administraciones públicas, sin ni siquiera haber entrado en la reducción de capacidad y conocimientos que esta externalización produce en la propia administración.

4. La temporalidad en las Administraciones Públicas

Otro problema estructural es la alta tasa de temporalidad en las administraciones públicas, con altas cifras de personal interino, con porcentajes relevantes respecto del total de la plantilla y con empleados públicos que se perpetúan demasiados años en esos puestos provisionales, sin que se cubran puestos claramente estructurales mediante los procesos selectivos correspondientes.

Recientemente los procesos de consolidación, impulsados normativamente desde el Estado, han cambiado esa tendencia¹.

Datos generales de personal interino en las Administraciones Públicas (2022-2023):

- a. Total, de empleados públicos en España: aproximadamente 3,1 millones (incluyendo personal funcionario, interino, laboral, etc.).
- b. Funcionarios interinos: 14-16% del total (aproximadamente 450.000-500.000 interinos en todas las administraciones).

Distribución por Administraciones (estimaciones):

1. Administración General del Estado (AGE): alrededor de 50.000-60.000 (ejemplo: en 2022, se reportaron aproximadamente 53.000 interinos en la AGE, según el boletín).
2. Comunidades Autónomas (CC.AA.): Las cifras varían significativamente:
 - Andalucía: ~80.000-90.000 interinos (la Comunidad Autónoma con mayor número, históricamente afectada por alta temporalidad).
 - Comunidad Valenciana: ~40.000-50.000.
 - Cataluña: ~30.000-35.000.

¹ Lo insuficiente de la medida lo denuncia la propia Comisión Europea y repercute en la retención de más de 600 millones de euros (Castro, 2025).

- Madrid: ~25.000-30.000.
- Galicia: ~20.000-25.000.
- Castilla y León: ~15.000-20.000.
- País Vasco: ~10.000-15.000.
- Canarias: ~15.000-20.000.
- Murcia: ~10.000-15.000.
- Otras CC.AA.(Asturias, Baleares, Aragón, etc.): Entre 5.000 y 15.000 cada una.

Estimaciones generales sobre duración de la temporalidad de los empleados públicos interinos:

- Duración media histórica: Entre 5 y 15 años en muchos casos, especialmente en sectores con alta temporalidad (como educación o sanidad).
- Tendencias recientes (2021-2023): Debido a los procesos de estabilización exigidos por la UE para reducir la temporalidad, la media está disminuyendo. Actualmente, se estima que muchos interinos permanecen entre 3 y 8 años antes de ser estabilizados, jubilarse o dejar el puesto.

Existen diferentes factores que influyen en la duración de la temporalidad.

1. El sector de la Administración:

- Educación: El personal interino suelen acumular años de servicio mediante sustituciones cortas, pero algunos repiten durante décadas (ejemplo: en Andalucía, hay casos de interinos con más de 15 años).
- Sanidad: En comunidades como Valencia o Galicia, es común que enfermeros o médicos personal interino trabajen 5-10 años antes de obtener plaza fija.
- Administrativos: Suelen tener una menor permanencia media (2-5 años), excepto en áreas con falta de ofertas de empleo público.

2. Las diferentes Comunidades Autónomas:

- Andalucía, Comunidad Valenciana o Canarias: Registran los mayores plazos (hasta 10-15 años en casos extremos) debido a la alta temporalidad histórica.
- País Vasco y Navarra: Menor duración media (3-6 años) por políticas más activas de estabilización.

3. Los retrasos en convocatorias: La falta de oposiciones regulares (ejemplo: entre 2010 y 2018) generó "acumulación" de interinos con décadas de servicio.

Esta temporalidad y sus efectos sobre los servicios público ha sido recogida en diferentes informes como el Informe de la Central Sindical Independiente y de Funcionarios (CSIF) de 2022 señaló que el 30% del personal interino en España llevaba más de 10 años en sus puestos, el estudio de la Asociación Nacional de Profesionales de la Enseñanza (ANPE) de 2023 indicó que el 40% de los profesores

interinos en Madrid tenían entre 5 y 15 años de experiencia temporal o el reportaje de El País (2023 y 2024) destacó que, en Galicia, el 60% de los médicos interinos superaban los 7 años en esa condición (Pascual Cortés, 2024).

Como mencionábamos al principio, recientemente se ha producido un importante impulso para reducir esta temporalidad mediante los procesos de estabilización llevados a cabo entre 2021 y 2023 y puestos en marcha tras la aprobación de la Ley 20/2021 de 28 de diciembre, para la reducción de la temporalidad en el empleo público.

Por ejemplo, en Andalucía 40.000 interinos se han convertido convertidos a fijos en 2022-2023 en Sanidad a nivel nacional la estabilización 67.000 empleados en 2022. Se está reduciendo drásticamente la permanencia media de los interinos restantes gracias a este proceso.

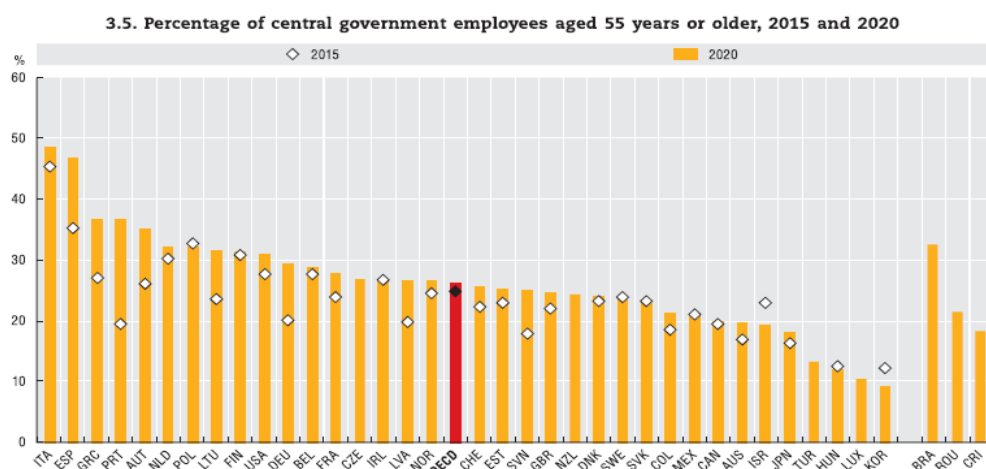
La permanencia de interinos en plazas no convocadas durante muchos años revela una actuación administrativa irregular por parte de los responsables de convocar los procedimientos para cubrir las plazas que evidentemente se precisan, genera inestabilidad en empleados públicos que han de desempeñar sus funciones sin la estabilidad de esa condición de funcionario (o personal laboral), un derecho de esa persona, pero también una garantía de profesionalidad, mérito y capacidad a la que, en última instancia, tienen derecho a exigir los ciudadanos de quienes están al cargo de gestionar los servicios públicos (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 19 de marzo de 2020).

5. El envejecimiento de las plantillas

Otro aspecto relevante para evaluar la evolución del empleo público es el nivel de envejecimiento de las plantillas.

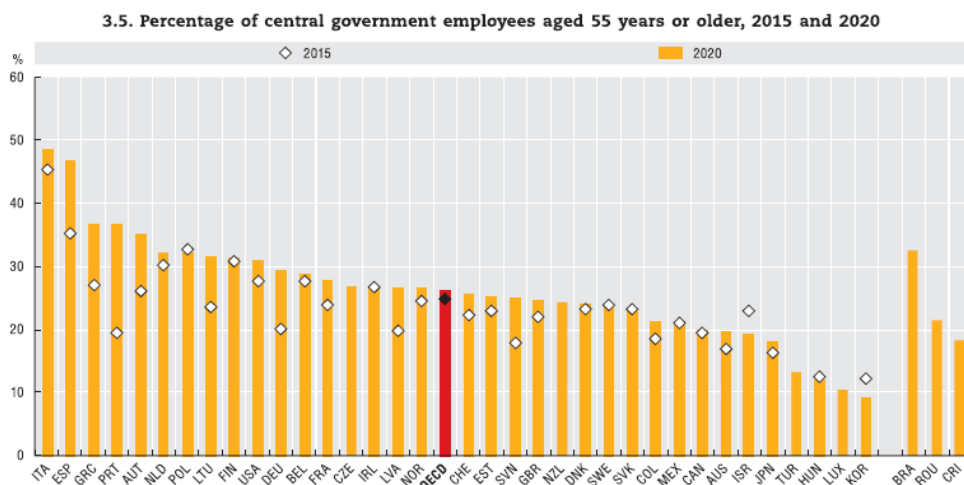
En la OCDE, la media de empleados de más de 55 años de las administraciones centrales creció ligeramente, entre 2015 y 2020, desde el 25% al 26%.

Esta cifra presenta importantes diferencias entre países. En España los empleados de más de 55 años pasaron del 35 % al 46%, en Grecia del 27% al 37%, siendo Italia el país con más empleados mayores: el 48% de los empleados de la administración central tenían, en 2020, 55 años o más.



Gráfica 9 – Fuente: OECD (2020). Survey on the Composition of the Workforce in Central/Federal Governments

Según la EPA el 42,43% de los residentes en España en 2024 tenían 50 años o más, un porcentaje ligeramente superior al del 2023 y que continúa con la tendencia ascendente de años anteriores.



Gráfica 10 – Fuente: OECD (2020). Survey on the Composition of the Workforce in Central/Federal Governments

Considerando la población activa, según la EPA, de 19.648.700 efectivos, el 32,06% tenía 50 años o más en 2024, un porcentaje algo superior a 2023; según la ELFS el 35,03% tenía 50 años o más. De acuerdo con estos datos la población activa española, se sitúa próxima a la media europea, cuyo porcentaje está en el 34,90%, ocupando España un lugar intermedio en relación con el resto de los países de la Unión Europea en este ranking de edad.

Entre las asalariadas y asalariados tienen más de 50 años: 32,06% (datos EPA), 35,03 % (datos ELFS), 34,31% (datos OCDE). Entre los asalariados y asalariadas del sector público: 46% (datos OCDE, ≥ 55 años), 43,65% (datos EPA). Centrándonos en el Personal de la Administración General del Estado 59,95% (datos BEPSAP) frente al 29,34% (datos EPA) en el sector privado (Dirección General de Función Pública, 2024).

Considerando la población activa:

- Según la EPA, de 19.648.700 efectivos el 32,06% tenía 50 años o más en 2024, un porcentaje algo superior a 2023.
- Según la ELFS el 35,03% tenía 50 años o más

Al igual que los dos años anteriores, el dato de envejecimiento en la plantilla de la Administración General del Estado es todavía más acusado si nos centramos en los empleados públicos de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social (28.355 efectivos pertenecientes a IMSERSO, INGESA, ISM, INSS, TGSS y Gerencia de Informática), con el 73,01% de sus asalariados con 50 años o más.

El porcentaje de mayores de 50 para la AGE respecto a los datos de los cuatro años anteriores se aprecia una sostenida tendencia a la baja, pasando de un 66,15% en 2020 al 65,54% en 2021; 64,10% en 2022; 62,08% en 2023 y 59,95% en 2024. Esto puede ser debido fundamentalmente a la incorporación de nuevo personal como consecuencia de las ofertas de empleo público de los últimos años.

No obstante, lo anterior debe considerarse sin olvidar la ya comentada continua pérdida neta de efectivos en el seno de la AGE, especialmente en el periodo 2014-2023, donde los datos reflejan que se han perdido 29.681 efectivos y el 94% de las nuevas incorporaciones se hicieron en el periodo 2017-2023, contribuyendo a explicar la disminución de la edad media desde el año 2020 pero sin paliar las deficiencias de personal acumuladas.



Gráfica 11 – Fuente: RCP enero 2024

En el caso concreto de los funcionarios de carrera, la diferencia entre altas y bajas ha sido notable hasta el año 2018 y la falta de convocatoria de plazas ha contribuido a agravar el problema del déficit de personal, lo que no se ha revertido pese al aumento de plazas convocadas de los último 5 años, situación diferente de la que se ha producido en relación con el personal laboral fijo, que gracias a los procesos de estabilización ha logrado cubrir las bajas de los años 2022 y 2023, tal y como se puede observar en el siguiente gráfico, aunque sin recuperar niveles anteriores a los recortes.



Gráfica 12 – Fuente: RCP enero 2024

En todo caso es fácil apreciar que el proceso de rearme de plantillas se ve lastrado por este envejecimiento de estas, ralentizando el ritmo de recuperación de una situación de precariedad que permanece quince años después de la caída que produjeron los recortes en respuesta a la crisis económica de 2008 mientras que se ha tratado de retomar una apuesta por una administración prestacional y eficaz pero que no acaba de dar resultados apreciables para la ciudadanía.

6. Conclusión

La reducción del número de empleados que integran las administraciones públicas y la externalización de servicios por parte de las entidades públicas, ha llegado a una situación crítica que ha reducido de forma notable la capacidad de las administraciones para actuar las funciones que la sociedad les asigna, garantizar los derechos de la ciudadanía y proteger sus intereses.

La necesidad de reforzar la dotación de empleados públicos se ha vuelto urgente, especialmente crítica en la Administración General del Estado. Las Ofertas de Empleo Público, incrementadas notablemente en los últimos años, han supuesto un avance en esa dirección, pero, como revelan los datos, insuficiente ante las consecuencias heredadas de los recortes practicados con motivo de la crisis económica de 2008, y un envejecimiento de las plantillas que obliga ya de por sí a un proceso de sustitución que también en este punto es apenas suficiente.

Es así mismo necesario analizar y transformar los procesos de selección para, garantizando la calidad de los profesionales de la administración, aproximar los requisitos de esta a los perfiles que se requieren en la actualidad del servicio público, además de un esfuerzo que atractivo e información al talento que se quiere captar y que en buena medida se está perdiendo. Además, se debe continuar en el fin de la temporalidad y evitar que se reproduzcan procesos irregulares del pasado. Este aspecto afecta más a otras administraciones, especialmente autonómicas, pero a servicios esenciales como sanidad, educación, dependencia.

Los gestores públicos han de verse reforzados y reconocidos en su capacidad como tales y, al propio tiempo, han de adoptarse medidas que terminen con la externalización de servicios que suponen una disminución en la eficiencia económica y en la calidad de la actuación de las administraciones públicas y en la propia capacidad de estas para actuar, así como aclarar la composición, la gestión y las reglas del encargo, la contratación o la encomienda de los recursos propios.

Las Administraciones Públicas podrán, de esta forma, recuperar la capacidad transformadora de la sociedad, su sentido de existencia y una cultura de actuación al servicio del interés general.

Bibliografía

- Castro, Irene (07/07/2025). Bruselas suspende 1.100 millones de los fondos de recuperación de España, 626 por castigar a los interinos. *elDiario*. https://www.eldiario.es/economia/bruselas-suspendera-626-millones-euros-fondos-recuperacion-espana-castigar-interinos_1_12445446.html.
- Dirección General de Función Pública (2024). Estudio sobre el envejecimiento de las plantillas en la Administración General del Estado 2024 y proyección futura a 2034. Datos de enero de 2024. *Ministerio para la Transformación Digital y Función Pública*. <https://digital.gob.es/funcion-publica/dgfp/registro-central-personal/evolucion-envejecimiento-plantillas>.
- Ministerio de Hacienda (19/06/2013). Rajoy presenta más de 200 propuestas de la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas. *Boletín de prensa de la Vicepresidencia del Gobierno, Ministerio de Hacienda*. https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Prensa/En%20Portada/2013/Paginas/20130619_Cora.aspx.
- OECD (2021). *Government at a Glance 2021*. OECD Publishing, Paris. doi: <https://doi.org/10.1787/1c258f55-en>.

Pascual Cortés, Raquel (18/06/2024). La lentitud de las oposiciones complica el objetivo de bajar al 8% la temporalidad del sector público. *El País*. <https://elpais.com/economia/2024-06-18/la-lentitud-de-las-oposiciones-complica-el-objetivo-de-bajar-al-8-la-temporalidad-del-sector-publico.html>.

Más allá del soberano. Prácticas, márgenes y asuntos públicos en la teoría democrática de Bonnie Honig

Beyond the sovereign. Practices, margins, and public affairs in Bonnie Honig's democratic theory

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-6035-5714

agreppi@der-pu.uc3m.es

Cristina Sánchez Muñoz

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-3925-2363

cris.sanchez@uam.es

Gonzalo Velasco Arias

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-9584-5051

gvelasco@hum.uc3m.es

Cita recomendada:

Greppi, A., Sánchez Muñoz, C. y Velasco Arias, G. (2025). Más allá del soberano. Prácticas, márgenes y asuntos públicos en la teoría democrática de Bonnie Honig. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 338-352.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9858>

Recibido / received: 20/09/2025

Aceptado / accepted: 10/10/2025

Resumen

La obra de Bonnie Honig const una relectura crítica de la teoría democrática contemporánea desde la perspectiva de una política agonial. Su propuesta desplaza el paradigma soberano y excepcionalista para situar la democracia como una práctica inmanente de respuesta a la



crisis, sin suspensión del orden jurídico. A partir de una reinterpretación de Hannah Arendt y de una teoría feminista del rechazo, Honig explora las dimensiones materiales, afectivas y performativas de la acción política. Mediante figuras de la tragedia clásica, los objetos públicos y los afectos, reivindica el conflicto, la desobediencia y la imaginación como fuerzas instituyentes. Así, su pensamiento redefine la democracia como un proceso continuo de interrupción, resistencia y reinención institucional.

Palabras clave

Bonnie Honig, política agonal, prácticas feministas, cosas públicas, excepcionalismo, emergencia democrática, Antígona.

Abstract

Bonnie Honig's work constitutes a critical rereading of contemporary democratic theory from the perspective of an agonal politics. Her proposal displaces the sovereign and exceptionalist paradigm to situate democracy as an immanent practice of responding to crisis without suspending the juridical order. Drawing on a reinterpretation of Hannah Arendt and a feminist theory of refusal, Honig explores the material, affective, and performative dimensions of political action. Through figures from classical tragedy, public objects, and affects, she reclaims conflict, disobedience, and imagination as instituting forces. Thus, her thought redefines democracy as a continuous process of interruption, resistance, and institutional reinvention.

Key words

Bonnie Honig, agonal politics, feminist practices, public things, exceptionalism, democratic emergency, Antigone.

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La huella arendtiana. 3. Prácticas feministas: una teoría del rechazo. 4. Figuras descentradas. 5. La infraestructura democrática: cosas públicas. 6. Crítica feminista: democracia en acción. 7. Una democracia sin soberano: emergencia, decisión y prácticas democráticas. 8. El milagro sin teología: crítica a la excepción soberana desde Rosenzweig. 9. Tres modelos de respuesta democrática a la emergencia. 9.1. El modelo deliberativo. 9.2. El modelo activista. 9.3. El modelo legalista radical. 10. Decisión sin soberano: entre la deliberación y la acción. 11. Conclusión.

1. Introducción

En los últimos años, la obra de Bonnie Honig ha adquirido una relevancia renovada en los debates contemporáneos sobre la democracia, el feminismo, el derecho y la crítica cultural. Lejos de proponerse como una teoría sistemática cerrada, su pensamiento opera como una red de intervenciones críticas que vinculan entre sí campos diversos –la filosofía política, los estudios literarios, la teoría feminista, la estética, el derecho constitucional– a partir de un impulso común: interrumpir los relatos dominantes que neutralizan la potencia transformadora de la democracia. Este artículo busca mostrar la riqueza y vigencia de esa propuesta a través de tres enfoques complementarios, centrados respectivamente en las figuras del margen, en los objetos públicos y afectivos de la vida democrática, y en las respuestas colectivas a las situaciones de excepción.

El recorrido se abre con una exploración del feminismo arendtiano de Honig, donde la lectura de figuras liminares como Antígona o las Bacantes permite repensar la relación entre ley, subjetividad y acción política desde lo que podríamos denominar

una ética de la interrupción. La segunda sección se desplaza hacia el plano de lo material y lo afectivo, analizando cómo *Public Things* y *Shellshocked* redefinen el papel de los objetos, los espacios comunes y los cuerpos dolientes en las democracias contemporáneas. Finalmente, la tercera sección –que contextualiza y anticipa el ensayo traducido *Between Decision and Deliberation*– se adentra en el corazón del pensamiento político de Honig: su crítica al excepcionalismo soberanista y su apuesta por una democracia capaz de responder a las emergencias sin renunciar a la ley ni al conflicto agonista.

Este enfoque plural y transversal no ha surgido de manera repentina en la obra de Honig, sino que remite a una reorientación teórica de largo aliento que se anuncia ya en su primer libro, *Political Theory and the Displacement of Politics* (1993). En él, Honig detectaba en muchas corrientes contemporáneas –tanto liberales como comunitaristas– una común desconfianza hacia la dimensión conflictiva y disruptiva de la política. Lejos de asumir el antagonismo como parte constitutiva de lo político, muchas de estas teorías tendían a reducir la política a un ejercicio de estabilización: ya fuera mediante el logro de consensos racionales, como proponía el liberalismo deliberativo, o mediante la reafirmación de identidades comunitarias dadas. Frente a esa tendencia, Honig defendía una concepción agonista de la democracia, atenta a su carácter abierto, performativo y conflictual. Como también había denunciado Sheldon Wolin, la teoría política contemporánea corría el riesgo de convertirse en una «teoría teórica» –una reflexión abstracta y despolitizada– antes que en un pensamiento verdaderamente político (Máiz, 2015). Recuperar el carácter problemático, imprevisible e instituyente de la acción política ha sido desde entonces el hilo conductor de toda la obra de Honig, y sigue siendo hoy una brújula crítica frente a las derivas tecnocráticas o autoritarias de nuestras democracias.

Así, este artículo ofrece una lectura en tres movimientos que, sin buscar totalizar una obra esencialmente disonante, permite trazar algunas de sus claves comunes: la resistencia al cierre, la defensa de la acción plural y la imaginación institucional como práctica política.

2. La huella arendtiana

A lo largo de la obra de Honig encontramos dos grandes líneas que la recorren: una es la presencia de Hannah Arendt, en la mayoría de sus libros hay referencias explícitas a ella. La otra gran línea o eje es el feminismo, con peculiaridades propias, como vamos a ver. Debemos señalar, además, que ambas líneas no están separadas, sino que se entrecruzan a lo largo de sus reflexiones.

En 1995, Honig edita una obra que vendría a dar un vuelco en las interpretaciones de Arendt: *Feminist Interpretations of Hannah Arendt*. El tema mismo era controvertido, pues la mayoría de las lecturas de Arendt resaltaban la imposibilidad de un acercamiento de ésta a los planteamientos feministas. Qué tenía de feminista Arendt y qué podía aportar al acervo feminista eran cuestiones que se respondían negativamente desde los años ochenta. Su distinción entre acción, trabajo y labor –donde se incluiría la reproducción– así como la distinción público-privado hacían ciertamente una tarea difícil la inclusión de Arendt en las filas del feminismo. La lectura que hace Honig da un vuelco a estas interpretaciones. Hasta ese momento, otras autoras, como Seyla Benhabib, habían insistido en una lectura fuertemente marcada por un tono deliberativo. Frente a ello, Honig, y otros autores como Dana Villa, reivindican una Arendt más agonista que deliberativa, resaltando, además la

importancia de una política agonal para el presente, tal y como despliega Honig en sus obras posteriores. Por tanto, podemos decir que la interpretación que Honig hace de Arendt no sólo es importante para los futuros desarrollos de su propia obra, sino que, además abrió la posibilidad de otras lecturas sobre Arendt, en donde esta se incorporaría ya a las filas de la teoría feminista (Zerilli, 2005; Butler, 2015).

La originalidad de Honig radica, en gran medida, en una lectura de esta autora bajo una lente nietzscheana. Esto hace que destaque los aspectos más agonales de Arendt, la contingencia siempre presente en las experiencias políticas y el carácter imprevisible de la acción. Entre los temas arendtianos que se despliegan en la obra de Honig, destacamos entonces la misma idea de la pluralidad irreductible como rasgo constitutivo de la condición humana, estrechamente vinculada al rechazo de identidades fijas o preexistentes. Por el contrario, y en consonancia con Arendt, el sujeto no preexiste, sino que se revela en el transcurso de la acción misma. De este modo, lo inesperado e imprevisible de la acción, así como los sujetos que se muestran en la esfera pública mediante sus acciones, adquieren una relevancia central en su pensamiento, especialmente en sus obras dedicadas a las políticas de la emergencia (Honig, 2009, 2014). Mediante la irrupción de la acción en el transcurso de los acontecimientos, se introduce lo extraordinario, que no se identifica con la excepción en sentido schmittiano, como explicamos más adelante, sino con la capacidad de comenzar algo nuevo, ligado a la idea de «natalidad», de abrir un futuro que no estaba contenido en el presente. En Arendt, lo mismo que en Honig, esa irrupción de nuevos comienzos imprevisibles está conectada con la exhibición de la acción colectiva en el espacio público. La respuesta democrática a la emergencia, que Honig entiende como prácticas disruptivas en los momentos de crisis, se nutre de este marco arendtiano (Honig, 2009).

3. Prácticas feministas: una teoría del rechazo

Como hemos señalado, otro gran hilo que recorre la obra de Honig es la reinterpretación que ella hace de la teoría y las prácticas feministas. Propone un feminismo y una sororidad agonal que no se articulan en torno a una identidad fija. Por el contrario, el agonismo que defiende Honig, «es una acción concertada que también es siempre un lugar de lucha, un esfuerzo feminista concertado que siempre está con y contra las compañeras, porque tiene lugar en un mundo marcado y dividido por la diferencia y la pluralidad» (Honig, 1992, p. 159). No hay para ella un sujeto «mujer» único o con una voz común -si es que alguna vez lo ha habido- sino, acciones colectivas que postulan la diferencia y la pluralidad como base, y no la identidad. Este feminismo agonal, ya enunciado en los noventa, la acercará a autoras como Judith Butler o Sara Ahmed.

La acción política feminista se presenta en Honig como una acción centrada en el rechazo y la resistencia, algo consustancial a las mismas prácticas feministas a lo largo de su historia. Pero Honig no plantea un rechazo que impida la acción posterior, que la clausure o se renuncie a ella, sino que propone la vuelta a la comunidad política con nuevas demandas. Así lo expresa en su obra *A Feminist Theory of Refusal* (2020), donde su propósito es trazar lo que denomina un «arco del rechazo» a fin de fundamentar una teoría política feminista. En dicho arco, Honig examina tres conceptos de rechazo: inoperatividad, inclinación y fabulación, señalando la vinculación de cada uno de ellos con la democracia. Cada uno de estos tres *tempos* se reflejan en la obra de Eurípides *Las bacantes*, que es la fuente en la que Honig basa su propuesta. A su vez, además del recurso a la literatura clásica,

algo que en ella es habitual, establece un diálogo crítico con autoras y autores contemporáneos. Así, su comprensión del rechazo como inoperatividad parte de Agamben, pero lo sitúa como una inoperatividad encarnada, insistiendo en el carácter situado y relacional del rechazo. El rechazo así entendido, se enfoca a interrumpir la lógica productivista, encontrándonos con cuerpos reunidos en asamblea que se niegan a producir, generando una nueva fuerza política.

El rechazo como inclinación parte de la propuesta de Adriana Cavarero (2014). La filósofa italiana entiende la inclinación como el gesto opuesto a la verticalidad, asociada al sujeto masculino autónomo y racional. Se encarna en el gesto materno hacia el infante, representando la vulnerabilidad, la dependencia y la creación de un espacio relacional alternativo a la rectitud. Honig reformula esta idea de Cavarero, despojándola de su deslizamiento hacia la pasividad e interpretándola como una inclinación agonial, esto es, incluyendo el conflicto, el desafío y la confrontación que implica el rechazo a la verticalidad del poder. Para ella, la inclinación no muestra tanto la relación materna, sino la relación de sororidad entre aquellas que se organizan en torno a una inclinación que interrumpe el orden patriarcal.

De otro lado, el rechazo como fabulación tiene que ver con lo imaginativo y narrativo, frente al silencio impuesto por el poder apoyándose en autoras como Saidiya Hartman y Hannah Arendt. El rechazo no sólo interrumpe el presente, sino que fabula futuros, imagina contrafácticos todavía no existentes, imagina otra vida política común. Narración y memoria se vuelven entonces instrumentos fundamentales de esa fabulación, en tanto que no acepta las versiones dominantes de la historia. La fabulación, como acto político narra lo ausente, lo silenciado en el canon, trasladando los márgenes al centro, fabricando, como ella señala, la promesa de otro presente desde los restos del pasado.

4. Figuras descentradas

El rechazo, entonces, puede adoptar esas formas de la inoperatividad, inclinación y la fabulación. En una lectura original y sugerente, Honig incorpora además una interpretación de la tragedia clásica *Las bacantes*, de Eurípides, con el propósito de explorar e ilustrar el significado político del rechazo frente a la ciudad –es decir, frente a la democracia– Este rechazo no se presenta como mera retirada o negación, sino como un gesto transformador que se articula en tres momentos sucesivos, los cuales conforman lo que la autora denomina el «arco del rechazo». Rechazar, por tanto, no es un único acto, sino que se entiende como un proceso constituido por varias y sucesivas etapas. En un primer momento, las bacantes abandonan la ciudad, enfrentándose al poder del soberano y sus normas. En un segundo momento, se establecen como comunidad, en las montañas, ya fuera de la ciudad, creando un espacio alternativo y libre entre ellas. Lo verdaderamente relevante para Bonnie Honig, y lo que distingue su interpretación de otras lecturas más convencionales, es la centralidad que otorga al tercer momento del arco del rechazo: el regreso a la ciudad para reclamar su lugar en ella y la transformación. Este movimiento final no representa una simple reinsertión, sino que se configura como una acción política colectiva que, partiendo de los márgenes, intenta irrumpir en el centro del orden democrático. El rechazo, en este sentido, no se concibe como una mera retirada, sino como una práctica agonística que implica volver a la *polis* con el propósito de transformarla desde dentro. La desestabilización del poder no se realiza desde fuera de la ciudad, sino desde dentro, aún con todas las limitaciones que esto pueda suponer. Así, como subraya Honig, *Las bacantes* no escenifica el fracaso de las

mujeres que se rebelan, como suele sostener la tradición interpretativa, sino más bien la tragedia de una ciudad incapaz de acoger lo otro, de abrirse a formas de vida distintas, y por tanto condenada a su propia clausura.

Como podemos ver, las figuras trágicas de *Antígona* y *Las bacantes* ocupan un lugar central en la obra de Bonnie Honig, no como meras referencias literarias, sino como figuras liminares que permiten pensar lo político desde el conflicto, la desobediencia y la resistencia, desde ese agonismo constituyente de la política que es tan característico de su teoría. *Antígona Interrupted*, escrita antes que *A Feminist Theory of Refusal*, en 2013 tiene un planteamiento similar. Ambas tragedias, leídas desde una perspectiva feminista y agonista, permiten a Honig problematizar los límites de la democracia, la exclusión de ciertas formas de vida y la posibilidad de imaginar otros modos de hacer mundo desde los márgenes. En este sentido, las figuras trágicas no son ejemplos de fracaso, sino puntos de interrupción que desestabilizan las narrativas hegemónicas sobre la ley, la soberanía y la ciudadanía.

Antígona ha sido interpretada en numerosas ocasiones como la figura de la desobediencia, priorizando la fidelidad a las leyes naturales de la familia, y ensalzando su sacrificio pasivo. Estas lecturas han propiciado, una Antígona maternal, enfatizando el duelo, la pérdida y la exclusión de la comunidad política. Lo que Honig denomina el «efecto Antígona» describe el impacto movilizador para quienes recurren a la obra desde el activismo político, orientándolos hacia una política de la lamentación que deplora los excesos de dicho poder soberano. Pero no es eso lo que le interesa a Honig. Para ella esto serían lecturas despolitizantes que se quedarían en la huida de la ciudad, pero no llegarían a ese tercer momento del arco del rechazo que es la vuelta a la *polis* con nuevas demandas.

Por el contrario, la Antígona de Honig entiende el lamento no como pasividad, sino como una acción política transformadora, que interrumpe el orden discursivo del soberano. En su lectura, otro aspecto importante es la consideración de su figura no como una expresión de la autonomía individual -de corte liberal- sino como una acción que tiene en cuenta su dimensión colectiva, inmersa en estructuras de poder, pero también en redes de solidaridad. En este punto es especialmente significativa su interpretación de Ismene, la hermana de Antígona. Frente a la visión tradicional de su figura como obediente con el poder, pasiva y sumisa, Honig la recupera para mostrar esa sororidad agonal que tanto le interesa como aspecto central de una práctica política feminista. Ismene, en este sentido, muestra la importancia de las relaciones, de la comunidad, de la preservación de lo político y de la responsabilidad compartida. Las dos hermanas conspiran juntas contra el soberano, se complementan la una a la otra: Ismene vive para recordar a Antígona y seguir actuando en la ciudad. Antígona muere, sacrificándose no por su hermano, Polinices, sino por su hermana, Ismene. La sororidad entre ambas implica conflicto y tensión, pero también el cuidado de los lazos que les unen. En definitiva, Honig muestra una aproximación a los textos clásicos agonal y política, rescatando figuras que están en los márgenes del canon, pero que revelan lugares de agencia inesperados. Su detallada lectura del mundo clásico le sirve para introducir disrupciones del orden soberano y mostrar prácticas de contestación plurales.

5. La infraestructura democrática: cosas públicas

El segundo ámbito temático en el que Honig pone en práctica una estrategia de interrupción de los relatos asentados, tanto en el ámbito teórico como en el discurso

del público general, es el de la teoría de la democracia. Incluso cuando no se declara abiertamente, los trabajos Honig invitan a tomar perspectivas inusuales, no asimilables con las corrientes que han llevado la voz cantante en los últimos años en el debate académico, siguiendo los meandros de las concepciones deliberativas de la democracia. En *Public Things: Democracy in disrepair* (2017) la idea de fondo es que, entre las condiciones de la vida democrática, es importante rescatar el papel que desempeñan ciertas «cosas» singulares en torno a las que se desarrolla la acción de los ciudadanos. En lugar de poner el foco en las instituciones y los principios, Honig reclama la necesidad de prestar atención a aquellos objetos y lugares, y por a aquellas maneras de hacer, que nutren de significado a los cuerpos y a los afectos. O también mostrar, con un argumento provocativo y oblicuo, cuál es la razón por la que nuestras democracias se encuentran desvalidas, desprotegidas, desamparadas, en ‘*disrepair*’ frente a sus adversarios.

En efecto, la materialidad de las infraestructuras democráticas tiende a pasar desapercibida en los debates académicos más habituales, pero también en la conversación corriente. Es una cuestión que queda desenfocada, fuera del campo visual. Sin mayor cuestionamiento, se tiende a dar por buena, por ejemplo, el interés que todos tendríamos en salirnos del juego (*opt-out*) reemplazando las *cosas públicas* por bienes y servicios de segunda elección, como si no fueran más que bienes o servicios fungibles, cuya eficiencia debe ser optimizada. Se trataría de un aspecto colateral de la racionalidad neoliberal que sostiene, desde el sentido común, la tendencia a la privatización de los espacios, los objetos y las formas de trabajo que tuvieron en el pasado –y deberían tener, en el futuro– la fuerza necesaria para reunir, integrar, ilusionar una esfera de discusión pública vibrante y diversa. Privatización que implica devaluación, tanto material como simbólica, de los presupuestos esenciales de la vida democrática, degradación que reduce las oportunidades de colaboración y empobrece las ocasiones de disenso y debate.

No se encontrará en el texto de Honig una definición cerrada y un catálogo de cuáles son esas cosas que llamamos «públicas». Esto es parte del juego: dependen de las prácticas concretas, de la historia, de los afectos. Lo que sí ofrece es una elaboración crítica sobre ciertos referentes paradigmáticos que han funcionado en el contexto norteamericano como (pre)condiciones habilitantes de la experiencia política: parques, escuelas, cementerios, hospitales, puentes, bibliotecas, monumentos, ríos, plazas, pero también ciertos entornos sociales, culturales y de trabajo, etc. Esas «cosas» son las que proporcionan la *infraestructura* del debate público. Decimos «públicas» a los *lugares* en los que se discute y sobre los que se discute, y a cierta clase de *objetos* que tienen la capacidad para estabilizar nuestro mundo, así como para desencajarlo, para orientar la democracia hacia un intercambio fecundo, pero también para socavarla. Defender esos lugares y objetos es defender la democracia. Pero defenderlos implica también –y aquí es donde retorna el hilo argumental constante en la obra de Honig, que arranca del inicial y arendtiano *displacement of politics*– *politizarlos*, tomar conciencia del carácter disputado y disputable de las cosas públicas.

Para elaborar el alcance de esta idea, Honig toma del psicoanalista Donald W. Winnicott el análisis de los objetos relacionales, sobre los que se proyectan mágicos poderes de integración. De Hannah Arendt, reclama el análisis del *homo faber* y el poder estabilizador del trabajo. La durabilidad y la permanencia de las «cosas públicas», se opone a la contingencia de la labor y al continuo devenir de la acción. Las cosas son el producto de alguna clase de trabajo, de un empeño colectivo, que

genera valor, frente al mundo natural. De aquí se deriva una crítica a la devaluación de las cosas que son condición para la vida democrática. Por un lado, la salvaje privatización de las infraestructuras públicas, que son garantía de igualdad. Por otro lado, la no menos salvaje producción de infraestructuras inhabitables, que no sostienen sino, al revés, dismantelan las condiciones materiales de la conversación democrática. La devaluación de las cosas públicas conduce, en definitiva, al desapego, al vaciamiento de nuestras democracias, del espacio al que acudimos para vindicar o denostar, para demandar o rechazar las «cosas» que forman parte de nuestra experiencia política, porque las amamos o nos resultan antipáticas, las «cosas» sobre las que discutimos apasionadamente. Honig está reivindicando, por tanto, el peso político en la vida afectiva de las cosas, y la imaginación que se proyecta sobre ellas, frente a la tendencia a reducir la democracia a procedimientos, elecciones y gestión. Es la investidura afectiva en algunas cosas representativas la que sostiene la responsabilidad, aquellas que sirven como punto de encuentro, como mediación que abre la puerta a la relacionalidad: «Winnicott y Arendt, cada uno a su manera, ponen el énfasis en el poder de las cosas para encantar nuestro mundo, habitar en nosotros y empujarnos a relaciones mediadas por objetos entre nosotros y con un mundo de cosas» (2017, p. 7).

La defensa de las cosas públicas, en última instancia, y aquí aparece una nueva torsión respecto a los estándares de la teoría democrática, no es solamente una reivindicación del interés público frente a la particularidad del interés privado, sino en general un argumento más amplio sobre lo que podría hacerse para evitar la doble compresión de la práctica democrática hacia los extremos de la rutina, que reduce la vida política a la mera administración, cada vez más privatizada, y de la excepción, que activa la política solamente en los momentos de crisis (2017, p. 5). Con un desarrollo adicional: es la relación con esas «cosas» que están en el foco de la atención pública, la que nos constituye como ciudadanos iguales. «Públicas», en un sentido performativo, son aquellas cosas en cuya relación nos constituimos como ciudadanos, las que nos hacen ser lo que somos a la vez que las fabricamos (2017, p. 11). Por eso, con la depauperación de las «cosas públicas» caminamos hacia la catástrofe, al lugar donde la esperanza de construir una sociedad democrática —o de defender lo que queda de ella— amenaza con quedar completamente cancelada. La «publicidad», en este sentido, es sinónimo de esperanza, y lo contrario de la desesperanza, como ilustra Honig en la tercera parte del libro, a través de su comentario a *Radical Hope*, un libro de Jonathan Lear donde se describe la última lucha del pueblo Crow, una comunidad originaria de América del norte, en la década de los 70 del siglo XIX, y su análisis de *Melancholia* (2011), la película del cineasta danés Lars von Trier, que explora la trágica calamidad que se cierne sobre nuestro planeta.

6. Crítica feminista: democracia en acción

No menos oblicuo respecto de los estándares de la teoría democrática y sesgado respecto de los debates académicos mayoritarios, es uno de los últimos libros de nuestra autora, *Shell-Shocked: Feminist Criticism after Trump* (2021). La singularidad, en este caso, no se debe tanto a los contenidos de los que se ocupa —las tensiones autoritarias y la degradación democrática que acompaña la era Trump, el agresivo retorno de la ostentación de actitudes machistas como señal de identidad de la nueva derecha populista— como a la manera de entender el papel de la teoría, la *crítica feminista*. Porque éste es un libro que contiene un diagnóstico sobre el estado actual de la democracia, pero también, y sobre todo, un libro que ejemplifica, y pone en

práctica, la manera en que la crítica ejercer resistencia *efectiva* a las derivas contemporáneas de la democracia.

En *Shell-Shocked* el lector encuentra un conjunto de comentarios, formalmente independientes entre sí, sobre algunos de los despropósitos que jalonaron la (primera) administración Trump, acontecimientos, grandes y pequeños, circunstancias marginales, episódicas, pequeños detalles: desde las vicisitudes familiares del presidente, a la destitución de James Comey, director del FBI, feminizado por su antiguo jefe, a la caída de Harvey Weinstein, a las batallas por los espectáculos televisivos de máxima audiencia, a las grabaciones robadas al presidente sobre cómo suele tratar él a las mujeres, a la gestión del episodio Stormy Daniels, una antigua amante, y así sucesivamente. Son más de 25 episodios, publicados en medios diversos. De nuevo, no parece un libro que se ocupa del tipo de cosas de las que suelen ocupar los libros de teoría de la democracia, pero indica una posible perspectiva a seguir con mucha más claridad que muchos otros.

De hecho, no es difícil descubrir son textos inspirados por un propósito muy preciso. El collage ofrecido por Honig muestra que el impacto de aquella presidencia –y, sistemáticamente, de la que hemos conocido unos años más tarde– ha estado en la producción deliberada del *shock*, a través de una presión mediática constante, de controversias continuas, de investigaciones interminables, de gestos de todo tipo orientados a generar un ambiente de «rabia, manipulación y resentimiento» (2021, pp. XV-XVI). El estado de insensibilidad y saturación que acompaña al *shock* no es un elemento colateral en la disputa política, sino un factor clave en la degeneración actual de la democracia estadounidense. Honig se hace eco de la conocida doctrina elaborada por Naomi Klein para dar cuenta de las pulsiones autoritarias que recorrieron el siglo XX. El *shock* paraliza al individuo, bloquear cualquier comunicación entre el individuo y la comunidad, cortocircuita cualquier atisbo de regularidad en el desempeño de las instituciones (2021, p. XVI). Honig entiende que la respuesta al shock no puede consistir en redoblar la dosis, levantando todavía más el volumen, compitiendo desde la agresividad en el lenguaje, respondiendo por así decir desde la excepcionalidad a la normalidad perdida. A un lado de la barricada, la producción del *shock* es un frente abierto en la batalla cultural que traerá –según el eslogan– una nueva era de «grandeza» para nuestras decadentes democracias. Para quienes están del otro lado, en cambio, es el punto donde se ventila la posibilidad de una crítica efectiva a la generalizada ofensiva populista.

Para contraponerse a la sistemática utilización del shock, para desbloquear la morsa que nos atrapa, más allá de la voluntariosa resistencia y las ilusiones de la reflexión y la deliberación, el único recurso disponible es acudir a la fuerza incansable de la crítica, a la manera feminista, desmontando las condiciones micropolíticas de la dominación, del machismo y el autoritarismo que es una parte tan destacada en el mensaje trumpiano. «La crítica feminista –escribe Honig– puede ayudarnos a encontrar patrones en el caos de la conmoción y puntos de orientación en el miasma. La lectura atenta ayuda a aflojar el agarre de la conmoción o, al menos, a evitar que se estreche aún más. Aporta discernimiento al desorden. La crítica nos une para compartir impresiones, desarrollar colaboraciones y comparar perspectivas. La crítica feminista desgarrar el tejido de las condiciones preexistentes en Estados Unidos y afloja sus ataduras» (2021, p. XVI). No se trata sólo, por tanto, de combatir los efectos del shock, llamando a una heroica resistencia, sino a la vez de destejer, en la oscuridad de la noche, como Penélope en la Odisea, los nudos de opresión que otras manos tejen a la luz del día. «La crítica feminista cuenta historias que de otro modo

podríamos haber pasado por alto o vuelve a contar aquellas cuyos detalles más valiosos se nos habían escapado, arrojando nueva luz, mostrando nuevas posibilidades, agrietando la superficie para que pueda entrar la luz, y también la oscuridad. Al escuchar a diario y con detalle el dolor y el placer en las voces de los demás, reunidos en torno a nosotros, nuestros sentidos se agudizan para el desenlace nocturno, nuestra empatía se despierta, nuestra visión se agudiza, nuestro espíritu se eleva y nos reunimos de nuevo para los largos días que tenemos por delante» (2021, p. 193).

7. Una democracia sin soberano: emergencia, decisión y prácticas democráticas

Un tercer ámbito del pensamiento de Bonnie Honig del que nos queremos ocupar aquí es el que nos conduce al trabajo que presentamos en esta sección de la revista *Eunomía*. A partir de los años noventa y con mayor fuerza tras los atentados del 11 de septiembre de 2001, las tesis de Carl Schmitt sobre el estado de excepción fueron actualizadas tanto por quienes, desde posiciones conservadoras, querían justificar un decisionismo que garantizara el orden y la seguridad por encima de los derechos individuales, como por los defensores de una democracia radical que abogaba por permitir la emergencia de sujetos políticos no reconocidos en el orden constituido. En *Homo Sacer* (1995), Giorgio Agamben formula una ontología política donde el soberano, el campo de concentración y el *homo sacer* configuran el núcleo estructurante de lo político. En esta arquitectura conceptual, el soberano es aquel que decide sobre el estado de excepción, situándose por encima de la ley, y es precisamente esta capacidad de suspender el orden jurídico lo que revela su verdadero poder. El *homo sacer*, por su parte, es una figura liminar que puede ser matada pero no sacrificada, es decir, una vida excluida de la protección del derecho, reducida a mera existencia biológica (*nuda vida*). El campo de concentración se convierte entonces en el espacio paradigmático en el que esta estructura se visibiliza: un lugar donde la ley ha sido suspendida, donde la soberanía se manifiesta en su forma más desnuda y donde la vida humana queda expuesta sin mediación jurídica. Para Agamben, esta tríada no es un accidente histórico ni una anomalía del siglo XX, sino la manifestación arquetípica de una lógica que subyace a toda soberanía occidental. El estado de excepción no es, en este marco, una desviación de la norma, sino su condición de posibilidad, y el campo, más que una excepción al orden jurídico, es su matriz oculta.

Esta relectura comparte con Schmitt la premisa fundamental de que lo político se define por su capacidad de decidir sobre la excepción, es decir, por el poder de suspender el orden jurídico en nombre de la seguridad o la supervivencia del Estado. Esta tesis ha alimentado un imaginario político realista, centrado en el antagonismo y el conflicto como fundamentos primarios de la vida política. Frente a este marco, también en este caso, como en los anteriores que hemos recogido en estas páginas, Bonnie Honig representa una voz crítica singular. Aunque comparte con estas corrientes críticas una desconfianza hacia el formalismo legalista del liberalismo y una atención a las exclusiones que genera el derecho positivo, no cede a la lógica excepcionalista ni a la figura del soberano. Su obra, especialmente desde *Emergency Politics* (2009), propone pensar la democracia como un conjunto de prácticas distribuidas que operan incluso –y especialmente– en momentos de crisis. En lugar de entender la excepción como un momento fundacional de la política, Honig desplaza el foco hacia la capacidad democrática de responder a la emergencia sin suspender el derecho ni concentrar el poder. Esta sección examina esa propuesta a través de cuatro textos clave: *The Miracle of Metaphor* (2007), *Three Models of Emergency*

Politics (2014), *Emergency Politics* (2009) y *Between Decision and Deliberation* (2007).

8. El milagro sin teología: crítica a la excepción soberana desde Rosenzweig

En el ensayo *The Miracle of Metaphor: Rethinking the State of Exception with Rosenzweig and Schmitt* (2007), Honig introduce una distinción conceptual decisiva al analizar el uso del «milagro» como categoría política. Frente a la noción teológica que Carl Schmitt traslada al derecho (donde el soberano se asemeja a Dios por su capacidad de suspender las normas), Honig recupera la interpretación que Franz Rosenzweig (1997) hace del milagro en *La estrella de la redención* para plantear una alternativa no soberanista. La elección de Rosenzweig ejemplifica una estrategia constante en la obra de Honig: la selección de autores secundarios dentro del canon filosófico o de figuras literarias clásicas resignificadas, que sirven como contranarrativas para responder críticamente a ideas hegemónicas y desestabilizar marcos dominantes como el decisionismo soberano o el excepcionalismo político.

Según Schmitt (2009), el milagro encarna una irrupción que confirma el poder soberano, pues este se sitúa fuera de la ley al decidir sobre su suspensión. En cambio, para Rosenzweig el milagro no es una ruptura del mundo ni una suspensión de sus leyes, sino una interrupción dentro de la continuidad, un llamado a la respuesta humana y relacional. Honig traslada esta concepción al campo político: propone entender las emergencias no como momentos que exigen un soberano, sino como aperturas a nuevas prácticas de sentido, responsabilidad y relación. Esta lectura permite pensar el acontecimiento extraordinario sin remitir a una lógica de excepción, y abre la vía para formas democráticas de lidiar con la crisis.

De este modo, Honig establece una genealogía conceptual que desactiva el fetichismo de la excepción, sin por ello minimizar la importancia del acontecimiento o de la contingencia. La emergencia deja de ser un pretexto para suspender el derecho, y pasa a ser un espacio donde se activan nuevas formas de imaginación legal y política. Esta perspectiva se concreta en sus desarrollos posteriores sobre prácticas democráticas de emergencia, que veremos a continuación.

9. Tres modelos de respuesta democrática a la emergencia

En *Three Models of Emergency Politics* (2014), Honig elabora su crítica al excepcionalismo a través de una reconstrucción empírica y conceptual de tres formas democráticas de actuar en situaciones de emergencia. Frente al modelo schmittiano –que supone que la política auténtica solo se manifiesta en la excepción soberana–, Honig propone tres alternativas que democratizan la emergencia: el modelo deliberativo, el activista y el legalista radical. Estas formas no suspenden la ley, sino que la reinterpretan, la amplían o la transforman desde prácticas ciudadanas e institucionales que no clausuran sino que amplían el orden democrático.

9.1. El modelo deliberativo

Inspirado en el trabajo de Elaine Scarry (2011), este modelo parte de la premisa de que la democracia puede –y debe– prepararse para la emergencia sin recurrir a la suspensión del orden legal. Scarry argumenta que es posible enfrentar las crisis mediante ciudadanías entrenadas en prácticas deliberativas y colaborativas, capaces de responder colectivamente de forma racional y organizada. Honig recoge esta idea

para mostrar cómo la deliberación democrática puede ser preventiva y estructural, mediante ejercicios como los protocolos de RCP, los refugios suizos antinucleares o la preparación ciudadana frente a catástrofes.

Este modelo apuesta por una racionalidad distribuida y entrenada, que no necesita concentración soberana del poder. Sin embargo, Honig advierte que este enfoque puede tornarse elitista o insensible al componente afectivo y desigual de las crisis. La deliberación racional no siempre está al alcance de todos los sujetos sociales, y puede ocultar estructuras de exclusión o dinámicas de silenciamiento. Aun así, se trata de un modelo que reafirma la capacidad normativa y práctica de la democracia, incluso en circunstancias extremas.

9.2. El modelo activista

El segundo modelo que Honig identifica en *Three Models of Emergency Politics* se articula en torno a la respuesta activista ante la crisis del sida durante los años ochenta y noventa, particularmente en el contexto estadounidense. Para ilustrarlo, Honig se apoya en las reflexiones de Douglas Crimp (1987) y en las acciones del colectivo ACT UP (AIDS Coalition to Unleash Power), que respondieron a la emergencia no mediante estructuras deliberativas o apelaciones a la legalidad formal, sino a través de prácticas afectivas, corporales y disruptivas. ACT UP, fundado en 1987, fue un grupo de acción directa compuesto mayoritariamente por activistas queer, personas seropositivas y aliados, que irrumpió en el espacio público con performances, ocupaciones de instituciones médicas y gubernamentales, campañas visuales de choque y prácticas de desobediencia civil. Su lucha no solo exigía atención médica y justicia sanitaria, sino también un reconocimiento pleno de las vidas queer, frecuentemente desatendidas o estigmatizadas por el discurso biomédico hegemónico y la indiferencia estatal.

Douglas Crimp, crítico cultural y activista vinculado al grupo, elaboró una teoría sobre la «promiscuidad política», defendiendo la centralidad del deseo, el riesgo compartido y los cuerpos vulnerables como formas legítimas y necesarias de agencia política. Frente a las respuestas higienistas o paternalistas que buscaban disciplinar la vida afectiva y sexual de las comunidades queer, Crimp reivindicó una política que abrazara la precariedad como forma de resistencia y creatividad. Honig recoge estas propuestas para mostrar que la respuesta a la emergencia no tiene por qué fundarse en la lógica de la excepción, sino que puede generar nuevas formas de colectividad desde el dolor, el deseo y la solidaridad. Esta política de la promiscuidad no es un rechazo del orden democrático, sino una forma alternativa y potente de participación política que revela sus límites estructurales.

Este modelo muestra cómo la vida política puede brotar desde los márgenes, desestabilizando los discursos securitarios que pretenden imponer una normalidad excluyente. Las emergencias no son gestionadas por un soberano que decide, sino por comunidades afectivas que actúan. En este sentido, el modelo activista se sitúa en continuidad con la idea de «*emergence*» del capítulo 2 de *Emergency Politics*, donde Honig insiste en que las crisis pueden ser ocasiones constituyentes, momentos de invención política desde abajo.

9.3. El modelo legalista radical

El tercer modelo que Honig analiza es el que denomina «legalismo radical», ejemplificado por la figura de Louis Freeland Post, subsecretario de Trabajo de los

Estados Unidos durante el *Red Scare* de 1919–1920. En ese contexto de pánico anticomunista, persecución de activistas obreros y criminalización de migrantes anarquistas, Post usó su posición para reinterpretar los márgenes del derecho migratorio vigente en favor de los derechos fundamentales de los acusados. En lugar de aceptar la lógica de excepción impulsada por las redadas masivas promovidas por el fiscal general Mitchell Palmer, Post se dedicó a revisar minuciosamente los expedientes de deportación, exigiendo pruebas individualizadas y haciendo uso de lagunas legales y principios constitucionales para bloquear cientos de expulsiones injustificadas. Esta operación no fue simplemente un gesto garantista, sino una apuesta política por radicalizar el legalismo, convertir el aparato normativo en herramienta de contención del poder punitivo y defender así un modelo republicano de democracia.

Este modelo permite a Honig demostrar que el derecho no tiene por qué ser instrumento del soberano, sino que puede ser una herramienta de resistencia interna cuando es interpretado y aplicado por funcionarios comprometidos con la democracia. Post encarna la posibilidad de un «funcionario activista» que no suspende la ley, sino que la despliega como escudo frente a los abusos del poder, en contraste con figuras como Adolf Eichmann, arquetipo del burócrata obediente que ejecuta crímenes atroces bajo el pretexto del deber (Arendt, 2003), y con los *petty sovereigns* analizados por Judith Butler (2006): agentes menores de poder que, en nombre de una autoridad delegada, ejercen violencia discriminatoria bajo la apariencia de legalidad. Frente a estos modelos de servilismo o microtiranía legal, la figura de Post reivindica una ética pública capaz de reorientar la práctica jurídica hacia fines emancipadores. Este ejemplo, retomado y ampliado en el capítulo 2 de *Emergency Politics*, permite pensar una cultura de la legalidad no basada en la excepción, sino en la creatividad institucional al servicio de la justicia.

Ahora bien, esta misma plasticidad del modelo legalista radical plantea una inquietud que no debe ser ignorada: ¿qué ocurre cuando el aparato legal es usado para reforzar precisamente una lógica de excepción y exclusión? Honig no lo desarrolla en detalle, pero sugiere que el legalismo no es intrínsecamente progresista. La reinterpretación activa del derecho puede ir en sentido contrario si quienes lo practican lo hacen con objetivos autoritarios. Un ejemplo contemporáneo inquietante es el uso que Donald Trump ha hecho de normativas excepcionales –incluidas disposiciones legales sobre seguridad nacional y salud pública– para acelerar la deportación de migrantes. El caso de la expulsión masiva de venezolanos a El Salvador, invocando poderes ejecutivos y leyes migratorias de emergencia, muestra que un «legalismo radical invertido» puede convertirse en justificación de políticas xenófobas y antidemocráticas. Así, el modelo de Post ofrece tanto una vía de resistencia como una advertencia: la radicalidad legalista solo es democratizadora si está anclada en una ética política del reconocimiento y la hospitalidad.

10. Decisión sin soberano: entre la deliberación y la acción

El paso de la emergencia a la decisión es el foco del capítulo 3 de *Emergency Politics* y del artículo *Between Decision and Deliberation: Political Paradox in Democratic Theory* (2007). Honig parte aquí de una crítica a las teorías deliberativas que tienden a tratar la decisión como un fracaso de la deliberación. En su lugar, propone asumir que la decisión es constitutiva de la democracia, y que el momento decisonal no puede eliminarse ni neutralizarse.



Lejos de la lógica soberanista que sitúa la decisión como prerrogativa de una voluntad trascendente, Honig la entiende como práctica distribuida y situada, fruto de conflictos, contingencias y responsabilidades compartidas. A diferencia de la decisión soberana que clausura el conflicto en nombre del orden, la decisión democrática –tal como la concibe Honig– no resuelve definitivamente las tensiones, sino que las visibiliza, las reactiva y las somete a disputa pública. Decidir, en este sentido, no es cerrar la deliberación, sino abrirla hacia nuevas posibilidades. Así, la decisión no es una solución final, sino una práctica de intervención que activa el espacio público y lo mantiene abierto. Así, Honig recupera la paradoja rousseauiana (no hay buenas leyes sin buenos ciudadanos, ni buenos ciudadanos sin buenas leyes) no como un dilema insoluble, sino como una tensión fecunda que estructura la democracia.

Desde este enfoque, la decisión no se opone a la deliberación, ni la emergencia a la ley. Lo que se opone a la democracia no es el conflicto, sino su captura soberana. Por eso, los modelos de emergencia que Honig propone –deliberativo, activista, legalista– no son formas de evitar la decisión, sino formas de sostenerla sin ceder al excepcionalismo. La democracia, para Honig, es agonística no porque niegue el derecho, sino porque lo transforma constantemente desde prácticas pluralistas que resisten la clausura soberana. A diferencia del antagonismo soberanista –que parte de la premisa de un conflicto irreductible entre amigo y enemigo y que tiende a justificar el cierre autoritario del debate en nombre de una decisión soberana–, el agonismo que propone Honig reconoce el conflicto como constitutivo de lo político, pero sin abandonarse a la lógica de la exclusión ni a la dialéctica amigo/enemigo. Su agonismo es una ética de la confrontación democrática, donde las diferencias no se eliminan ni se neutralizan, sino que se dramatizan públicamente y se reinscriben institucionalmente como parte del juego político. En este sentido, el agonismo de Honig está más cerca de una pedagogía democrática que de una ontología de la hostilidad.

Esta distinción no es solo teórica: muchos de los planteamientos que en las últimas décadas abrazaron el decisionismo soberanista en nombre de ideales emancipatorios –apelando a la urgencia de romper con el formalismo liberal o de dar voz al poder constituyente– están siendo hoy objeto de una fuerte revisión crítica. En muchos casos, esas posiciones alimentaron una reacción autoinmune de las democracias liberales, desactivando sus defensas normativas y erosionando el compromiso institucional con la igualdad y la pluralidad. El resultado ha sido, en parte, la emergencia de proyectos iliberales que han capitalizado la lógica de la excepción para restringir derechos, concentrar poder y redefinir el pueblo como una unidad homogénea. En este contexto, la propuesta de Honig cobra un valor especialmente relevante: su teoría de la democracia agonística no sólo rehúye el formalismo paralizante, sino que también previene los peligros del decisionismo autoritario. Al insistir en una cultura democrática de la legalidad, en prácticas institucionales abiertas y en el conflicto como dinamismo constitutivo del espacio público, su pensamiento actúa como una suerte de antídoto conceptual ante las derivas patológicas del soberanismo radical, recordándonos que la democracia no se defiende suspendiéndola, sino practicándola incluso –y sobre todo– en tiempos de crisis.

11. Conclusión

La propuesta de Bonnie Honig se sitúa entre las más originales del pensamiento político contemporáneo. Su lectura crítica de Schmitt y Agamben, su reelaboración pragmatista del concepto de milagro, y su propuesta de modelos alternativos de



política de emergencia permiten pensar una democracia sin soberano y sin suspensión, incluso en tiempos de crisis. Lejos de oponer la legalidad a la acción política, Honig articula una concepción ampliada de la legalidad como campo en disputa, donde se ejercen prácticas de interpretación, contestación y reinención de la norma. Esta visión resulta especialmente relevante para una cultura de la legalidad que no quiera limitarse a preservar el *statu quo*, sino habilitar formas democráticas de transformación institucional desde la pluralidad y el conflicto. El artículo que traducimos a continuación nos parece una buena muestra de ello.

Bibliografía

- Agamben, G. (2006 [1995]). *Homo sacer: El poder soberano y la nuda vida*. Pre-Textos.
- Butler, J. (2015 [2017]). *Cuerpos aliados y lucha política. Hacia una teoría performativa de la asamblea*. Paidós.
- Butler, J. (2006 [2004]). *Vida precaria: El poder del duelo y la violencia*. Paidós.
- Cavarero, A. (2014 [2022]). *Inclinaciones. Crítica de la rectitud*. Barcelona: Fragmenta Editorial.
- Crimp, D. (Ed.). (1987). *AIDS: Cultural analysis, cultural activism*. MIT Press.
- Honig, B. (Ed.). (1995) *Feminist Interpretations of Hannah Arendt*, Pennsylvania State University Press.
- Honig, B. (2021). *Shell-Shocked. Feminist Criticism after Trump*. Fordham University Press.
- Honig, B. (2020). *A feminist theory of refusal*. Harvard University Press.
- Honig, B. (2017). *Public things: Democracy in disrepair*. Fordham University Press.
- Honig, B. (2014). Three models of emergency politics. *Boundary 2*, 41(2), 45-70. <https://doi.org/10.1215/01903659-2686088>
- Honig, B. (2013). *Antigone interrupted*. Cambridge University Press.
- Honig, B. (2009). *Emergency politics: Paradox, law, democracy*. Princeton University Press.
- Honig, B. (2007a). The miracle of metaphor: Rethinking the state of exception with Rosenzweig and Schmitt. In C. Douzinas & S. Žižek (Eds.), *Law and the sacred* (pp. 213-238). Stanford University Press.
- Honig, B. (2007b). Between decision and deliberation: Political paradox in democratic theory. *American Political Science Review*, 101(1), 1-17. <https://www.jstor.org/stable/27644422>
- Honig, B. (1993). *Political theory and the displacement of politics*. Cornell University Press.
- Máiz, R. (2015) Saliendo de la caverna. La teoría política hoy: Entre Bios theoretikos y Bios Politikos. En Wences, I. (Ed.) *Tomando en serio la teoría política* (pp. 97-140), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rosenzweig, F. (1997 [1921]). *La estrella de la redención*. (M. García Baró, Trad). Sígueme.
- Scarry, E. (2011). *Thinking in an emergency*. W. W. Norton.
- Schmitt, C. (2009 [1922]). *Teología política* (F. J. Conde, Trad.). Trotta.
- Wolin, S. S. (2004 [1960]). *Politics and vision: Continuity and innovation in Western political thought* (Expanded ed.). Princeton University Press.
- Zerilli, L. (2005) *Feminism and the Abyss of Freedom*. University of Chicago Press.

Entre decisión y deliberación. La paradoja política en la teoría democrática*

Between decision and deliberation. Political paradox in democratic theory

Bonnie Honig**

Northwestern University and American Bar Foundation

ORCID ID 0000-0003-4426-6276

b-honig@northwestern.edu

Cita recomendada:

Honig, B. (2025). Entre decisión y deliberación. La paradoja política en la teoría democrática. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 353-382.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9859>

Recibido / received: 20/09/2025
Aceptado / accepted: 10/10/2025

Los teóricos de la democracia deliberativa (en este ensayo, Seyla Benhabib y Jürgen Habermas) intentan resolver, manejar o trascender las paradojas de la legitimación democrática o de la democracia constitucional. Otras teóricas de la democracia como Chantal Mouffe asumen dichas paradojas y afirman su irreductibilidad. Los deliberativos llaman a esta posición «decisionismo». Este texto examina la promesa y los límites de estos esfuerzos variados a través de una tercera paradoja: la paradoja de la política de Rousseau, cuyos mecanismos son tratados en el libro II, capítulo 7 del Contrato Social. Esta última paradoja no puede ser resuelta, trascendida, controlada o incluso afirmada como un conflicto binario irresoluble. Esta paradoja de la política no nombra un choque entre dos lógicas o normas sino un círculo vicioso del

* Traducción de Patricia Lara Folch.

** Bonnie Honig es Profesora de Ciencia Política en Northwestern University, 601 University Place, Evanston, IL 60208, y Senior Research Fellow en el American Bar Foundation. Este ensayo le debe mucho a una larga conversación con Jason Frank, cuyo trabajo sobre el constitucionalismo popular ha informado el mío. También estoy en deuda con Mary Dietz, Jill Frank, Patchen Markell, Andrew Schaap, Linda Zerilli, Seyla Benhabib, William Connolly, Peter Fenves y la fallecida Iris Young por conversaciones sobre estos temas o comentarios sobre borradores anteriores. Lida Maxwell y Laura Ephraim brindaron una valiosa asistencia en la investigación. Finalmente, agradezco a tres revisores de la APSR y al editor por los comentarios y críticas que me orientaron en las revisiones finales.

huevo y la gallina (¿Cuál viene primero, la buena gente o la buena ley?). Tiene el feliz efecto de reorientar la teoría democrática hacia: las condiciones materiales de la práctica política, la inescapable voluntad de un pueblo que siempre es también una multitud, y, no solo los poderes regulativos, sino los poderes productivos de la ley.

La invitación a justificar no necesita ser aceptada; la creencia de que una acción es de algún modo moralmente incompleta a menos que esté respaldada por una “justificación” es una superstición. Pero si se acepta, solo puede responderse con un argumento persuasivo que haga referencia a la cualidad regular de la conducta, un argumento destinado a “vindicar”¹. (Oakeshott, 1975, p. 69)

La democracia, según H.L. Mencken, «es la teoría de que la gente común sabe lo que quiere y merece obtenerlo con creces» (1920, p.203). La visión más bien despectiva de Mencken sobre el pueblo es compartida por muchos teóricos de la democracia, pero no así su visión de la democracia. Se espera que la democracia, de algún modo, pueda ser mejor que el pueblo al que busca representar y gobernar. Esta aspiración adopta distintas formas en las diversas ramas de la teoría democrática. En la teoría democrática deliberativa o del discurso, el pueblo y sus preferencias no son tomados simplemente tal y como son (Bohman 1990, pp. 99-100; Young 1993, p. 129; Benhabib 1994a, p. 32). Para los demócratas deliberativos, las normas de legitimación y las salvaguardas institucionales del constitucionalismo protegen los bienes normativos de la democracia –igualdad, transparencia, rendición de cuentas– del propio pueblo que podría traicionarlos. Más importante aún, se afirma que la legitimación y el constitucionalismo ofrecen instrucción moral, ideales justificados, prácticas justas y procedimientos válidos que podrían guiar al pueblo y asegurar su pretensión de ser justos y no meramente poderosos, «democráticos» y no meramente mayoritarios (Habermas, 1996, pp. 126-28; Benhabib, 1994a, p. 34).

La esperanza de que el pueblo será guiado correctamente por normas y constituciones responde a, pero no necesariamente se alinea con, la preocupación de que los compromisos de la democracia deliberativa con la legitimación y el constitucionalismo aparezcan en conflicto con la autonomía del pueblo. En la literatura de la democracia deliberativa, estos compromisos dan lugar a dos paradojas: la paradoja de la legitimación democrática y la paradoja de la democracia constitucional. Otras paradojas también aparecen en el trabajo de los demócratas deliberativos (Bohman, 1990, pp. 97-98; Young, 1993, p. 124; 2000, pp. 126-27; Benhabib, 2002, pp. 104, 192), pero estas dos son de importancia central debido a su recurrencia y porque privilegian una serie de problemas que definen el proyecto deliberativo, como los siguientes: ¿cómo desarrollar una teoría democrática capaz de ir más allá del mero interés en normas y derechos justificables? ¿cómo asegurar los derechos fundamentales frente a las fuerzas del mayoritarismo? ¿cómo reconciliar la igualdad universal con las particularidades democráticas?

Las dos aristas de las paradojas consideradas aquí son a veces personificadas por los deliberativistas, quienes las presentan como conflictos entre Kant y Rousseau (Benhabib, 1992; Habermas, 1996, 2001), o como conflictos internos en cada uno de estos pensadores. Habermas dice:

Rousseau y Kant persiguieron el objetivo de concebir la noción de autonomía como la unificación de la razón práctica y la voluntad soberana, de tal modo que la idea de los derechos humanos y el principio de la soberanía popular pudieran

¹ «Vindicate», del latín *vindicāre*, *vindicāt-* (reclamar, defender, vengar), a partir de *vindex*, *vindic-* (fiador, vengador).

interpretarse mutuamente. No obstante, estos dos autores tampoco lograron integrar ambos conceptos de una manera equilibrada (Habermas, 1996, 100; cf. 94, pp. 767-68; y *passim*).

Para los deliberativistas, la meta es encontrar el justo equilibrio. Una vez logrado, las paradojas que les preocupan se verán o bien como conflictos falsos (Habermas, 1996, pp. 83-84, 100, 461; 2001), o como conflictos que pueden trascenderse mediante los procedimientos adecuados (Benhabib, 1994a), o mitigarse mediante prácticas de «iteración» o «ajustes (*tappings*)» constitucionales que, en la práctica, conjugan los polos contradictorios de la paradoja (Habermas, 2001; Benhabib, 2004, p. 47). A falta de tales esfuerzos, se dice, a falta de alguna justificación razonada, procedimiento o práctica para disipar o manejar la paradoja, la teoría democrática es incapaz de cumplir su promesa normativa y, peor aún, deriva en un mero decisionismo.

«Decisionismo» es uno de los nombres usados por los deliberativistas para referirse a la posición de aquellos que les critican partiendo del trabajo de Friedrich Nietzsche, Carl Schmitt y, en ocasiones, Jacques Derrida (Habermas, 1989, 1990; Benhabib, 1994b; Scheuerman, 1998). De acuerdo con los deliberativistas, los teóricos decisionistas no son capaces de ofrecer justificaciones válidas de los principios que defienden (Habermas, 1996, p. 453). El poder que promueven es por tanto arbitrario y peligroso, no muy distinto de la fuerza bruta (Cass Sunstein afirma que «el antónimo de la deliberación es la imposición de escenarios por parte de grupos egoístas y políticamente poderosos» [1988, 1550].) Las afirmaciones de los deliberativistas sobre los peligros del decisionismo son facilitadas por Schmitt (1996), quien valoró la distinción amigo-enemigo como el rasgo esencial de lo político, se unió al partido Nazi y se convirtió en su jurista legal, criticó la república de Weimar y al parlamentarismo liberal en general por producir solo discusiones interminables y paralizantes. Todo esto queda reflejado en la literatura deliberativista y también en algunas teóricas de la democracia (Habermas, 1989, pp. 128-39; 1997a; 1997b; Holmes, 1993; Honig, 2005; Hirst, 1999, p. 8).

Sin embargo, ninguna teórica democrática contemporánea adopta una posición schmittiana no reconstruida. Algunas, como Chantal Mouffe, reelaboran a Schmitt en favor de la teoría democrática. Mouffe toma de Schmitt la idea de que no existe una «armonía necesaria» entre liberalismo y democracia: «Schmitt nos hace ver cómo entran en conflicto y los peligros que el predominio de la lógica liberal puede traer al ejercicio democrático» (1999, p. 43). Pero, en lugar de seguir a Schmitt en su conclusión de que el conflicto entre liberalismo y democracia es una «contradicción que está destinada a llevar a la democracia liberal a la autodestrucción», y en lugar de seguir a los deliberativistas en afirmar que el conflicto entre liberalismo y democracia es falso o innecesario, Mouffe sostiene que aquí existe una tensión *productiva* que no puede resolverse, pero sí aprovecharse articulando los dos polos del binomio, que ella llama «lógicas»². La lógica democrática exige que constituyamos al pueblo mediante la «inscripción de derechos e igualdad en la práctica», y la lógica liberal «nos permite cuestionar—por medio de la referencia a la “humanidad” y el uso polémico de los “derechos humanos”—las formas de exclusión que necesariamente quedan inscritas en la práctica política de instaurar esos derechos y definir al pueblo...» (1999, pp. 43-44). Para Mouffe, quizá la más persistente de las críticas de la teoría democrática deliberativa, la tensión entre liberalismo y democracia «solo puede estabilizarse temporalmente a través de negociaciones pragmáticas entre

² Mouffe no está sola en esto. Hirst (1999, p. 10), Agamben (1998), Christodoulidis (2001) y Schaap (2005, pp. 93, 97), todos ellos críticos de Habermas, enmarcan sus análisis del derecho y la política en términos de lógicas inconmensurables.

fuerzas políticas que siempre establecen la hegemonía de una de ellas» sobre la otra. Esta hegemonía suele pasarse por alto. Ciertamente no es considerada como «hegemonía» por Benhabib y Habermas, quienes no describirían sus recomendadas «iteraciones» y «ajustes constitucionales (*tappings*)» como meramente «pragmáticos». Pero, insiste Mouffe, quienes pasan por alto la hegemonía o no logran diagnosticarla adecuadamente lo hacen porque, como la mayoría de nosotros, son engañados por su falsa autopresentación como una verdadera reconciliación de las dos lógicas en conflicto (2000, p. 5).

Una respuesta valiosa a este conjunto de cuestiones sería evaluar las diferencias entre el programa de Mouffe de «articulación» generada por el paradigma de la paradoja, las «iteraciones» de Benhabib y los «*tappings*» de Habermas. Otra podría ser señalar los puntos de convergencia en estos enfoques, su lente compartida de la paradoja binaria. En lugar de aceptar la disyuntiva planteada –¿deliberación o decisión?– podríamos más bien contribuir a un nuevo pensamiento sobre estos temas cambiando la pregunta. Podríamos preguntar: «¿qué queda fuera de consideración en los mapeos deliberativistas contra decisionistas de las opciones mediante paradojas neo-schmittianas que yuxtaponen lógicas o principios binarios entre sí?». En vez de: «¿cómo debemos resolver o gestionar la paradoja de la legitimación democrática?», podríamos preguntar: «¿qué problema podría estar resolviendo el concentrarse en esa paradoja para la teoría democrática deliberativa?». En lugar de: «¿es la paradoja de la democracia constitucional real o ilusoria?», podríamos preguntarnos: «¿por qué seguimos volviendo a esta paradoja? ¿Resuelve esta paradoja ciertos problemas para la teoría democrática? Y, de ser así, ¿a qué coste (si lo hay)?»

Con este cambio de orientación, trabajo a través de dos tratamientos deliberativistas de las paradojas de la legitimación (Benhabib) y del constitucionalismo (Habermas), examino las lecturas de textos contemporáneos y canónicos que les dan origen, y evalúo las implicaciones que tiene para la teoría democrática la interpretación deliberativista de ellas. Si aflojamos el dominio del binario deliberación versus decisión y disipamos el poder de las paradojas analizadas aquí, podríamos pensar de manera diferente sobre la dependencia incómoda pero inevitable de la teoría democrática en la agencia poco fiable– incluso fantasmática– del «pueblo», que puede ser llamado a existir cuando se le convoca en la política democrática (¿cuando funciona!) para *decidir*, aunque no necesariamente de manera decisionista, sobre asuntos importantes para su pasado, presente y futuro en común.

1. La paradoja de la política

El debate planteado por los demócratas deliberativos entre decisionismo y deliberación puede ser esclarecedor, pero ambos lados juntos dejan fuera una comprensión alternativa de las paradojas y un enfoque alternativo hacia ellas que podría resultar fructífero para la teoría democrática. Estas alternativas son accesibles a través de una paradoja distinta, más fundamental que las dos mencionadas y con una estructura diferente: la paradoja de la política (Ricoeur 1984; Christodoulidis [2001], quien la denomina aporía y no paradoja). Teorizada por primera vez por Rousseau, comentada desde entonces por muchos y desarrollada aquí con mayor detalle, la paradoja de la política no nos confronta con un conflicto entre dos principios o «lógicas» inconmensurables, ni con un combate estructurado binariamente entre o dentro de Rousseau y Kant. En cambio, la paradoja de la política nos atrapa en un círculo del tipo «¿qué fue primero, el huevo o la gallina?», que nos obliga a comenzar el trabajo de la política democrática *en medias res*, en un terreno que no está fundado ni en el tipo de justificación universal y principista que abrazan los demócratas

deliberativos, ni en la falta total de fundamento de la pura decisión que los deliberativistas imaginan como la única alternativa³.

Aunque la paradoja de la política a veces se denomina paradoja del fundar, es más que eso, ya que está viva en cada momento de la vida política y no solo en los orígenes de un régimen. Rousseau, en un principio, sí ve el problema como uno de orígenes en *El contrato social* (Libro II, cap. 7):

Para que un pueblo naciente aprecie las máximas políticas correctas y siga las reglas fundamentales del arte de gobernar, el efecto tendría que convertirse en la causa; el espíritu social, que debería ser el producto de la manera en que el país fue fundado, tendría que presidir la propia fundación; y, antes de la creación de las leyes, los hombres tendrían que ser lo que deberían llegar a ser por medio de esas mismas leyes.

Para que exista un pueblo lo suficientemente bien formado como para hacer buenas leyes, deben existir buenas leyes, pues de lo contrario ¿cómo estaría bien formado el pueblo? El problema es: ¿de dónde provendrían esas buenas leyes en ausencia de un pueblo ya bien formado y virtuoso?

Se suele sostener que Rousseau resolvió el problema del «huevo y la gallina» de la fundación política introduciendo la figura del legislador: un hombre bueno anterior a la buena ley, una figura objetiva o virtuosa capaz de fundar la comunidad política. Desafortunadamente, el legislador también agrava el problema; no puede simplemente resolverlo, porque su entrada en escena compromete la autonomía o la igualdad del pueblo, que Rousseau también busca asegurar como condición de su capacidad para querer libremente la voluntad general (Gildin, 1983, pp. 67-91; Johnston, 1999, p. 55; Bertram, 2004, pp. 128-47). Como veremos, sin embargo, las limitaciones de la supuesta solución del legislador no importan tanto, porque el problema excede la solución propuesta. El legislador solo responde al problema de los orígenes. Pero el aparente dilema del «huevo o la gallina» (¿qué viene primero, un pueblo virtuoso o una buena ley?) se amplía y se adhiere a la política democrática en general una vez que vemos que los regímenes ya establecidos no quedan inmunes, por su longevidad, a la dificultad paradójica que Rousseau señala. Después de todo, cada día nacen nuevos ciudadanos y otros inmigran a los regímenes establecidos. Cada día, las ciudadanas ya socializadas se equivocan, se apartan o simplemente discrepan sobre los compromisos de la ciudadanía democrática. Cada día, las democracias resocializan, recapturan o reinterpelan a los ciudadanos en sus instituciones y cultura política de maneras que esos ciudadanos no eligen libremente, ni podrían hacerlo. El problema que Rousseau parece presentar como un problema de fundación se repite diariamente.

La idea de que la llamada paradoja de la fundación –el círculo vicioso del huevo y la gallina– excede el período fundacional y se adhiere a la política en un sentido más amplio es planteada por el teórico democrático William Connolly, quien valora la elaboración de Rousseau sobre la paradoja de la fundación, pero también lo critica por haberla resuelto. Según Connolly, la solución de Rousseau no es simplemente el legislador sobre el que se ha derramado tanta tinta, sino, de manera más sutil, la ubicación del problema en el tiempo, en los comienzos de un nuevo régimen. Al confinar el problema del huevo y la gallina al período fundacional, Rousseau impide que este, junto con la violencia no querida que lo resuelve

³ Myers respalda la idea de que la teoría democrática debería comenzar *in medias res*, pero para ella la idea se opone, en lugar de derivarse, de la paradoja de la política de Rousseau, a la que considera una paradoja del fundamento (2006, Conclusión).

(personificada en el legislador), se desborde hacia la política en general. En suma, Rousseau presenta la paradoja de la política como una paradoja de la fundación con el fin de tranquilizar a sus lectores, para que «imaginen otro tiempo en que pudiera resolverse» (Connolly, 1995, p. 137), un tiempo en el que el legislador y todo lo que él representa ya no serían necesarios, y la política podría ser más verdaderamente libre. Al hacerlo, Rousseau lleva a sus lectores a inferir que de alguna manera deben superar el momento fundacional, ya sea mediante la guía impositiva de un legislador o, si fuera necesario, mediante una violencia más explícita que pueda producir por la fuerza aquello que más tarde llegará a través de la educación y la cultura. De ahí su aprobación de la idea de que el pueblo pueda ser «forzado a ser libre» (1968, I:1; aunque, como señala Johnston, la educación y la cultura también pueden ser coercitivas [Johnston, 1999, cap. 4]). Si logran encontrar ese puente tan necesario sobre lo que Hannah Arendt llama la «brecha» del período fundacional, el pueblo podría de alguna forma limitar al momento de la fundación la violencia que acompaña a la paradoja de la política. Podrían así evitar la violencia que, de otro modo, se repite cotidianamente en los regímenes establecidos, en nombre de la ley (que se presenta como no violenta al representarse como puramente auto-fundada) o en nombre de la soberanía popular (que se proclama como no violenta al representarse como la verdadera y total voluntad de un pueblo que, sin embargo, aún no está formado)⁴.

Resulta que la llamada paradoja de la fundación —el círculo vicioso del huevo y la gallina— no se supera ni tampoco se oculta simplemente, como sostiene Connolly, mediante una violencia fundacional no reconocida en Rousseau. (Un ejemplo contundente que da Connolly de esta violencia oculta son las relaciones naturalizadas de desigualdad sexual en los hogares encabezados por varones dentro de la comunidad política de Rousseau). La paradoja también se reproduce ad infinitum en el propio texto de Rousseau, como la paradoja de la política. Una lectura atenta del *Contrato social*, Libro II, capítulo 7, indica que cada uno de los diversos intentos de Rousseau por resolver la paradoja logra únicamente trasladarla a otro registro donde, una vez más, desafía toda resolución e inaugura de nuevo una política contestataria que no es ni deliberativa ni decisionista en sentido estricto. La repetida reaparición de la paradoja de la política en el texto de Rousseau apoya la idea de que el problema de cómo generar o reconocer una voluntad general se repite diariamente en el régimen democrático.

2. La paradoja de la legitimación democrática

La paradoja de la política no es central para la teoría democrática deliberativa. El problema de cómo identificar o generar la voluntad general se formula, en cambio, como la paradoja de la legitimación democrática. Así es como la teórica democrática deliberativa Seyla Benhabib entiende la paradoja de la legitimación democrática:

La distinción de Rousseau entre la 'voluntad de todos' y la 'voluntad general', entre lo que individuos específicos en circunstancias concretas creen que es su mejor interés y lo que creerían que es su interés colectivo si estuvieran debidamente ilustrados, expresa la paradoja de la legitimidad democrática. El régimen democrático, que considera a la voluntad del pueblo como soberana, se basa en la ficción regulativa de que el ejercicio de tal soberanía es legítimo —es decir, puede justificarse normativamente— solo en la medida en que ese ejercicio del poder también exprese

⁴ Lindahl (2006) ofrece un excelente análisis de estas estrategias y de sus limitaciones en Kelsen y Schmitt.

una 'voluntad general', es decir, un bien colectivo que se dice corresponde por igual a los intereses de todos. (Benhabib 1994^a, pp. 28-29)⁵

La ficción regulativa de la democracia afirma la soberanía del pueblo pero, al mismo tiempo, limita o moldea sus manifestaciones reales al exigir que apunten hacia un bien colectivo. Esta ficción regulativa motiva la búsqueda de un «punto de vista moral» que guíe o evalúe la voluntad popular. Benhabib comienza con Rousseau porque le atribuye el mérito de haber articulado de manera valiosa la paradoja de la legitimación democrática, pero al final prefiere a Kant, ya que Rousseau no responde a la necesidad de un punto de vista moral (1994a, p. 30).

El propio Rousseau no menciona la ficción regulativa, pero sí parece reconocer la insuficiencia del mero mayoritarismo para la democracia cuando considera, en el Libro II, capítulo 3, de *El contrato social*, la posibilidad de que la voluntad general pueda equivocarse. ¿Su respuesta? La voluntad general no puede equivocarse, porque si lo hiciera no sería la voluntad general, sino la mera voluntad de todos⁶. Con esta distinción entre la voluntad de todos (lo que el pueblo quiere) y la voluntad general (la opción que el pueblo debería querer, la quiera realmente o no), la voluntad general parece pasar de ser el resultado puramente procedimental de un proceso político a ser, en cambio, un resultado extra-procedimental a partir del cual juzgar los productos de procedimientos supuestamente puros, pero ahora claramente imperfectos.

El hecho de que la voluntad general pueda ir en una dirección y la voluntad de todos en otra podría haber llevado a Rousseau a rechazar la idea de voluntad general como tal, o a perder la fe en el pueblo cuyo querer legitima al régimen. Pero Rousseau insiste: «la voluntad general es siempre recta y siempre tiende hacia la utilidad pública». El pueblo puede no verla. Sus deliberaciones pueden carecer de «rectitud», no porque sean corruptos, pues «el pueblo nunca se corrompe», sino porque «a menudo es engañado», dice Rousseau (1968, II:3). La bondad del pueblo puede estar fuera de toda duda, pero se hace cada vez más evidente para Rousseau que ni siquiera su bondad puede garantizar su rectitud y, con la voluntad general operando ahora como un criterio externo para juzgar la voluntad popular, el pueblo puede encontrarse del lado de la voluntad de todos y no de la voluntad general, aun sin culpa propia. El problema es tan serio que Rousseau, solo tres capítulos más adelante en *El contrato social*, ya no se refiere a «el pueblo», sino a la «multitud ciega» (1968, II:6).

Benhabib rechaza lo que considera las dos soluciones de Rousseau a la paradoja: la primera porque fracasa y la segunda porque, según ella, introduce en la escena de la racionalidad deliberativa y su ficción regulativa una racionalidad idealizada que viola la legitimidad a la que debería estar comprometida. Benhabib llama a la primera solución de Rousseau una «solución aritmética», en la que la voluntad de todos, que «no es más que una suma de voluntades particulares», puede utilizarse para calcular la voluntad general del siguiente modo: «quita de esas mismas

⁵ La expresión de Benhabib, «si estuvieran debidamente ilustrados», delata su afinidad con Kant por encima de Rousseau, pues el legislador de Rousseau no tanto ilumina al pueblo —que parece tener dificultades para entender de qué habla («el legislador es incapaz de recurrir ni a la fuerza ni al razonamiento» [Rousseau, 1968, II: 7])— como marca la agenda e inserta al pueblo en condiciones materiales que le permiten unificarse en torno a una voluntad propiamente general (por ejemplo, limita el tamaño de la polis, asegurando que todos los miembros se conozcan entre sí).

⁶ Aquí, como han señalado Lefort y otros, parece que el «pueblo» intenta y fracasa en ocupar el lugar del rey, en términos simbólicos (1988, pp. 15-20). Bajo la monarquía francesa, dado que el Rey no podía equivocarse, las injusticias se atribuían a consejeros corruptos o a la Reina y su círculo. Así, durante los levantamientos populares, las violaciones de la ley se decían realizadas en nombre del Rey, «par l'ordre du roi.» Taylor se refiere al «mito de que el buen rey había sido traicionado por sus agentes y oficiales locales», mito que él califica de «ancestral» (2004, p. 127).

[voluntades privadas] los signos positivos y negativos que se anulan entre sí, y la voluntad general queda como la suma de las diferencias» (Rousseau, 1968, II:3, citado en Benhabib, 1994a, 28). Benhabib sostiene con razón que «la ‘solución aritmética’ de Rousseau no es satisfactoria, porque no está en absoluto claro qué podría significar, de manera concreta o institucional, el lenguaje de ‘quitar los signos positivos y negativos de las voluntades individuales’» (Benhabib, 29). Pero, atrapada en la búsqueda de un estándar normativo independiente al que Rousseau mismo no estaba comprometido, y tratando de encontrar una solución a la paradoja más que un diagnóstico de ella, Benhabib puede estar descartando demasiado rápido la relevancia de este primer, aunque defectuoso, intento.

¿Qué podría ofrecernos este rompecabezas aritmético, aparte de una solución correcta? Quizá podríamos leer la extraña aritmética de Rousseau de manera sintomática: su solución pseudoaritmético podría ilustrar a los lectores la profunda inseparabilidad que caracteriza la relación entre la voluntad de todos y la voluntad general. En esta lectura, la dirección casual de Rousseau –«quita un poco de esto y un poco de aquello y cuenta lo que queda»– no pretende tranquilizarnos, sino más bien mostrarnos la imposibilidad de saber con certeza cuándo tenemos en nuestras manos una y no la otra. ¿Podría ser esa la lección de la confusa matemática de Rousseau, que la voluntad general está habitada por la voluntad de todos y que no podemos saber con certeza cuándo las hemos separado, ni podemos esperar, por lo tanto, guiar nuestra política en base a tal conocimiento?

Esta posibilidad se confirma en la discusión completa de Rousseau sobre el legislador. Benhabib considera al legislador como el segundo intento de Rousseau por resolver la paradoja de la legitimación democrática. En realidad, el recurso de Rousseau al legislador no representa una segunda solución, sino un segundo problema ligeramente distinto. El legislador aparece como respuesta a un desplazamiento desde la paradoja de la legitimación democrática hacia la paradoja de la política, entendida por Rousseau inicialmente (pero solo inicialmente, como veremos) en el Libro II, capítulo 7, como una paradoja del fundar. En la paradoja de la legitimación democrática, representada en el Libro II, capítulo 3, acerca de si la voluntad general puede errar, el pueblo aparece como un problema para la misma voluntad general que se supone les pertenece. Pueden «errar» queriendo lo equivocado. Pueden ser «engañados». O sus deliberaciones pueden carecer de «rectitud». En la paradoja de la política, sin embargo, como en el Libro II, capítulo 7, la atención se centra en encontrar «las mejores reglas» para una nación emergente al borde de su existencia como tal. Aquí el problema no es que el pueblo pueda ser engañado o calcular mal en sus deliberaciones de modo que confunda una voluntad particular con la voluntad general. El problema es que el pueblo aún no existe como pueblo, y por lo tanto tampoco existe una voluntad general. La solución no puede ser el procedimiento adecuado ni el punto de vista correcto, porque el pueblo está en la posición insostenible de tener que generar, como resultado de sus acciones, la misma voluntad general que se supone debe motivarlos a actuar. En este punto carecen de todas las condiciones necesarias para la acción comunitaria. Sin un público, no puede haber un bien público. O al menos eso parece. El problema se muestra con mayor claridad en el momento de la fundación, pero, como sugerí antes, se adhiere a la política democrática en general en parte porque el pueblo nunca es tan plenamente lo que debería ser (virtuoso, democrático, completo) como para que una democracia pueda negar de manera creíble que recurre a la violencia, la imposición o la coerción para mantenerse. En cierto sentido, el «pueblo» está siempre de manera indecible presente y ausente de la escena democrática. Por eso, siempre forma parte de la práctica política democrática el llamarlos a existir, retórica y materialmente (Johnston 1999; Keenan 2003), aun reconociendo que tales llamados nunca tienen pleno éxito y producen inevitablemente también restos.

En este momento paradójico de la fundación, ningún miembro de la comunidad puede aún decirse que posea la perspectiva necesaria, la cual solo puede adquirirse a posteriori, para formar las reglas o abogar por un bien colectivo en el que el pueblo ya debería haber sido educado para no ser una «multitud ciega», sino un «pueblo» capaz del ejercicio autónomo de la soberanía popular (Rousseau, 1968, II:6). De algún modo, este impasse se negocia –Hannah Arendt (1963), en *Sobre la revolución* habla en este sentido de las varias «buenas fortunas» que permitieron al pueblo y a los fundadores estadounidenses fundar en lugar de fracasar–, pero su huella permanece. La voluntad general realmente nunca puede ser equitativamente en interés de todos ni equitativamente querida por todos.

Incluso si fuese plenamente querida, sus autores aun así la experimentan como algo ajeno cuando se convierte en fuente de ley, pues dejan de ser solo sus autores para convertirse también en sujetos de la ley (Honig 2001a). Más aún, dadas las vicisitudes de los procesos legislativos, siempre existe cierta divergencia entre lo que el pueblo quiere, en cuanto autor, y lo que emerge como ley que se impone sobre él, en cuanto sujeto (Habermas, 1996, pp. 354-59). De hecho, puede incluso suceder que esta ley extraña, siempre en cierto modo ajena y perpetuamente reproducida como tal incluso por las instituciones democráticas, esté marcada por la propia paradoja de la política: en esa paradoja recurrente, una y otra vez, el sujeto postulado por la política aparece como nunca del todo causa, porque es siempre también efecto de la práctica política. Como lo expresa vívidamente Peter Fitzpatrick, este es un momento en el que «el tiempo corre al revés y el presente se precede a sí mismo» (2001, p. 74).

Desde esta perspectiva, el legislador, considerado por algunos de los lectores de Rousseau como una supuesta solución al problema (pues se dice que tiene la perspicacia de acertar plenamente con la ley en nombre de un pueblo que aún no puede hacerlo por sí mismo)– en realidad no resuelve el problema, sino que lo marca: incluso si pudiera acertar con la ley, habilitaría la auto-gobernanza del pueblo a costa de comprometer su autonomía. Así como la anterior solución aritmética mostraba que la voluntad general estaba siempre habitada por la voluntad de todos, también aquí la idea parece ser que la soberanía popular está siempre acechada por la heteronomía, que el pueblo es siempre indecidiblemente también una «multitud». En Rousseau (y esta es una de sus grandes fortalezas como teórico democrático), pese a su aspiración de una soberanía popular autónoma, se percibe la idea de que el pueblo nunca es solo héroe de su propia historia, sino también protagonista en la historia de otro (representado por el legislador), siendo portador indecible de fuerzas más grandes que él mismo⁷. Una forma de aliviar los problemas que aquí se marcan podría ser enfocarse menos de lo que hace la teoría democrática deliberativa en la universalidad y en la orientación hacia el consenso como condiciones de la política, y más en su imperfecta (re)producción como efectos sociopolíticos. Esto desplazaría el centro (aunque no por completo) desde el procedimentalismo y el constitucionalismo hacia una teorización de sus restos y hacia un análisis de las orientaciones populares frente a esos dispositivos de (auto)gobierno.

Sin embargo, supongamos por un momento, junto con Benhabib, que el legislador es una respuesta al mismo problema que la fallida solución aritmética anterior. Hay algo atractivo en esta figura: un fundador que enfrenta la paradoja de la legitimación democrática estableciendo las condiciones materiales y procedimentales

⁷ En *Democracy and the Foreigner*, sostengo que algunos de los modelos del legislador de Rousseau fueron fundadores extranjeros, con el fin de señalar esta persistente extranjería en un pueblo incluso respecto de una buena ley (Honig 2001a, pp. 29-30; cf. Lindahl 2003, p. 113: «si bien toda comunidad política necesariamente se refiere a su origen como 'propio', ese origen permanece para siempre ajeno a ella»).

para una voluntad general exitosa. Como mínimo, facilita o educa. Como máximo, educa por la fuerza. Para Benhabib, sin embargo, la solución del legislador no es ninguna solución, porque este se presenta como una «instancia de racionalidad idealizada», no de racionalidad deliberativa. Rousseau, sostiene, está dispuesto a «sacrificar legitimidad (la voluntad del pueblo) a cambio de racionalidad (el legislador, “una instancia externa a la voluntad unida del pueblo... cuya racionalidad trasciende la legitimidad que deriva del pueblo”))» (Benhabib, 1994a, pp. 29-30). Por ello, Benhabib busca en otro lugar el «punto de vista moral» que falta, y se desplaza hacia Kant.

Benhabib no está sola en considerar al legislador como una traición al ideal democrático de Rousseau. Ya sea que lo entendamos como una figura de racionalidad idealizada que sacrifica legitimidad de la manera que describe Benhabib, o como otra fuerza (ya sea racionalidad, extranjería, autoridad paternal, certeza moral o simplemente una gran intuición sobre lo que un pueblo particular necesita para funcionar como una unidad), muchos lectores de Rousseau interpretan al legislador como la representación de la dependencia del pueblo soberano en potencia de una fuerza externa que lo guíe hacia la voluntad general que, propiamente, debería ser su propia motivación interna libre y la expresión de su unidad política (Honig, 2001a, p. 21; Fitzpatrick, 2001, p. 83; Keenan, 2003, p. 17). En resumen, parece que los problemas de fundación o de voluntad que se resuelven mediante la agencia del legislador son menores en comparación con los problemas que éste causa para una democracia en ciernes.

Sin embargo, el fracaso de la solución no es lo que parece. De hecho, el legislador de Rousseau es menos una solución –fallida o exitosa– de lo que la mayoría de los lectores del *Contrato social* asumen. Simplemente no ofrece la certeza ni la fuerza que Benhabib y otros comentaristas le atribuyen, ya sea para bien o para mal. El legislador puede proponerse fundar un pueblo, incluso intentar moldearlo, pero al final son los propios ciudadanos quienes deben aceptar o rechazar sus propuestas. Ellos pueden depender de sus buenos oficios, pero él depende igualmente de su buena opinión. Esta idea no sorprendería a Moisés, uno de los legisladores favoritos de Rousseau, quien guio a un pueblo repetidamente descrito en la Biblia hebrea como «de dura cerviz». Los antiguos israelitas cambiaron de opinión más de una vez acerca de si seguir a su legislador o redirigirse a otros líderes y dioses (Éxodo 34:9). En contra de quienes ven en la religión civil de Rousseau un límite a la autonomía popular, el ejemplo israelita sugiere que incluso el poder divino absoluto puede ser resistido y negociado. Aquí, en efecto, aparece el momento no eliminable de la soberanía popular en una nación (cuyos mitos la describen como) formada por un legislador: el verdadero legislador (profeta, dios) no es más identificable para el «pueblo» que la propia voluntad general. Para la teoría democrática, esto es positivo: el legislador de Rousseau, por tanto, no puede evitar inaugurar o representar una política contestataria. El legislador forma a un pueblo en una unidad que puede o no permanecer fiel a su liderazgo, y al mismo tiempo genera remanentes con visiones plurales y en conflicto sobre el bien público. El legislador no trasciende la contienda política; él (o, en realidad, la propia ley) está en su centro.

En resumen, Rousseau no está utilizando la ley, ni a un legislador, ni siquiera la racionalidad ideal para resolver un problema político desde fuera. Más bien, su tratamiento del legislador, considerado en su totalidad, sugiere que Rousseau tiene una comprensión política de la ley y quizá incluso de la racionalidad. El punto queda claro cuando Rousseau cierra su capítulo sobre el legislador con una advertencia contra los imitadores baratos:

El gran espíritu del legislador es el verdadero milagro que debería probar su misión. Cualquiera puede grabar tablas de piedra, comprar un oráculo, fingir un trato secreto con alguna divinidad, entrenar a un ave para hablarle al oído o encontrar otros métodos burdos de imponer sus creencias al pueblo. Quien no sepa más que esto tal vez logre reunir a un grupo de lunáticos [¿una «multitud ciega»?], pero nunca fundará un imperio, y su extravagante obra pronto morirá con él. Los trucos sin sentido forman una conexión efímera; solo la sabiduría puede hacerla duradera (1968, II:7).

Así como la voluntad de todos puede disfrazarse de voluntad general, también el charlatán puede hacerse pasar por un verdadero legislador. «El legislador y el charlatán, por tanto, permanecen radicalmente indecibles» (Bennington 1994, p. 222). El pueblo, que sigue siendo y siempre será también una multitud, nunca tan plenamente formado como para no estar habitado por la indocilidad anárquica, debe sin embargo discernir o decidir la diferencia entre el legislador legítimo y el impostor. La decisión, por decirlo así, recae en ellos; refleja (en el clásico dilema de la gallina y el huevo) quiénes son y, al mismo tiempo, los forma en el pueblo particular que son y que están destinados a ser.

Así, con la introducción del legislador, el problema de cómo conocer y/o generar la voluntad general no ha sido resuelto; ha sido desplazado a un nuevo registro. Ahora, en lugar del anterior problema supuestamente aritmético, tenemos un problema político: la elección performativa del pueblo en ciernes, de la multitud, de rechazar las propuestas de un legislador que es, o se dice que ha sido, un charlatán, y de comprometerse con otro proclamado auténtico. Al hacerlo, eligen y son elegidos por su destino. Sin embargo, la decisión también puede dividirlos. Pueden escindirse y convertirse en antagonistas, como ocurrió tras la muerte del profeta Mahoma en el año 632 d.C., cuando el pueblo que más tarde se convertiría en sunní o chií decidió de manera diferente cómo responder a la trascendental pregunta de quién debía ser el siguiente califa rectamente guiado del islam: ¿Alí, descendiente directo del profeta, o Mu'awiya Omeya, quien, tras derrotar a Alí en batalla, se declaró a sí mismo califa? Los chiíes siguieron un camino, los sunníes otro⁸. Rousseau pudo haber tenido este ejemplo en mente, dado que unas líneas más adelante en su texto hacen referencia a los hijos de Ismael.

Incluso sin una división tan extrema, la condición irreductiblemente política de la comunidad no se ve aliviada en este punto del texto de Rousseau; permanece sin resolver. Porque, en efecto, el problema reaparece en un tercer registro y luego en un cuarto y un quinto. Quizá para intentar salir de la dificultad de distinguir en el momento entre legislador y charlatán, Rousseau recurre a otro indicador: la durabilidad de las leyes establecidas. «La Ley judía, que aún existe, y la del hijo de Ismael, que ha gobernado la mitad del mundo durante diez siglos, siguen proclamando hoy a los grandes hombres que las enunciaran» (1968, II:7). Invocada por Rousseau como un indicador auténtico de una auténtica labor legislativa, la durabilidad, sin embargo, no funciona de manera confiable. No solo no podemos evaluar la durabilidad por adelantado, por lo que este criterio no nos ayuda si buscamos orientación en el presente; también ocurre que quienes evalúan la durabilidad a posteriori pueden discrepar tanto sobre los hechos como sobre su significado. («Un estado duradero puede ser siempre un simple simulacro de uno bueno» [Bennington, 1994, p. 222].) No existe forma de distinguir la duración merecida (basada en la sabiduría) de la

⁸ Tras la muerte de Mu'awiya, su hijo Yazid derrotó en batalla a Hussein, el hijo menor de Alí, y luego estableció la dinastía hereditaria omeya. Pero el hijo de Hussein, Alí, sobrevivió para continuar también esa línea familiar. En torno a estas dos líneas se formaron las ramas distintas del islam chií y suní. Gracias a Noah Whinston por esta observación.

duración contingente (basada en el engaño o en la mera buena fortuna), de modo que incluso los juicios basados en el hecho de la durabilidad son discutibles.

En efecto, tan pronto como Rousseau invoca la durabilidad como un verdadero indicador del buen legislar, concede lo contrario. Al argumentar contra quienes no están de acuerdo con su propia valoración de la ley judía e islámica como productos de una buena legislación, demuestra que él mismo sabe mejor que nadie que la mera longevidad no impide que las personas emitan juicios plurales y contradictorios: «mientras que la filosofía orgullosa o el espíritu ciego del faccionalismo no ven en [las leyes de Moisés e Ismael] más que impostores afortunados, el verdadero teórico político admira en sus instituciones aquel gran y poderoso genio que preside sobre las instituciones que perduran» (1968, II:7). Si no hay un modo seguro de distinguir la voluntad general de la voluntad de todos, al pueblo de la multitud ciega, al verdadero legislador del charlatán, a las instituciones significativamente duraderas de aquellas cuya duración es producto de la mera buena fortuna o de la imposición violenta exitosa, o incluso más aún, al verdadero teórico político del filósofo orgulloso o del faccionalista ciego, entonces la voluntad o el juicio del pueblo que todavía no es (o que ya no es) un pueblo sigue siendo crucial. En una democracia no se puede eludir la necesidad de que el pueblo decida —cuál es la verdadera voluntad general, de quién debe contar la perspectiva, quién es un verdadero profeta, cuáles son las condiciones adecuadas para sus vidas, qué instituciones duraderas merecen perdurar y cuáles deben ser desmanteladas, a qué líder en potencia seguir, a quién tomar en serio en sus juicios, y así sucesivamente. Las apelaciones a Dios o al poder divino no escapan de este dilema, lo reproducen; cuando el legislador recurre a signos y prodigios, busca poner fin al ciclo de la disputa, pero ahora el pueblo pasa de juzgarlo a juzgar la autenticidad de sus signos. Las discrepancias pueden persistir y tienen un peso político duradero (como sugiere la histórica división entre el islam suní y el chií). Cabe señalar que esta lectura (a diferencia de la de Bennington) enfatiza la indecidibilidad del pueblo más que la del legislador⁹. Así, según esta interpretación, Rousseau no debe ser descartado por su concepción excesivamente unificada del pueblo

⁹ En *Democracy and the Foreigner*, critico a Bennington por ignorar la extranjería del legislador para centrarse en otras señales de la indecidibilidad de la figura (2001a, p. 136 n. 27). También sugiero, en contra de Bennington, que la durabilidad puede funcionar como señal, porque el pueblo rara vez se encuentra en una posición pseudo-contractual de decidir de antemano sobre la autenticidad del legislador. Es más probable que reconsideren, a posteriori, si desean reafirmar su lealtad al legislador o ley mediante los cuales fueron formados, y en ese contexto la durabilidad puede ser un factor. Modifico esa crítica. El punto de Bennington es que la durabilidad es una señal ambigua incluso a posteriori, porque puede indicar éxito por la fuerza o un establecimiento bien pensado. Las cosas se complican aún más por lo que Bennington llama el «temporal *après coup*», lo que significa que podemos cambiar de opinión sobre la calidad de algo según cómo se desarrolle posteriormente. Si los eventos se desarrollan de cierta manera, podría resultar que incluso Moisés (un legislador idealizado por Rousseau) fuera un charlatán, y no existe un límite temporal más allá del cual tal revisión de juicio no pudiera, en principio, ser (re)hecha. Agrego aquí un punto del argumento no señalado ni por Bennington ni por mí: Rousseau mismo concede el punto. Al argumentar contra aquellos que discrepan con él sobre el legado de Moisés e Ismael, Rousseau muestra que sabe que la durabilidad, como tal, no es una señal que produzca unanimidad. Coincido con Bennington sobre la lógica del *temporal après coup*—por supuesto, en principio, podría resultar que haya estado equivocado todo el tiempo—pero ¿qué sigue de ello? Los eventos podrían desarrollarse de manera que el legislador que apoyé parezca un charlatán, pero (pendiente de un futuro todavía desconocido) podría aún no haberme equivocado. Además, ¿qué podría decidir que un legislador que se vuelve charlatán nunca fue legislador en primer lugar? ¿Que un hombre hallado corrupto nunca fue honesto? ¿Que una pareja que engaña no ama verdaderamente? ¿Que una voluntad general genuinamente alcanzada fue en realidad meramente agregativa desde el principio? Bennington no pretende tal esencialismo (o existencialismo), pero corre ese riesgo. En el mejor de los casos, sin embargo, su punto es que no podemos saber con certeza si un legislador es real, un amigo honesto, una pareja verdaderamente amorosa, nuestra voluntad general o meramente agregativa y, sea lo que sea que pensemos, todavía podemos resultar equivocados o cambiar nuestra posición sobre el asunto.

(Benhabib, 1994a), pues el pueblo, aunque convocado como una unidad por el legislador, nunca queda plenamente capturado por su ley.

Benhabib podría conceder todo esto, sin embargo, y aun así insistir en que su argumento fundamental permanece intacto. La paradoja que le interesa puede darse en cuatro o cinco registros en Rousseau y no solo en uno o dos; los términos de la paradoja pueden incluso cambiar un poco a medida que el argumento se desarrolla, pero, en el fondo, podría decir, seguimos enfrentándonos al problema que define a la democracia: cuando se trata de distinguir entre voluntades generales y particulares, verdaderos legisladores y pretendientes, o instituciones propiamente duraderas y aquellas que lo son de manera espuria, la soberanía popular debe ejercerse no de una forma decisionista, que se guíe por meras preferencias agregadas, sino sobre la base de un compromiso con procedimientos deliberativos que generen resultados capaces de superar la prueba de un punto de vista moral de universalización. Las condiciones materiales de una voluntad general exitosa que Rousseau pedía (territorio definido y protegido, población pequeña, relativa igualdad, religión cívica) son, desde la perspectiva de Benhabib, simplemente un sustituto inadecuado de tal criterio, y en ese sentido tampoco son relevantes para nosotras en la modernidad tardía. Atrapada en la búsqueda de un criterio normativo independiente con el que Rousseau mismo no estaba comprometido, concibiendo la paradoja como un conflicto binario y no como un círculo vicioso, y buscando una solución al problema más que un diagnóstico del mismo, Benhabib concluye que el pueblo necesita el punto de vista moral ausente que Rousseau nunca proporcionó para marcar un camino procedimental y cortar en seco la espiral de paradoja en la que supuestamente cae Rousseau. En busca de este criterio, Benhabib recurre a Kant.

¿Por qué no dio Rousseau este paso? Quizá Rousseau quería transmitir una comprensión diferente de la política, una que se guiase por el mundo humano real tal y como lo encontramos («tomando a los hombres como son y a las leyes como podrían ser», dice al comienzo de su *Contrato social*), con sus aspiraciones plurales, conflictivas y sus círculos viciosos, y no desde un ideal regulativo, ficticio o de otro tipo. Rousseau es un teórico de la cultura política, no de la universalidad (*pace* Habermas, 2001, p. 768). Pero no por ello es irrelevante para nosotros hoy. Muy al contrario. Sus condiciones materiales de soberanía popular pueden ser poco prácticas en nuestro mundo tardo moderno (como señala Benhabib), pero siguen siendo instructivas. Es tan cierto para nosotras como lo fue en su día que, en condiciones de desigualdad radical, es difícil generar, identificar, articular y luchar por bienes públicos y contra estrechos faccionalismos. En lugar de abordar los problemas de la política a través de un principio o de un ideal o ficción regulativa, Rousseau nos muestra, una y otra vez, la cohabitación mutua de la voluntad general y la particular, el pueblo y la multitud ciega, el legislador y el charlatán, las instituciones propiamente duraderas y aquellas estabilizadas por la fuerza. Estas no son paradojas binarias ni son resolubles mediante la indagación filosófica; de hecho, a menudo son generadas por las propias indagaciones filosóficas, que tienden a endurecer tensiones en alternativas hipostasiadas y polares. ¿Qué se pierde con tal polarización? La fecundidad de la indecidibilidad, un rasgo que sugiere que nuestros ideales más preciados –la ley, el pueblo, la voluntad general, la deliberación– están implicados en aquello frente a lo cual la teoría democrática deliberativa los opone: la violencia, la multitud, la voluntad de todos, la decisión.

Rousseau si yuxtapone analíticamente la voluntad general y la voluntad de todos, pero también las representa repetidamente como inextricablemente entrelazadas. Ninguna ley ni ninguna perspectiva, en sí mismas, podrían desenredarlas. Lo mejor que puede hacer una política democrática es establecer las condiciones materiales de la vida en común de tal manera que se reduzca la

propensión de estas dos a divergir y a endurecerse en una relación de oposición. Rousseau enseña que los conflictos entre la voluntad general y la voluntad de todos serán más o menos frecuentes e intensos, y experimentados de maneras diversas, en distintos contextos bajo diferentes condiciones. La frecuencia e intensidad de sus conflictos son producto tanto de las circunstancias políticas variables como de las expectativas que llevamos a esas circunstancias. Las teorías que nos llevan a esperar tales conflictos y a hablar de una paradoja cuasi-lógica pueden ellas mismas llevarnos a las paradojas que buscan evitar o resolver, en lugar de sacarnos de ellas.

Así, volvemos a la pregunta con la que comenzamos: ¿qué problema podría estar resolviendo, para la teoría democrática, la paradoja de la legitimación democrática? La paradoja de la legitimación democrática es una paradoja muy apreciada por los teóricos de la democracia que se preocupan por el mero mayoritarismo (es decir, que es apreciada de alguna forma por casi todos los teóricos democráticos). A diferencia de la paradoja de la política, la paradoja de la legitimación democrática parece soluble, y su supuesta solución –un punto de vista moral o jurídico de universalización, o el imperio de la ley– subraya la indocilidad del pueblo (su carácter multitudinario) y su necesidad de instituciones legales o procedimentales que se presentan, en contraste, como meramente estabilizadoras o habilitantes, no como salvajes o impositivas en sí mismas. En resumen, si la paradoja de la legitimación democrática (Rousseau, 1968, Libro II, cap. 3) es preferida por muchos teóricos democráticos a la paradoja de la política planteada repetidamente en el Libro II, cap. 7 (y solo en su primera formulación como paradoja del fundamento), es porque la paradoja de la legitimación democrática centra nuestra atención en los poderes regulativos de la ley, específicamente en la necesidad de dirigir las energías del pueblo que se asumen independientes de la ley en lugar de ser, en parte, sus productos. La paradoja de la política, por el contrario, llama la atención sobre los poderes formativos de la ley, sobre su papel nunca enteramente querido en los procesos de formación de los sujetos, y sobre la necesidad, por lo tanto, en una democracia, de someter periódica o regularmente la ley a procesos de democratización mediante enmiendas, ampliaciones o anulaciones.

La enmienda, la ampliación o la anulación son todas formas de refundación que, como tales, convocan a la multitud (no necesariamente ciega) a salir del pueblo o manifiestan «al propio pueblo» (Kramer, 2004) actuando en resistencia o en apoyo popular a las instituciones que los forman. Estas refundaciones responden a la paradoja de la política. Pero también pueden arrojarnos una vez más a esa paradoja, dejándonos sin criterios firmes ni fundamentos desde los cuales distinguir con seguridad entre voluntad de todos y voluntad general, multitud y pueblo, porque la perspectiva desde la cual hacerlo y las identidades en juego están ellas mismas en cuestión o en (re)formación. Así, si en las consideraciones de Benhabib (1994a) la paradoja de la legitimación democrática ocupa el lugar de la paradoja de la política, ello se debe a que la primera, y no la segunda, nos permite dar por sentada la distinción que supuestamente la problematiza –la distinción entre voluntad general y voluntad de todos–, al mismo tiempo que rescata a la ley y al procedimentalismo de su implicación en los fenómenos que están encargados de constituir y regular. Esa es parte de la función y del atractivo de la paradoja de la legitimación democrática.

Cuando Benhabib confunde la paradoja de la política con la de la legitimación democrática (sustituyendo, por así decir, el problema planteado por Rousseau en el Libro II, cap. 3 del *Contrato social* por el planteado en el Libro II, cap. 7, o uniendo las dos), elude uno de los problemas más enmarañados de la teoría democrática y convierte la paradoja (revisada) en soluble a través de ese «punto de vista moral ausente». También allana el camino hacia una forma de constitucionalismo que actúa como el sustituto de ese punto de vista moral en el mundo humano de la política. Y

con ello llegamos a una segunda paradoja, también tomada como binaria en su estructura: la paradoja de la democracia constitucional.

3. La paradoja de la democracia constitucional

El problema de cómo asegurar una buena voluntad general en ausencia de una buena ley antecedente, a través de la cual se forme esa buena voluntad, es visto por algunos como solucionable mediante el constitucionalismo. Una constitución limita el daño que puede causar un pueblo mal orientado, confuso o desenfrenado al sacar ciertas cuestiones, como los derechos humanos, de la agenda. Pero el constitucionalismo, bajo esta interpretación, parece ocupar el lugar del incómodo legislador de Rousseau (tal como se lo entiende tradicionalmente) y traicionar los ideales democráticos. ¿Por qué debería el pueblo, cuya voluntad legitima el régimen, estar obligado por algo que él mismo no ha querido? La paradoja de la democracia constitucional parece escenificar de nuevo la paradoja de la legitimación democrática. (De hecho, Judith Shklar [1992] identificaba las constituciones con la voluntad general). ¿Hemos simplemente cambiado una paradoja por otra?

Sí y no. Como veremos, esta nueva paradoja reproduce muchos de los problemas en juego en la paradoja de la legitimación democrática. En lugar de voluntad de todos versus voluntad general, tenemos soberanía popular versus constitucionalismo. Sin embargo, hay diferencias importantes entre ambas paradojas. En la traducción de una a la otra, algo sí cambia.

En la literatura sobre la paradoja de la democracia constitucional, el problema que para Rousseau ocurría sincrónicamente en el momento fundacional y para siempre después –(aquello que la ley presupone como su causa solo puede ser producido por ella como su efecto)– se despliega diacrónicamente. En lugar del problema en tiempo presente de las restricciones (in)justificables a la soberanía popular, que afectan cotidianamente la relación del pueblo consigo mismo como gobernante y gobernado (la paradoja de la política), obtenemos el problema más bien distinto de la democracia constitucional y sus límites impuestos desde el pasado sobre la soberanía popular en el presente. Reformular el conflicto de este modo divide a los gobernados (el pueblo) y al gobernante (la ley, los fundadores o la constitución) y vuelve a escenificar la paradoja de la política como una división generacional, un problema articulado de manera memorable por Thomas Jefferson cuando preguntó: «¿Deben los muertos tener derechos?». Esta nueva paradoja de la democracia constitucional no es un conflicto que llegue al corazón mismo de la política democrática, que promete de manera imposible tanto (auto)soberanía como libertad o, como lo formula Emilios Christodoulidis, tanto autogobierno como gobierno de la ley (2001, p. 126). En cambio, los elementos tensos de la paradoja se dividen en dos objetos distintos: la constitución representa el gobierno por la ley y el pueblo representa el autogobierno, y estos se consideran en oposición (Schmitt, 1996, 2006; Mouffe 1999, 2000, 2005) o, de algún modo, auto-realizadores (Elster, 1984; Holmes, 1995; Rubenfeld, 2001).

Así, la paradoja de la democracia constitucional externaliza el conflicto que la paradoja de la legitimación democrática, pese a sus defectos, situaba sutilmente en el corazón de la democracia. El elemento no querido y restrictivo del gobierno ahora se identifica no con la democracia como tal, sino con la constitución, que puede ser correcta o necesaria; y la paradoja ya no es interna a la democracia (que busca de manera imposible combinar voluntad de todos y voluntad general, gobierno y libertad); más bien, es un rasgo de un tipo de democracia, la democracia constitucional, que combina de manera imposible pero necesaria la restricción escrita con la soberanía popular libre, y luego deriva su legitimación de esa combinación imposible y tensa.

¿El resultado? Hemos cerrado el círculo, pues quedamos con las implicaciones que a menudo, aunque erróneamente, se atribuye a Rousseau: que un régimen democrático verdaderamente inmediato, no mediado, no escrito y sin restricciones podría experimentar –simultáneamente y sin conflicto o paradoja– tanto la libertad como el gobierno, tanto la voluntad general como la voluntad de todos, tanto el gobierno de la ley como el autogobierno. La implicación aquí es que, de no ser por el constitucionalismo, podríamos tener democracia. Esta atractiva conclusión es sin duda una de las razones por las cuales la paradoja de la democracia constitucional recibe más atención académica que la paradoja de la política.

Sin embargo, debido a que la democracia es, o amenaza siempre con ser, en efecto, un artefacto que se consume a sí mismo (ese pueblo díscolo y multitudinario, una vez más, del cual depende todo lo democrático pero por el cual todo lo democrático también se ve amenazado), se dice que la democracia requiere, no obstante, del orden y la restricción del constitucionalismo¹⁰. No podemos tener democracia con constitucionalismo, pero tampoco podemos tener democracia sin constitucionalismo. Algunos teóricos democráticos ven en esta imposibilidad la condición y la promesa de la democracia como tal: una forma de gobierno y libertad que busca y rechaza constantemente los intentos de fundamentarse en algo externo a sí misma (Arendt, 1963; Lefort, 1988; Connolly, 1995; Rancière, 1999; Keenan, 2003; Markell, 2006). Pero para la mayoría de los demócratas deliberativos y liberales, esta dinámica representa una nueva paradoja, una generada por la disolución, a través del constitucionalismo, de la paradoja de la legitimación democrática. Esa nueva paradoja, la paradoja de la democracia constitucional, se inclina inmediatamente hacia su propia solución temporalizando el conflicto, situando la tensión entre libertad y gobierno como algo que ocurre en el tiempo. En lugar de la paradoja sincrónica de la política (en la que la voluntad de todos y la voluntad general pueden habitarse mutuamente), y en lugar de la dificultad de la paradoja de la legitimación democrática de asegurar la voluntad general sobre la voluntad de todos, tenemos ahora el problema –todavía difícil pero mucho menos enredado– de cómo encontrar la libertad en relación con un pasado que heredamos y no hemos creado (un problema que Nietzsche llamó la «furia de la voluntad contra el “fue” del tiempo» y que afrontó mediante el pensamiento del eterno retorno [p. ej. 1974, pp. 273-74]).

Tomando este conflicto temporalizado entre pasado y presente como el problema a resolver, los defensores del constitucionalismo ofrecen muchas razones para justificar los límites constitucionales. Las constituciones representan la voluntad general o normas universales, o normas que expresan los verdaderos compromisos políticos del pueblo, los quieran o no en un momento político particular (Pedro sobrio en lugar de Pedro ebrio, como dice Stephen Holmes [1995, p. 135]); o ayudan a formar al pueblo en la agencia estable de la soberanía popular que la democracia presupone y requiere (Rubinfeld 2001); o proporcionan al pueblo reglas que son habilitantes y no coercitivas (Holmes 1988, 1995); o las constituciones representan un compromiso multigeneracional que no restringe la libertad, sino que más bien la actualiza a lo largo del tiempo (Elster, 1984; Holmes 1988; Rubinfeld; Habermas, 2001, 774; aunque véase Kramer, 2004 sobre el borrado del «constitucionalismo popular»).

Quienes trazan la llamada paradoja de la democracia constitucional como una tensión entre generaciones pasadas y presentes suponen que gobernar a través de la distancia temporal es similar a gobernar a través de la distancia espacial, en tanto ambas son ajenas a sus sujetos e impositivas por naturaleza. La analogía entre

¹⁰ La frase «artefacto autodestructivo» es de Fish (1972). Esta preocupación la comparte Hayek, quien ve a las constituciones como inoculaciones contra (en el análisis de Holmes) «el carácter autodestructivo de una democracia constitucionalmente ilimitada» (Hayek 1960, 176-92, citado en Holmes 1988, 196).

tiempo y espacio —entre extrañeza temporal y geográfica— fue empleada con gran efecto por Jefferson, quien temía que una constitución perdurable fuese (y de hecho debiera ser) experimentada por las generaciones posteriores como una imposición extranjera. Thomas Paine también habló del gobierno desde la tumba como la «más ridícula e insolente de todas las tiranías» (citado en Arendt, 1963, p. 233). Noah Webster compartía esta preocupación y la expresó de manera memorable mediante una metáfora espacial: «el mero intento —advertía— de hacer constituciones perpetuas es la asunción del derecho a controlar las opiniones de las generaciones futuras y a legislar para quienes sobre los que tenemos tan poca autoridad como la que tenemos sobre una nación en Asia» (1787; citado en Rubinfeld 2001, p. 22). Para estos pensadores, «el pasado es un país extranjero» (Hartley, 1953).

La analogía, en particular la versión de Webster, identifica sutilmente a ciertos redactores de la Constitución con los poderes contra los que acababan de rebelarse: si pretender gobernar el futuro es igual que gobernar a los lejanos y es ilegítimo por las mismas razones, entonces —implica Webster— los constituyentes como Madison y Hamilton, que fundaron una constitución para las eras, no son muy diferentes del rey y el parlamento ingleses. El punto queda subrayado por la referencia de Webster a Asia, en la cual Inglaterra estaba involucrada desde 1685 (Kennedy 1970, pp. 68-77; Farrington 2002, pp. 111-17), un hecho que, se sabe, también tenía presente Webster (1843). Pero la analogía también produce otros efectos. Primero, dado que se atribuye al paso del tiempo la responsabilidad de la extrañeza de la ley, la analogía implica sutilmente que el pueblo en el presente podría experimentar sin conflicto tanto la libertad como el gobierno. De hecho, sugiere que los fundadores gozaron de esa misma experiencia, puesto que la única preocupación expresada es respecto de las generaciones futuras, no de la actual. Segundo, quienes rechazan la analogía espacio-tiempo empleada por Jefferson, Webster y Paine lo hacen incorporando la distancia temporal en un tiempo nacional. Señalan que los fundadores pudieron haber vivido hace mucho, pero son nuestros fundadores. Cualquier persistente sensación de extrañeza entre quienes vienen antes y quienes vienen después se suaviza mediante el discurso de beneficiarios y herederos, padres e hijos o comunidad intergeneracional (Rubinfeld, 2001). El propio Habermas parece hacer esto cuando señala la responsabilidad de cada «generación» de cumplir la promesa de la democracia constitucional.

En su ensayo de 2001, *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, Habermas interviene en los debates sobre la democracia constitucional con el objetivo de mostrar que la teoría democrática deliberativa no se ve perturbada por sus dilemas. Él contrarresta la externalización y temporalización, propias de la literatura sobre democracia constitucional, del conflicto de la democracia entre libertad y gobierno. Rechaza la idea de que la democracia constitucional represente una lucha entre pasado y presente. Para él, la democracia constitucional modela la relación adecuada entre las consideraciones de derecho (constitucionalismo) y las consideraciones de voluntad (democracia). La teoría democrática deliberativa, sostiene, está comprometida con una visión de estos elementos como mutuamente implicados. El problema de un posible conflicto entre ambos es único de las democracias constitucionales modernas porque tienen dos fuentes distintas de legitimación: el Estado de derecho y la soberanía popular. «Esta dualidad plantea la cuestión de cómo se relacionan el principio democrático y el constitucionalismo» explica (2001, p. 766). Pero esa cuestión tiene solución. Los dos principios son «co-originales», afirma Habermas, lo que significa que tienen igual importancia conceptual; ninguno es anterior al otro. Aquí difiere de Mouffe. Los dos principios no son antagonistas que necesiten articulación; están siempre ya «co-implicados». El acto de co-legislación mismo postula los derechos y las igualdades consagrados por el constitucionalismo. Así, cada uno depende del otro, y los derechos

que surgen de ambos –derechos públicos y privados, tomados en conjunto como derechos básicos– «son constitutivos para el proceso de auto-legislación», una forma de autonomía en la cual el gobierno y la libertad se experimentan juntos (2001, p. 774). Los argumentos de la co-originalidad y la auto-legislación se ven reforzados por el tratamiento procedimental que Habermas da al constitucionalismo, en consonancia con sus propios requisitos de la teoría del discurso, y no como reflejo de las normas y cultura sustantivas de un pueblo, en consonancia con los requisitos republicanos (1996, pp. 463-490). Con la asunción de una constitución procedimental (es decir, una concebida como menos impositiva que la que temía Jefferson), estamos en parte fuera del conflicto que Habermas intenta resolver (aunque véase Ferrara sobre la irrealidad de esta asunción en constituciones realmente existentes [2001, p. 788] y Waldron sobre cómo incluso las constituciones procedimentales afectan la autonomía democrática [1998]).

Aunque atiende a la paradoja de la democracia constitucional, el término *paradoja* no aparece con tanta frecuencia en los escritos de Habermas como en los de Benhabib. Él está menos inclinado que ella a dialogar con quienes critican a los demócratas deliberativos por estar atrapados en paradojas irresolubles. No obstante, en *Between Facts and Norms*, Habermas teoriza lo que Patchen Markell llama «la tensión constitutiva entre derecho y política», una que debe «ser negociada por los ciudadanos, no trascendida por el teórico» (Markell, 2000, pp. 45-46; cf. Habermas, 1996, p. 680). De manera similar, en el ensayo analizado aquí, Habermas recurre a la práctica para ayudar a la teoría a trazar una salida a la paradoja de la democracia constitucional. Pero en el camino, se topa de lleno con la paradoja de la política.

El problema surge en el ensayo de Habermas *Constitutional Democracy*, en el cual considera una pregunta planteada por Frank Michelman. Michelman valora la visión democrática deliberativa del constitucionalismo como el socio no conflictivo de la democracia, pero, señala Habermas, Michelman teme que la solución democrática deliberativa sea incompleta y formula una poderosa objeción:

Un proceso verdaderamente democrático es en sí mismo ineludiblemente un proceso condicionado y constituido jurídicamente. (...) Así, para conferir legitimidad a un conjunto de leyes que surgen de un conjunto real de instituciones y prácticas discursivas, esas instituciones y prácticas tendrían que estar constituidas jurídicamente de la manera correcta (Michelman, 1999; en Habermas, 2001, p. 773).

En el análisis de Habermas:

La cadena de presuposiciones de la legitimación se remonta incluso más allá de la práctica de elaboración constitucional. Por ejemplo, la asamblea constituyente no puede, por sí misma, garantizar la legitimidad de las reglas según las cuales fue constituida. La cadena nunca termina, y el proceso democrático queda atrapado en una autoconstitución circular que conduce a una regresión infinita (p. 774).

En *Entre hechos y normas*, la respuesta de Habermas a esta preocupación fue «que entendamos las bases normativas de la democracia constitucional como el resultado de un proceso deliberativo de toma de decisiones que los fundadores –motivados por las contingencias históricas que fueran– emprendieron con la intención de crear una asociación voluntaria y autodeterminada de ciudadanos libres e iguales» (2001, p. 772; cf. 1996, cap. 9). Sin embargo, en su ensayo sobre la paradoja de la democracia constitucional, bajo la presión de Michelman, Habermas ve su solución anterior como insuficiente:

La paradoja parece regresar [es decir, en lugar de desaparecer] cuando retrocedemos hasta el acto de la elaboración constitucional y preguntamos si la teoría del discurso

nos permite concebir la formación de opinión y voluntad de la convención constitucional como un proceso democrático no coaccionado. (p. 772)

Habermas rechaza la opción de detener la regresión infinita con un «realismo moral que sería difícil de defender» (2001, p. 774)¹¹. Tampoco intenta resucitar su modelo de los fundadores como tomadores de decisiones deliberativos. En su lugar, abraza la regresión que antes buscaba detener y reorienta su apertura aparentemente problemática: «Propongo que entendamos la regresión misma como la expresión comprensible del carácter orientado al futuro, o apertura, de la constitución democrática.» Esta reorientación traslada la carga de la legitimación del pasado al presente y al futuro. Señala la responsabilidad de las generaciones posteriores a la fundación de «actualizar la sustancia normativa aún no aprovechada del sistema de derechos consagrado en el documento original de la constitución» (p. 774). La generación presente «aprovecha cada vez más plenamente el sistema de derechos», expande el círculo de derechos hacia una inclusión cada vez mayor y, de ese modo, logra un mejor equilibrio entre constitucionalismo y democracia. La práctica de este aprovechamiento respalda la tesis de la co-originalidad, al trabajar para armonizar aún más los dos elementos de la democracia constitucional, pero también al dirigirnos lejos del pasado empírico problemático –que no puede por sí mismo detener la regresión infinita– y hacia un futuro aún no problemático. El aprovechamiento también postula un origen de los derechos (en nuestro aprovechamiento de la Constitución) que es menos problemático que la fundación empírica no del todo legítima que dio nacimiento a la Constitución. Además, el «sistema de derechos» mismo funciona como un respaldo frente a la amenaza de la regresión, en la medida en que se dice que el sistema porta dentro de sí una «sustancia normativa». Es cierto que, para Habermas, esa sustancia normativa es formal (para una crítica de tal supuesto formalismo, véase, por ejemplo, Butler, 2000), pero su asociación con una constitución empírica le da cuerpo. Identificada con una constitución, pero no completamente capturada por ella, la sustancia normativa se convierte en un objeto potencial de apego afectivo, a través de lo que Habermas llama «patriotismo constitucional» (1998b), al mismo tiempo que conserva su carácter universal, de acuerdo con la exigencia de la teoría del discurso.

Así, la contribución de Habermas a la literatura sobre la paradoja de la democracia constitucional consiste en respaldar un constitucionalismo débil (*thin constitutionalism*), situado entre una co-originalidad conceptual (el fundamento) y una práctica de aprovechamiento o *tapping* (el horizonte) que, en conjunto, funcionan para asegurar el sentido de libertad que, de otro modo, la regla constitucional podría amenazar. Entreteje las dos fuentes de legitimación de la democracia liberal (el estado de derecho y la soberanía popular), las presenta como mutuamente constitutivas, no como antagonistas, e insiste en que cada una depende de la otra para su eventual plena realización:

La supuesta relación paradójica entre la democracia y el estado de derecho se resuelve en la dimensión del tiempo histórico, siempre que se conciba la constitución como un proyecto que convierte un acto fundacional en un proceso continuo de construcción constitucional que prosigue a lo largo de generaciones (2001, p. 768).

¹¹ La mayoría de las constituciones de las democracias liberales sí recurren al «realismo moral»; por ejemplo, la Ley Constitucional de Canadá de 1982 comienza: «Considerando que Canadá está fundado sobre principios que reconocen la supremacía de Dios y el imperio de la ley...» y el preámbulo de la constitución alemana dice: «Conscientes de su responsabilidad ante Dios y los hombres, animados por la resolución de servir a la paz mundial como socios iguales en una Europa unida, el pueblo alemán ha adoptado, en virtud de su poder constituyente, esta Ley Fundamental.»

Lanzada en el tiempo, pero anclada en un co-origen que está fuera del tiempo, la paradoja de la democracia constitucional parece, para Habermas, resuelta o disuelta. Sin embargo, Habermas aporta un argumento más. Pasa a complementar el origen conceptual, la co-originalidad, con un acontecimiento empírico: las asambleas constitucionales de París y Filadelfia. Proporciona este suplemento en el contexto de una observación pasajera sobre Kant.

Recordemos que, en el tratamiento de Benhabib de la paradoja de la legitimación democrática, se dijo que Kant servía mejor al proyecto deliberativo que Rousseau. Ella tenía en mente al Kant de la segunda Crítica, y lo mismo Habermas, cuando acoge (y modifica) a Kant, quien buscó hacer compatibles la voluntad y la razón al «subordinar el derecho a la moralidad». Pero Habermas también es crítico con Kant porque, en otro lugar, en *El conflicto de las facultades*, Kant «fue más allá de los límites sistemáticos de [su] filosofía y elevó la Revolución Francesa al nivel de una “señal histórica” de la posibilidad de un progreso moral de la humanidad» (2001, p. 768). Habermas parece genuinamente desconcertado por Kant aquí, pero recuerda mal la posición de Kant.

En *El conflicto de las facultades*, Kant buscaba alguna señal de que la humanidad pudiera mejorar con el tiempo. «En los asuntos humanos debe haber alguna experiencia u otro acontecimiento que, como suceso que realmente ha ocurrido, pueda sugerir que el hombre tiene la cualidad o el poder de ser la *causa* y... el *autor* de su propio perfeccionamiento.» ¿Qué acontecimiento podría «servir para probar la existencia de una *tendencia* dentro del género humano en su *conjunto*» (p. 181; cursivas en el original)? No la Revolución Francesa. Su significado, contra lo que sostiene Habermas, era demasiado volátil e incierto como para servir de señal de nada. La revolución, decía Kant, «puede triunfar o puede fracasar. Puede estar tan llena de miserias y atrocidades que ningún hombre sensato decidiría jamás repetir el mismo experimento» (p. 182). En cambio, Kant halló esperanza en la respuesta a la revolución. La señal de un posible perfeccionamiento humano era la simpatía universal hacia la revolución que «roza casi con el entusiasmo», y el hecho de que los espectadores fuera de Francia, todavía sometidos al gobierno monárquico, se arriesgaran a expresar públicamente su simpatía: «demuestra», dice Kant, «(debido a su universalidad) que el hombre tiene un carácter moral, o al menos los rudimentos de uno» (p. 182)¹². Los detalles del planteamiento de Kant –el énfasis en la universalidad y la moralidad del acto de espiar, la admiración por la acción no interesada, y la sugerencia de una esfera pública transnacional– son todos compromisos centrales del propio Habermas. ¿Por qué, entonces, Habermas representa erróneamente el planteamiento y se distancia de él?

Puede ser que el entusiasmo poco característico de Kant por el entusiasmo, o por algo que «roza» con él, se aparte demasiado, para Habermas, de los compromisos de la democracia deliberativa con un procedimentalismo deliberado y

¹² Lomonaco señala con razón que no todos participaron de hecho en la llamada simpatía universal y concluye que la universalidad aquí no funciona como un hecho empírico sino como el resultado deseado de un juicio estético, tal como se describe en la Tercera Crítica de Kant (2005, p. 414). Otra posibilidad (no incompatible) es que Kant esté aquí comprometiéndose únicamente con la idea, familiar en sus argumentos sobre la ley moral, de que todos se sienten conmovidos por ella (la ley moral, la revolución), incluso aquellos que no actúan en consecuencia ni le dan expresión pública. Esta lectura, que prescinde de la Tercera Crítica y que por ello puede resultar más aceptable para Habermas, podría ayudar a dar sentido a la afirmación empíricamente falsa de Habermas de que, una vez que las «batallas interpretativas han terminado, todas las partes reconocen que las reformas son logros» (2001, p. 775); es decir, contrariamente a mi propia respuesta anterior a Habermas (Honig 2001b, p. 798), la verdad o falsedad de esta afirmación de reconocimiento universal no es el punto si la afirmación no es de carácter empírico.

desapasionado¹³. Pero el problema no es solo el afecto, sino también el objeto. Pienso que Habermas teme que Kant en su tiempo, y nosotras en el nuestro, nos apeguemos afectivamente al evento equivocado: a la revolución en lugar de a la constitución. La visión de un pueblo alzándose contra poderes injustos resulta más apasionante que la labor cotidiana del autogobierno justo. La toma de la Bastilla enciende la imaginación política con mucha más facilidad que una decisión de la Corte Suprema, la cual, a su vez, resulta mucho más fascinante de leer que las actas de la mayoría de las reuniones municipales. Pero, podría decir Habermas, el buen teatro y la buena política son dos cosas diferentes. Le preocupa que nosotros, e incluso Kant (a quien Habermas considera un aliado por lo demás confiable), tendamos a olvidarlo. Este temor puede llevar a Habermas a identificar erróneamente el acontecimiento (pensando equivocadamente que es la revolución misma y no la expresión pública de simpatía hacia ella) que, en opinión de Kant, fundamenta la esperanza. O tal vez la diferencia en cuestión aquí sea menor. Para Habermas, puede que en realidad no importe si hablamos de la revolución o del entusiasmo público hacia ella. Ambos ponen en peligro el proyecto constitucional trascendente al contexto, al orientarnos hacia la ruptura en lugar de hacia la continuidad. De hecho, quizá lo más peligroso de todo, desde su perspectiva, sea precisamente aquello a lo que Kant sí se aferró (y que Habermas aquí borra de la exposición kantiana): la visión de personas atrapadas, incluso bajo su propio riesgo, en el fervor revolucionario, pero no en el encantamiento constitucional. Para este teórico contemporáneo del patriotismo constitucional y adalid de una política democrática centrada en los derechos, la posibilidad de que solo lo primero inspire el heroísmo que Kant admiraba es, en efecto, una posibilidad desalentadora. Así, Habermas sustituye su propio signo por el de Kant, tal como en Benhabib la paradoja de la legitimación democrática (Libro II, cap. 3) reemplazó a la paradoja más fundamental de la política en Rousseau (Libro II, cap. 7): en lugar de la Revolución Francesa, Habermas nos ofrece para nuestro (casi) entusiasmo aquello que Kant inexplicablemente dejó de lado:

las asambleas constitucionales de Filadelfia y París [o] al menos la ‘huella razonable de [ese] gran acontecimiento histórico dual que ahora podemos ver retrospectivamente como un comienzo enteramente nuevo. Con este acontecimiento comenzó un proyecto que mantiene unido un discurso constitucional racional a lo largo de los siglos (2001, 768; énfasis en el original).

¿Puede el discurso racional, el elemento central de la teoría democrática deliberativa de Habermas, necesitar el suplemento de un acontecimiento (o, más propiamente, de su «huella razonable»)? Habermas intenta aquí aprovechar el poder ejemplar del acontecimiento sin abandonar el racionalismo transcultural de la teoría del discurso; (no el acontecimiento, sino su «huella razonable»; no una constitución, sino un «discurso constitucional racional»). Su esfuerzo recuerda al de Kant en la *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* cuando ilustra el poder de la ley moral con ejemplos fenomenales, al tiempo que insiste en que tales manifestaciones de la ley son siempre parciales. En ambos casos, los ejemplos exceden e incluso pueden traicionar a la razón o a la ley a la que están destinados a servir. Esa es parte de la atracción y del riesgo de tales ejemplos, incluso para quienes tratan de usarlos de manera limitada o contenida. Habermas necesita a Filadelfia y

¹³ Habermas puede recordar mal el ensayo de Kant, pero no lo interpreta mal, ya que la “defensa persistente de la Revolución Francesa incluso frente al Terror le valió el apodo de ‘el Viejo Jacobino’” (Korsgaard, 1997, p. 300; citando a Gooch, 1966, p. 269). Aun así, Kant desconfiaba del entusiasmo, al que catalogó como una de las “enfermedades de la cabeza.” (Gracias a Peter Fenves por este punto). Habermas comparte esa desconfianza, pero, según Jason Frank, reconoce la necesidad de algo parecido al entusiasmo cuando afirma que la democracia deliberativa puede necesitar no solo trascendencia del contexto sino “otro tipo de trascendencia,” una que se nutra (aunque críticamente) de las “tradiciones religiosas formadoras de identidad” (Frank, 2005, pp. 390-91, citando 1996, p.490).

París para motivar su «patriotismo constitucional». Sin esos acontecimientos que conjuren un colorido mundo humano de pasión, lealtad, traición, idealismo y razón, la idea de apegarse afectivamente a una constitución (que, tras sus característicos guiños a la virtud del pueblo, no es más que una lista de cargos, procedimientos y reglas) resulta casi tan atractiva como besar a una máquina de escribir.

Con los nombres de lugares, sin embargo, se abre una caja de Pandora. Filadelfia y París representan no simplemente el «constitucionalismo» sino dos revoluciones y fundaciones distintas, cada una caracterizada por su propio drama contingente, intrigas, espíritu público y restos. En el caso estadounidense, «Filadelfia» evoca no solo la asamblea que produjo la nueva constitución nacional, sino también las múltiples concepciones en competencia del experimento americano que fueron marginadas o minorizadas por la asamblea y su constitución. La revolución, los Artículos de la Confederación, la asamblea constitucional en Filadelfia, la constitución resultante, los anti federalistas que se opusieron a ella, las diversas multitudes consideradas demasiado indisciplinadas para formar parte de las deliberaciones, las distintas prácticas de constitucionalismo popular deslegitimadas a lo largo de los años y las prácticas confederales de algunos pueblos originarios son todos ellos los orígenes de la democracia constitucional estadounidense contemporánea. No todos son compatibles, pero todos forman parte de los constitucionalismos populares y democráticos estadounidenses y todos –incluidos aquellos derrotados– desempeñaron un papel en la configuración histórica de la democracia americana. Si no aparecen recordados en la invocación de Habermas a «Filadelfia», es porque no forman, para él, parte de su «huella razonable». Es la huella, no el acontecimiento, lo que busca recordar. Es la huella, no el acontecimiento, lo que asegura cuando afirma que quienes exploran el sistema de derechos deben orientarse hacia un comienzo desde el cual tomar sus referencias y construir una tradición. Para hacerlo, y al hacerlo, deben habitar la perspectiva de los fundadores (están «en el mismo barco») y retomar el proyecto inconcluso de la fundación: «una constitución que sea democrática... es un proyecto de construcción de tradición con un comienzo claramente marcado en el tiempo» (2001, p. 774).

Pero ¿cuál ha de ser el comienzo? ¿Filadelfia o París? Habermas se refiere a ese «gran acontecimiento histórico dual» como si no importara o no debiera importar. Pero si realmente no importara, ¿por qué pronunciar los nombres de París y Filadelfia? Claramente Habermas es consciente de que esos nombres inspiran; quiere aprovechar su inspiración sin las (para él) problemáticas particularidades que los hacen inspiradores pero no universales, formativos de un pueblo pero también productores de restos¹⁴. Una vez que evocamos el acontecimiento, sin embargo, no

¹⁴ Al leer el patriotismo constitucional de Habermas, Markell advierte un problema similar: «los principios universales hacia los cuales el patriotismo constitucional debería dirigir nuestro afecto no son autosuficientes, sino que dependen y a la vez se ven amenazados por un suplemento de particularidad que les permite convertirse en objetos de identificación apasionada.» La práctica política de Habermas, sin embargo, particularmente su invaluable contribución al *Historikerstreit* alemán de las décadas de 1970 y 1980, es menos susceptible a esta crítica. En la práctica, Habermas en realidad observa la tensa relación entre lo universal y lo particular en lugar de “negarla o reprimirla” o (yo diría) pasar por alto dicha relación. Para el Habermas de Markell, “si los principios normativos universales siempre dependen de suplementos de particularidad que les permiten convertirse en objetos de apego e identificación, pero que nunca son del todo equivalentes a los principios que pretenden encarnar, entonces el patriotismo constitucional puede entenderse mejor no como una identificación segura y confiable con algún conjunto puro de universales ya disponibles, sino más bien como una práctica política de rechazar o resistir la identificación particular –de insistir en y hacer manifiesto este fracaso de equivalencia– en aras del proyecto de universalización en curso, siempre incompleto y a menudo impredecible” (2000, p. 40). Como reconoce Markell, esta manera de leer a Habermas lo acerca a Ernesto Laclau, un pensador con quien normalmente no lo asociaríamos (p. 59 n. 8). La práctica de Habermas en el *Historikerstreit* respalda la lectura de Markell, pero en ese contexto la particularidad que se supone debemos resistir era una identidad alemana puesta en un uso pernicioso por los oponentes nacionalistas alemanes o revisionistas

hay manera de volver a meterlo en la botella. Para los teóricos democráticos más atentos a la paradoja de la política, como Hannah Arendt, Sheldon Wolin y Larry Kramer, «Filadelfia» no es el capítulo inicial de una *bildungsroman*, sino un momento decisivo en una historia trágica de pérdida casi irrecuperable (el «tesoro perdido» de la revolución en Arendt) o de robo (Wolin reflexiona sobre el robo de Jacob o la venta de Esaú de su herencia legítima) (Arendt, 1963; Wolin, 1990; Kramer, 2004; nótese, sin embargo, que los antifederalistas faltan tanto en los relatos de Arendt como en los de Habermas). Para Arendt, Wolin y Kramer, una tradición democrática construida sobre prácticas hoy perdidas sería muy distinta de la que tenemos. Esto no es tanto una aprobación de su juicio sobre el de Habermas, sino un intento de resaltar el carácter insistente de este último al mismo tiempo que llamar la atención sobre la naturaleza genérica de su lectura de los signos que privilegia. La observación de Rousseau es pertinente aquí: los signos no hablan por sí mismos. Ningún criterio decide qué acontecimiento es un signo y cuál es su huella (ir)razonable: lo hacemos nosotros, y el valor de nuestro juicio depende de sus implicaciones: ¿qué política y qué bienes públicos se generan a partir de ello?

A Habermas le puede parecer que la paradoja de la política nos llama repetidamente de vuelta al momento político de los orígenes, en el que nos arranca el suelo bajo los pies, y le puede parecer que en tales momentos necesariamente domina la agitación más que el asentamiento, pero esto no tiene por qué ser así. La paradoja de la política puede ser una fuerza generativa. De manera similar, no necesitamos participar de ningún «misticismo democrático» (Holmes, 1993) para preguntarnos por los remanentes del constitucionalismo. Podemos mirar con lucidez los fines antidemocráticos de algunos poderes populares y minoritarios, pero sin caer en ningún «misticismo constitucional.» Podemos mirar con lucidez las maneras en que las constituciones pueden operar no solo para «canalizar» el poder popular, como dice Holmes (1995), sino también para canibalizarlo. Es decir, tiene poco sentido hablar de constitucionalismo versus democracia, como tales: hay variedades de constitucionalismo, incluido el constitucionalismo popular, muchos de los cuales fueron víctimas de Filadelfia y París (Kramer, 2004).

Cuando los «exploradores» de Habermas eligen «Filadelfia» como el inicio de su empresa de construcción de tradición, no se considera el coste de las alternativas dejadas de lado y aún marginadas diariamente. ¿Gana Filadelfia sobre otros contendientes ahora porque lo hizo entonces, es decir, porque uno va a la política con la constitución que tiene, no con la que desearía tener? Si es así, entonces este parece ser uno de esos momentos de decisión que los críticos afirman son discernibles en la teoría democrática deliberativa, a pesar de sus protestas¹⁵. Habermas incluso parece conceder el punto cuando dice: «ahora podemos ver retrospectivamente» que Filadelfia y París marcaron «un comienzo enteramente

del Holocausto de Habermas. En la obra que aquí se examina, veo a Habermas consciente (pero no del todo explícito) de una brecha entre lo universal y lo particular, pero como la particularidad en cuestión es menos obviamente perniciosa (las particularidades del constitucionalismo estadounidense), resulta más incómodo para Habermas llamar a (la noción de) resistencia a ella en los términos de Markell. Además, no veo que Habermas se uniera a Laclau para llamar a la brecha entre lo particular y lo universal un fracaso de lo universal.

¹⁵ Benhabib ve el desafío a la teoría democrática deliberativa. Al construir sobre la tradición en la que nacimos, nos encontramos con «la paradoja de las comunidades delimitadas», en la cual la teoría del discurso o bien «no puede articular ningún criterio justificable de exclusión, o simplemente acepta las prácticas existentes de exclusión como contingencias históricas moralmente neutrales que no requieren mayor validación. Esto sugeriría que una teoría del discurso de la democracia es en sí misma quimérica, en la medida en que la democracia requiere un cierre moralmente justificable que la ética del discurso no puede ofrecer» (2006, pp. 22-23). La solución de Benhabib, las «iteraciones democráticas», se parece al *tapping* de Habermas, pero ella respalda compromisos con prácticas culturales además de constituciones. Sin embargo, su atención a la cultura no altera de manera significativa el proyecto democrático deliberativo de universalidad. (Sobre este punto, véase Honig, 2006).

nuevo». Si nuestra aprehensión de Filadelfia y París como nuevos comienzos es, como dice Habermas, retrospectiva, entonces eso significa que estamos haciendo el juicio desde dentro del marco que se supone debemos juzgar—y eso significa que no estamos fuera sino más bien firmemente dentro de la paradoja de la política.

4. La paradoja de la política, revisada

¿Qué fue primero, la gallina o el huevo? Anaximandro resolvió esta, la más antigua paradoja, postulando una cosa infinita, una causa no causada que funciona de un modo no muy distinto al postulado de Habermas de la co-originalidad. Aristóteles generó una solución diferente, la inmortalidad de las especies (1986, 415b, II:4) que, según Roy Sorenson, plantea «una relación infinita entre cosas finitas, [...] una secuencia infinita de padres e hijos, [en la cual] un padre podría cuidar de cada hijo y no habría necesidad de postular un animal [u otro] origen para los seres humanos» (Lennox, 1985; cf. Sorenson, 2003, p. 11). La solución de Aristóteles no sobrevivió a las teorías de Darwin, Mendel y Lamarck (evolución, herencia y caracteres adquiridos), que sugieren que la gallina o el huevo sí pueden ordenarse como primeros. ¿Podría, no obstante, la solución de Aristóteles ser instructiva para la política?

Arendt (1963) pudo haber tenido en mente algo parecido a la relación infinita entre cosas finitas de Aristóteles cuando observó que los revolucionarios estadounidenses tuvieron éxito porque practicaron el autogobierno durante décadas antes de rebelarse. Aunque su comienzo fue revolucionario, estuvo precedido por décadas de aculturación en hábitos, mentalidades, prácticas, leyes e instituciones democráticas (una secuencia infinita, por así decirlo, de padres e hijos), posible gracias a su distancia contingente del poder soberano.¹⁶ La investigación reciente subraya el punto central de Arendt al sugerir que la distancia habilitante que ella señaló no fue simplemente un hecho natural. Según Richard Ross (2006), los colonos estadounidenses, hábiles navegantes de los mares de la autoridad, a veces fingían no haber recibido directivas indeseadas desde Inglaterra, protegiendo así activamente la distancia respecto del poder monárquico que fue condición de su exitoso autogobierno.

Arendt (1963) es a menudo referida como una teórica de los comienzos. Ella enfatiza repetidamente los poderes inaugurales de la acción, pero su recurso a algo parecido a la secuencia infinita de Aristóteles para elogiar la Revolución Americana sugiere una noción de comienzo distinta de la variedad *ab initio* con la que usualmente se la asocia (con buena razón [véase, por ejemplo, p. 205] por muchos de sus lectores, incluida esta autora [Honig, 1993]) y con la que, como vimos antes, también se afilia Habermas (2001): él celebra a Filadelfia y París como un «comienzo enteramente nuevo» y respalda una democracia constitucional que «es un proyecto de construcción de tradición con un comienzo claramente marcado en el tiempo». ¿Cuáles son las dos formas distintas de pensar los orígenes políticos? Michael Oakeshott resulta útil cuando distingue las historias de origen *ab initio*, que él asocia desaprobatoriamente con la frase de apertura «En el principio», de aquellas que comienzan con «Érase una vez.» Estas últimas invitan a entrar en otro tiempo y postulan múltiples temporalidades (el hecho de que imaginen un tiempo sugiere que existen otros también). No tienen «conclusión incondicional; [su] fin es el comienzo de otra historia. [No tienen] un significado total; [relatan] acontecimientos entendidos en

¹⁶ El espíritu revolucionario «se había formado y nutrido durante todo el período colonial». Después de la revolución, «el pueblo permaneció en pacífica posesión de aquellas instituciones que habían sido el semillero de la revolución»: los municipios y las asambleas locales, las «fuentes originales de su poder y felicidad pública» (1963, p. 239).

función de los significados que adquieren de sus relaciones contingentes y evidenciales». Las historias de «en el principio», por contraste, postulan un solo tiempo, un solo comienzo y, como en el proyecto de construcción de tradición de Habermas con su inicio claramente marcado en el tiempo, sus energías son canalizadas hacia un propósito global. Son grandes narrativas, cuyo fin, dice Oakeshott, no es «contar una historia sino construir un mito» (1975, p. 105), aunque no es necesario aceptar su implicación de que la elección sea entre buenas historias y malos mitos. La paradoja de la política resiste también ese binario. La mayoría de las narrativas tienen elementos tanto de mito como de relato, y participan de ambos conjuntos de rasgos que Oakeshott identifica aquí. Pueden ser dirigidas a cualquiera de los dos propósitos (historia y/o mito) o, quizá mejor, podemos ser dirigidos por ellas hacia uno u otro propósito, o ambos.

Cuando los teóricos de la democracia deliberativa y algunos de sus críticos sustituyen los binarios neo-schmittianos por la paradoja circular de Rousseau, evaden la condicionalidad rastreada aquí en la obra de Aristóteles (1986), Arendt (1963) y Oakeshott (1975). Los deliberativistas lo hacen con la esperanza de que la democracia constitucional pueda ser provista de un fundamento menos contingente y más legítimo, de lo que Oakeshott llama (en la cita inicial de este artículo) una justificación en lugar de una vindicación. Como he sugerido, esto los lleva a las mismas paradojas que luego se preocupan por resolver, manejar o trascender. Si los deliberativistas prefieren los binarismos, por preocupantes que les resulten, antes que la paradoja de la política, es porque los problemas planteados por los primeros (voluntad general vs. voluntad de todos, constitucionalismo vs. democracia) son en sí mismos la solución de los demócratas deliberativos (cf. Dietz, 1998). En sus paradojas preferidas, el pueblo es un problema que las reglas podrían resolver. En la paradoja de la política, en cambio, con sus pluralidades de temporalidades «érase una vez» y «en el principio», el problema es que el pueblo es siempre también una multitud, la voluntad general está habitada por la voluntad de todos, el/la legislador(a) es posiblemente un charlatán, y la objetividad de los teóricos políticos es también partidista. Aquí no obtenemos ni deliberación ni decisión como tales; obtenemos una política, en la cual partidos plurales y contendientes hacen reclamos en nombre de bienes públicos, buscan apoyo de diversos distritos electorales, y la legitimidad de los resultados es siempre disputable.

Con su atención a principios en conflicto (Habermas, Benhabib) o a «lógicas» inconmensurables (Agamben, 1998; Mouffe, 1999, 2000; Christodoulidis, 2001), los teóricos democráticos nos arrastran a paradojas binarias que nos hacen oscilar entre decisión y deliberación. Incluso la estrategia de articulación de Mouffe no puede evitar preservar el binario de derecho y democracia cuyos asentamientos pragmáticos busca reelaborar¹⁷. Los acontecimientos y dramas políticos exceden tales categorizaciones hipostasiadas. La política ocurre en los espacios entre categorizaciones¹⁸. Como dice Mary Dietz de otro binario habermasiano, las dos tensiones nunca se resuelven. Se desarrollan «a lo largo de un continuo de “más o menos”» (Dietz, 2002, p.158), no en un binarismo de «o lo uno o lo otro.» Los

¹⁷ Andrew Schaap hace un señalamiento similar respecto a otro de los binarios de Mouffe, su versión reelaborada de la distinción amigo-enemigo de Schmitt, que según Schaap fue implícitamente rechazada por Arendt en *La condición humana* en favor de una pluralidad más política, que él prefiere: «[C]uando las personas están ‘solo a favor o en contra de otras personas’, el potencial revelador del mundo de la acción se ve restringido; pues entonces ‘el habla se convierte en simple charla, simplemente en un medio más para alcanzar un fin, ya sea para engañar al enemigo o para deslumbrar a todos con propaganda; aquí las palabras no revelan nada’» (Schaap 2007, citando Arendt, 1998, p.180).

¹⁸ Gould se sitúa en un punto de ese espectro cuando critica a Habermas y a sus seguidores por descuidar la “toma de decisiones efectiva” en favor de la “participación entendida como conversación, discusión o deliberación” (1996, p.176).

principios y lógicas no son, sin embargo, enteramente perniciosos. Los términos «voluntad general» y «voluntad de todos», por ejemplo, capturan ciertos elementos de la experiencia política y pueden ofrecer un modo de mover a la gente hacia el apoyo de agendas comunes. Pero estas ventajas se pierden cuando los términos en cuestión se congelan en una estructura binaria y paradójica en la que cada término no solo se opone al otro, sino que también lo apuntala, y entre ambos se excluye el vasto, complejo y sutil terreno de la política. Recordemos aquí, por ejemplo, la omisión de variedades de constitucionalismo popular en el binarismo de Habermas (2001) de constitución versus revolución¹⁹.

La paradoja de la política de Rousseau (1968), al igual que la secuencia infinita de Aristóteles (1986), hace estallar los binarismos familiares que estructuran los debates entre decisión y deliberación. Señala dominios alternativos de trabajo político al privarnos de puntos de origen postulados (dejándonos justamente en el dilema de qué viene primero: ¿la buena ley o la sabiduría del autogobierno?) e invitándonos a ver cómo (aunque en diferentes grados, de distintas maneras, en diferentes regímenes) la ley y sus autores/sujetos fundamentalmente no logran la interconectarse en el presente de maneras que satisfagan estándares independientes de legitimación. Esto no es, contra Jefferson, Webster y Paine, simplemente porque otros hayan redactado la ley por la que luego somos gobernados a distancia. Ni es, contra lo que afirma la teoría democrática deliberativa, porque carezcamos de un punto de vista moral desde el cual distinguir correctamente la voluntad general de la voluntad de todos. Ni es porque hayamos fallado en nuestra responsabilidad de activar los sistemas de derechos por los cuales somos gobernados (aunque bien podría ser así). Más bien es porque esta secuencia infinita es la condición en la que nos encontramos cuando pensamos y actuamos políticamente, cuando exigimos que las instituciones legisladoras/charlatanas por las que siempre ya somos gobernados y moldeados sean receptivas a los agentes plurales y conflictivos que juntos se dice que las autorizan o se benefician de ellas: el pueblo siempre cambiante y secuencialmente infinito, la multitud y sus restos.

Bibliografía

- Agamben, G. (1998). *Homo Sacer: Sovereign Power and Bare Life*. Stanford University Press.
- Arendt, H. (1963) *On Revolution*. Penguin Books.
- Arendt, H. (1998). *The Human Condition*, second edition. University of Chicago Press.
- Aristóteles (1986). *De Anima*. Trans. Hugh Lawson-Tancred. Penguin Books.
- Benhabib, S. (2006). *Another Cosmopolitanism*. Oxford University Press.
- Benhabib, S. (2004). *The Rights of Others: Aliens, Residents, Citizens*. Cambridge University Press.
- Benhabib, S. (2002) *The Claims of Culture: Equality and Diversity in the Global Era*. Princeton University Press.
- Benhabib, S. (1994a). Deliberative Rationality and Models of Democratic Legitimacy. *Constellations* (1 April), pp. 26-52.
- Benhabib, S. (1994b). Democracy and Difference: Reflections on the Metapolitics of Lyotard and Derrida. *Journal of Political Philosophy* (2), pp. 1-23.
- Benhabib, S. (1992). *Situating the Self*. Routledge.
- Bennington, G. (1994). *Legislations*. Verso.
- Bertram, C. (2004). *Rousseau and The Social Contract*. Routledge.
- Bohman, J. F. (1990). Communication, Ideology, and Democratic Theory. *The American Political Science Review* (84, March), pp. 93-109.

¹⁹ También quedan fuera disposiciones que en otro lugar llamo “constitucionales a-constitucionales”, como la “cláusula notwithstanding” de Canadá (Honig 2001b).

- Bowen, H. V. (2006). *The Business of Empire: The East India Company and Imperial Britain, 1756–1833*. Cambridge University Press.
- Butler, J. (2000). *Contingency, Hegemony, Universality: Contemporary Dialogues on the Left*. With Ernesto Laclau and Slavoj Žižek. Verso.
- Christodoulidis, E. (2001). The Aporia of Sovereignty: On the Representation of the People in Constitutional Discourse. *The King's College Law Journal* 12 (1), pp. 111-33.
- Connolly, W. E. (1999). *Why I Am Not A Secularist*. University of Minnesota Press.
- Connolly, W. E. (1995). *The Ethos of Pluralization*. University of Minnesota Press.
- Connolly, W. E. (1993). *Political Theory and Modernity*. Cornell University Press.
- Connolly, W. E. (1991). *Identity/difference: Democratic Negotiations of Political Paradox*. Cornell University Press.
- Derrida, J. (2005). *Rogues: Two Essays on Reason*. Stanford University Press.
- Derrida, J. (1986). Declarations of Independence. *New Political Science* 15 (Summer), pp. 7-15.
- Dietz, M. G. (2002). Working in Half-Truth. *Turning Operations*. Routledge.
- Dietz, M. G. (1998). Merely Combating the Phrases of This World: Recent Democratic Theory. *Political Theory* (26 Feb.), pp. 112-139.
- Elster, J. (1984). *Ulysses and the Sirens: Studies in Rationality and Irrationality*. Cambridge University Press.
- Exodus. King James Bible*. (2008). Oxford University Press.
- Farrington, A. (2002). Bengkulu: An Anglo-Chinese Partnership. *The Worlds of the East India Company*, ed. H. V. Bowen et al. Woodbridge. Boydell Press.
- Fenves, P. (2003). *Late Kant: Towards Another Law of the Earth*. Routledge.
- Ferrara, A. (2001). Of Boats and Principles: Reflections on Habermas's 'Constitutional Democracy'. *Political Theory* 29 (December), pp. 782-91.
- Fish, S. (1972). *Self-Consuming Artifacts: The Experience of Seventeenth-Century Literature*. University of California Press.
- Fitzpatrick, P. (2001). *Modernism and the Grounds of Law*. Cambridge University Press.
- Frank, J. (2005). 'Besides Our Selves': An Essay on Enthusiastic Politics and Civil Subjectivity. *Public Culture* 17 (Fall), pp. 371-92.
- Giddin, H. (1983). *Rousseau's Social Contract: The Design of the Argument*. University of Chicago Press.
- Gooch, G. P. (1966). *Germany and the French Revolution*. Russell and Russell.
- Gould, C. (1966). Diversity and Democracy: Representing Differences. *Democracy and Difference*. Princeton University Press.
- Habermas, J. (2001). Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles? *Political Theory* 29 (December), pp. 766-81.
- Habermas, J. (1998b). On the Relation between the Nation, the Rule of Law, and Democracy. *Inclusion of the Other*. MIT Press.
- Habermas, J. (1998a). Kant's Idea of Perpetual Peace. *Inclusion of the Other*. MIT Press.
- Habermas, J. (1997b). Replies to a Bundestag Investigative Commission. *A Berlin Republic: Writings on Germany*. University of Nebraska Press.
- Habermas, J. (1997a). Carl Schmitt in the Political Intellectual History of the Federal Republic. *A Berlin Republic: Writings on Germany*. University of Nebraska Press.
- Habermas, J. (1996). *Between Facts and Norms*. MIT Press.
- Habermas, J. (1990). *Philosophical Discourse of Modernity*. MIT Press.
- Habermas, J. (1989). *The New Conservatism*. MIT Press.
- Hartley, L. P. (1953). *The Go-between*. H. Hamilton.
- Hayek, F. (1960). *The Constitution of Liberty*. University of Chicago Press.
- Hirst, P. (1999). Carl Schmitt's Decisionism. *The Challenge of Carl Schmitt*. Verso.
- Holmes, S. (1995). *Passions and Constraint: On the Theory of Liberal Democracy*. University of Chicago Press.

- Holmes, S. (1993). *The Anatomy of Anti-liberalism*. Harvard University Press.
- Holmes, S. (1988). Precommitment and the Paradox of Democracy. *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press.
- Honig, B. (2006). Another Cosmopolitanism? Law and Politics in the New Europe. *Another Cosmopolitanism*. Oxford University Press.
- Honig, B. (2005). Bound by Law? Alien Rights, Administrative Discretion, and the Politics of Technicality: Lessons from Louis Post and the First Red Scare. *The Limits of Law*. Stanford University Press.
- Honig, B. (2001b). Dead Rights, Live Futures: A Reply to Habermas's 'Constitutional Democracy'. *Political Theory* 29 (December), pp. 792-805.
- Honig, B. (2001a). *Democracy and the Foreigner*. Princeton University Press.
- Honig, B. (1993). *Political Theory and the Displacement of Politics*. Cornell University Press.
- Honig, B. (1991). Declarations of Independence: Arendt and Derrida on the Problem of Founding a Republic. *American Political Science Review* 85 (March), pp. 97-113.
- Ingram, D. (1993). The Limits and Possibilities of Communicative Ethics for Democratic Theory. *Political Theory* 21 (May), pp. 294-321.
- Johnston, S. (1999). *Encountering Tragedy: Rousseau and the Project of Democratic Order*. Cornell University Press.
- Kant, I. (1997). *Groundwork of the Metaphysics of Morals*. Cambridge University Press.
- Kant, I. (1991). The Contest of the Faculties. *Political Writings*, ed. Hans Reiss. Cambridge University Press.
- Kant, I. (1991). On the Common Saying: 'This May be True in Theory, But it Does Not Apply in Practice.' *Political Writings*. Cambridge University Press.
- Keenan, A. (2003). *Democracy in Question: Democratic Openness in a Time of Political Closure*. Stanford University Press.
- Kennedy, E. (2004). *Constitutional Failure: Carl Schmitt in Weimar*. Durham: Duke University Press.
- Kennedy, J. (1970). *A History of Malaya*, second edition. Macmillan.
- Korsgaard, C. M. (1997). Kant on the Right to Revolution. *Reclaiming the History of Ethics: Essays for John Rawls*, ed. A. Reath, B. Herman, and C. M. Korsgaard. Cambridge University Press.
- Kramer, L. D. (2004). *The People Themselves*. Oxford University Press.
- Lefort, C. (1988). *Democracy and Political Theory*. University of Minnesota Press.
- Lennox, J. (1985). Are Aristotelian Species Eternal? *Aristotle on Nature and Living Things*. Mathesis Publications.
- Lindahl, H. (2006). Constituent Power and Reflexive Identity: Towards an Ontology of Collective Selfhood. *The paradox of constitutionalism: constituent power and constitutional form*. Oxford.
- Lindahl, H. (2003). Sovereignty and Representation in the European Union. *Sovereignty in Transition*. Hart Publishing, pp. 87-114.
- Lomonaco, J. (2005). Kant's Unselfish Partisans as Democratic Citizens. *Public Culture* 17 (Fall), pp. 393-416.
- Markell, P. (2006). The Rule of the People: Arendt, Archê, and Democracy. *American Political Science Review* 100 (February), pp. 1-14.
- Markell, P. (2000). Making Affect Safe for Democracy? On 'Constitutional Patriotism.' *Political Theory* 28 (February), pp. 38-63.
- Markell, P. (1997). Contesting Consensus: Rereading Habermas on the Public Sphere. *Constellations* 3 (January), pp. 337-400.
- Melzer, A. (1990). *The Natural Goodness of Man: On the System of Rousseau's Thought*. University of Chicago Press.
- Mencken, H. L. (1920). *Prejudices: Second Series*. Knopf.

- Michelman, F. I. (1998). Constitutional Authorship. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, ed. L. Alexander. Cambridge University Press, pp. 64-98.
- Michelman, F. I. (1999). *Brennan and Democracy*. Princeton University Press.
- Mouffe, Chantal. (2005). *On the Political*. New York: Routledge.
- Mouffe, C. (2000). *The Democratic Paradox*. Verso.
- Mouffe, C. (1999). Carl Schmitt and the Paradox of Liberal Democracy. *The Challenge of Carl Schmitt*, ed. Chantal Mouffe. New York: Verso.
- Myers, E. (2006). *The Turn to Ethics and Its Democratic Costs*. PhD. Dissertation, Northwestern University.
- Nietzsche, F. (1974). *The Gay Science*. New York: Vintage.
- Oakeshott, M. (1975). *On Human Conduct*. Oxford University Press.
- Phillips, A. (1991). *Engendering Democracy*. Polity Press.
- Rancière, J. (1999). *Dis-agreement: Politics and Philosophy*. Trans. Julie Rose. University of Minnesota Press.
- Ricoeur, P. (1984). The Paradox of Politics. *Legitimacy and the State*, ed. William Connolly. New York University Press.
- Ross, R. J. (2006). Communications and Imperial Governance in Colonial British and Spanish America. *Cambridge History of Law in America*, ed. Christopher L. Tomlins and Michael Grossberg. Cambridge University Press.
- Rousseau, J. J. (1968). *The Social Contract*. Trans. Maurice Cranston. New York: Penguin Books.
- Rubinfeld, J. (2001). *Freedom and Time: A Theory of Constitutional Self-Government*. Yale University Press.
- Schaap, A. (2007). Political Theory and the Agony of Politics. *Political Studies Review*. Forthcoming.
- Schaap, A. (2005). *Political Reconciliation*. Routledge.
- Scheuerman, W. E. (1999). Between Radicalism and Resignation: Democratic Theory in Habermas' *Between Facts and Norms*. *Habermas: A Critical Companion*, ed. Peter Dews. Blackwell.
- Scheuerman, W. E. (1998). Revolutions and Constitutions: Hannah Arendt's Challenge to Carl Schmitt. *Law as Politics: Carl Schmitt's Critique of Liberalism*. ed. David Dyzenhaus. Duke University Press.
- Scheuerman, W. E. (1994). *Between the Norm and the Exception: The Frankfurt School and the Rule of Law*. MIT Press.
- Schmitt, C. (2006). *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*. University of Chicago Press.
- Schmitt, C. (1996). *The Concept of the Political*. University of Chicago Press. Edición castellana Schmitt, C. (1998).
- Shklar, J. (1992). Review of *We the People: Foundations* by Bruce Ackerman. *American Political Science Review* 86 (September), pp. 775-776.
- Sorenson, R. (2003). *A Brief History of the Paradox: Philosophy and the Labyrinths of the Mind*. Oxford University Press.
- Sunstein, C. R. (1988). Beyond the Republican Revival. *The Yale Law Journal* 97 (July), pp. 1539-1590.
- Taylor, C. (2004). *Modern Social Imaginaries*. Duke University Press.
- Van Roermund, B. (2003). Sovereignty: Unpopular and Popular. *Sovereignty in Transition*, ed. Neil Walker. Hart Publishing.
- Van Roermund, B. (1997). *Law, Narrative and Reality: An Essay in Intercepting Politics*. Kluwer.
- Waldron, J. (1999). *The Dignity of Legislation*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (1998). Precommitment and Disagreement. *Constitutionalism: Philosophical Foundations*, ed. Larry Alexander. Cambridge University Press.
- Webster, N. (1843). Vindication of the Treaty of Amity, Commerce and Navigation, with Great Britain. *Webster, Noah: A Collection of Papers on Political, Literary, and Moral Subjects*. Webster and Clark.

- Webster, N. [writing as "Giles Hickory"]. (1787). On Bills of Rights. *American Magazine* 1 (December), pp. 13-15.
- Wolin, S. (1994). Norm and Form: The Constitutionalizing of Democracy. *Athenian Political Thought and the Reconstruction of American Democracy*, ed. Peter Euben, John Wallach, and Josiah Ober. Cornell University Press.
- Wolin, S. (1990). *The Presence of the Past: Essays on the State and the Constitution*. The Johns Hopkins University Press.
- Young, I. (2000). *Inclusion and Democracy*. Oxford University Press.
- Young, I. (1993). Justice and Communicative Democracy. *Radical Philosophy: Tradition, Counter-tradition, Politics*. Ed. Roger S. Gottlieb. Temple University Press.

Democracia, feminismo y lenguaje. Una conversación con Bonnie Honig

Democracy, feminism and language. A conversation with Bonnie Honig*

Bonnie Honig

Northwestern University and American Bar Foundation

ORCID ID 0000-0003-4426-6276

b-honig@northwestern.edu

Andrea Greppi

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-6035-5714

agreppi@der-pu.uc3m.es

Cristina Sánchez Muñoz

Universidad Autónoma de Madrid

ORCID ID 0000-0003-3925-2363

cris.sanchez@uam.es

Gonzalo Velasco Arias

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0002-9584-5051

gvelasco@hum.uc3m.es

Cita recomendada:

Honig, B., Greppi, A., Sánchez Muñoz, C. y Velasco Arias, G. (2025). Democracy, feminism and language. A conversation with Bonnie Honig. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 383-395.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9860>

Recibido / received: 04/10/2025

Aceptado / accepted: 12/10/2025

Introduction

In the spring of 2024, Professor Bonnie Honig visited Madrid for the first time. The event, held at the Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, took place on February 10, 2025, in the Salón de Tapices of the Palacio de Godoy, Madrid. It was made possible thanks to her generosity and openness and was financially supported

* Participants, with abbreviations: Prof. Bonnie Honig (BH), Prof. Cristina Sánchez (CS), Prof. Andrea Greppi (AG) and Prof. Gonzalo Velasco Arias (GV).

by the research project *El vínculo y su contrario. Desafección, mediaciones y representación política* (VI_CO). The goal of the gathering was to revisit and explore some of the central threads in Honig's extensive body of work –«thread» being a concept that appears throughout her writings– as a way of framing key developments and tensions in political theory over the past three decades.

Bonnie Honig is the Nancy Duke Lewis Professor at Brown University, where she has held appointments in Political Science and Modern Culture and Media. Her work has played a foundational role in the emergence of political agonism, beginning with her seminal book *Political Theory and the Displacement of Politics* (Honig, 1993), which questioned liberalism's focus on consensus and proceduralism. In the years that followed, she published influential studies on feminist interpretations of Hannah Arendt (Honig, 2010), the challenges of multiculturalism and gender, and the symbolic role of foreigners in democratic life (*Democracy and the Foreigner*) (Honig, 2001). Her contributions continued with *Emergency Politics* (Honig, 2009), *Antigone, Interrupted* (Honig, 2013), *Public Things* (Honig, 2017), and *A Feminist Theory of Refusal* (Honig, 2021), among others, combining political philosophy with literature and media studies, and drawing on authors such as Sophocles, Charlotte Brontë, Toni Morrison, and Daphne du Maurier. Across these works, Honig has consistently engaged with canonical thinkers—including Arendt (1958/1998), Agamben (1999), and Cavarero (2005)—not by rehearsing orthodox readings but by transforming them into resources for democratic critique and renewal.

The interview followed the chronological trajectory of Honig's publications, while returning frequently to a central metaphor that emerged in the preparatory conversations: the image of the hinge. This metaphor captured the way her concept's function—opening and connecting theoretical domains, allowing for new alignments, and sustaining the possibility of movement. Terms such as emergence, paradox, performativity, and agonistic democracy were already part of political discourse, but Honig's work has redefined them in surprising and generative ways. The interview was thus conceived as both a retrospective and an invitation: to read Honig's thought not only as a record of past interventions, but as a living archive that continues to reconfigure the present.

Andrea Greppi (AG):

Let us begin with the publication of your first book on the displacement of politics. After the so-called 'death' of political philosophy in the 1950s and 60s, and its return or rehabilitation in the early 1970s, mainstream political thought in the 1980s and early 90s took a strong turn towards what you cleverly described as the 'virtuous' displacement of politics. You pursued the idea that political arrangements are always imperfect and, even if they are just enough, produce exclusions, injustices or inequalities. The aim was not to recover a lost tradition of political thinking –such as Arendt, Nietzsche, or Machiavelli– but to argue that even in times of triumphant democracy, there was much political philosophy to be done beyond the liberals/communitarians debate. That's why in the introduction of that book you mention, you make a list of unorthodox political thinkers in that time. Names such as Stuart Hampshire, Sheldon Wolin, Nancy Fraser, William Connolly, Stanley Cavell, Bernard Williams, Isaiah Berlin, or Derrida.

So, let me ask: 30 years later, how much is left of the once dominant consensualist mainstream? What remains of the agonist intuition in the present landscape of political theory? In the meantime, has a new canon of political philosophy emerged? Do we have something like a new pluralist mainstream in political philosophy?

Bonnie Honig (BH):

Let me begin by situating my response. At the time, I found myself resisting Rawlsianism just as it was becoming highly ascendant. I wonder whether Rawls is still considered central today—perhaps most of us are now «post-Rawlsian». Rawls's *A Theory of Justice*, published in 1971, was enormously influential. It was important not only because of its substantive claims, but also because it demonstrated the possibility of once again articulating a «grand theory» in political philosophy.

For a period, when I was in college, most political theorists were engaged in smaller conceptual interventions. Isaiah Berlin's *Two Concepts of Liberty* is certainly significant but compared with *A Theory of Justice* it lacks the same systematic ambition. Rawls's book signalled that «grand theory» was once more possible.

Although I had serious criticisms of the project—for reasons I will explain—it was significant that political theory was permitted once more to think expansively, to take risks, and even to tolerate a degree of inconsistency in the service of vision. My problem was not that Rawls made glaring mistakes, but rather the opposite: his work was relentlessly rationalistic, increasingly aligned with what would later be called rational choice theory.

My own reaction was therefore one of resistance. I felt that there were other issues worth pursuing, yet in the United States at the time, there was little else on the agenda. Rawls dominated the field. That was not yet the case in Canada, where I studied as an undergraduate. Later, when I went to England, I discovered at Oxford that Rawlsianism was hegemonic; virtually all political philosophy was conducted in his terms.

When I returned to the United States for graduate school, I had to confront Rawls's limitations directly. He was not the explicit centre of every discussion, but he was the hidden driver behind much of the field. I read Kant because Rawls was a neo-Kantian; I read Sandel (1992) because he was then the most prominent critic. In that sense, my book can be seen as an attempt to create a battlefield and identify allies. The list of thinkers I highlighted was meant to show that, despite the ubiquity of Rawlsians—Rawls himself was a continuing presence at Harvard, where I taught at the time—there were others who resisted that rationalist orientation. It was a way of forging alliances. For those at the beginning of their careers, this may be instructive: originality is important, but standing entirely alone can make one appear eccentric, even unmoored.

I therefore sought to gather everyone who might, if given the chance, stand on the other side of the debate. Thinkers like Nancy Fraser, Cavell, Derrida, and Stuart Hampshire—diverse figures who shared little but an anti-rationalist impulse. It seemed important to mark that clearly.

So now, to your actual question: I wanted to provide some background on where it comes from. Since the 1990s, we have seen the rise of queer theory, the institutionalization of feminist theory in its various forms, and the emergence of Black studies. Saidiya Hartman's first book (1997) appeared in the mid-1990s, around the same time as Judith Butler's early work (1990) and Fraser's interventions (1990).

These developments did not merely move beyond the liberal–communitarian debate; they exposed its hegemonic character. As long as that debate defined the field, other perspectives could not enter the contestatory space. It therefore became important to use concepts strategically as a license to open room for opposition.

You asked whether that project succeeded. In some ways, yes. In others, the result has been a very dispersed field. My sense is that political theory today is highly fragmented. A few scholars read widely across areas, but most concentrate on specific domains: race, gender (sometimes together), class, neoliberalism, entrepreneurial subjectivity. These are not entirely disconnected, but they are pursued in relative isolation, and even different academic presses have come to be associated with particular subfields.

So rather than a hegemonic debate that everyone had to address—or else declare oneself «done with political theory» and turn to Foucault, which was not a bad option—the field has splintered. Think of Bill Connolly, who now works on environmental and ecological politics: a vital but rarely integrated area, though he himself attempts to connect it with other concerns.

There remains an agonistic space in which different currents can engage, but the fragmentation is less the result of theory than of institutional factors: the proliferation of journals and citational practices. It is simply impossible to read everything. That may have been difficult even in 1990, but then there were only three or four core journals in English. Today, there are hundreds. This explosion of venues, more than conceptual progress or regression, explains much of the dispersal we now witness.

Another important development was the incorporation of literature, film, and popular culture as legitimate objects of political theory. This had not been the case earlier. In my first book, for example, I made a passing reference to Madonna—mainly to signal that such references were possible—but I did not dare devote a chapter to her. Later, however, I felt free to write entire chapters on figures from music, literature, or film when they were relevant. The reason these cultural materials gained entry was that they offered new ways to address questions of race, power, and gender—dimensions less accessible within the established political theory canon, beyond the familiar task of pointing to exclusions. Yet that exercise soon became repetitive. By bringing in literary, cultural, and visual texts, political theory itself was politicised. Many of us writing in the 1990s experienced what was paradoxically a rather unpolitical climate in the discipline, given the frameworks then on offer.

Cristina Sánchez (CS):

Let us now turn to Hannah Arendt, who has been a constant driver in your work. Your *Feminist Interpretations of Hannah Arendt* (1995) already highlighted some of the central threads that run through your later writings. Why has Arendt been such a persistent source of inspiration, and how does this connect with your idea of «agonistic sorority», which emphasizes refusal and solidarity rather than identity?

BH: Thank you. While I often positioned myself against Rawls, I was approaching political theory from an Arendtian perspective. I became deeply engaged with Arendt studies because, at the time, the dominant interpretation of her work was a liberal one. Readers struggled with her claim that identity emerges through action. Many dismissed it as nonsensical—arguing that we first are who we are, and only then do we act. To me, this seemed a misreading, an imposition of assumptions foreign to her thought, and it compelled me to remain with her work.

I did not, however, know what the alternative reading should be until I encountered Nietzsche. My background was in political theory, but reading Nietzsche convinced me that the subject is produced through practices and through language.

This connected directly with the work I admired in Judith Butler and other queer theorists, who insisted that sexuality—and even the body itself—are constructed.

This offered an emancipatory way of thinking about sex, gender, and the body. At first sight, it seemed difficult to reconcile with Arendt, who could appear culturally conservative in these areas. Yet her reflections on language, identity, and political action resonated with what was being developed in lesbian and gay studies. It was exciting to read Arendt through a Nietzschean frame—she cited Nietzsche frequently, after all. For me, it was crucial to open the possibility that identity, long experienced as a kind of prison, could be remade through what Foucault would later call «practices of the self».

Arendt thus provides not only an account of transformation at the individual level, but also a way to describe politics itself as a transformative experience. Political actors do not simply express a pre-existing identity through action. They act on behalf of a polity because they envision a better version of it.

What I particularly valued in Arendt was her insistence that we never fully know what we are doing. This captured my own sense that, while we aim to push events toward justice or equality, we are never sovereign masters of our actions. We are finite beings, the world is contingent, and countless others act simultaneously in ways we cannot anticipate. Outcomes may be unexpectedly good—depending on fortuna and on how others receive our actions. This focus on transformation was decisive for me.

It took me a long time to grapple with the division often imposed on Arendt: on the one hand, the political theorist—supposedly anti-feminist—and on the other, the Jewish thinker. To me, this separation was a distortion. For years, there was a large industry around her Jewish writings that failed to connect them with her political theory. But they are not disconnected.

For Arendt, and for me, even Judaism is a performative cultural practice, reshaped by how people live and interpret it—whether in relation to the Old World or the New, to Zionism, or to domestic politics. These practices produce unexpected, sometimes even miraculous results.

Much of what I have written stems from difficulties I faced in articulating these tensions when I first encountered them. Treating «Arendt the political theorist» and «Arendt the Jewish thinker» as parallel but separate figures create problems. For example, some interpreted her notion of the miraculousness of action as a Christian idea—partly because she quotes Jesus. But she names him Jesus of Nazareth, a Jewish identity. To think seriously with her about natality and innovation, one cannot set Judaism aside and treat only the political writings.

These complexities were invitations to remain with Arendt longer than with any other thinker. I was drawn to her notion of public happiness—rare in the canon—and troubled by the distortions of her reception. There was important work to be done.

Let me end with a word on «agonistic sorority». For centuries, democratic theory relied on the concept of «fraternity», and this went largely unquestioned. I chose «sorority» deliberately, inspired by what I read as a secret alliance in Sophocles' *Antigone* between Antigone and Ismene. They are usually cast as opponents, yet I found signs of collusion and cooperation. Naming this «sorority» challenged the default reliance on fraternity, insisting that all of us could be sisters. For some time now, my term has been «agonistic sorority».

Gonzalo Velasco (GV):

The next question—or rather, invitation to think together—concerns *Emergency Politics* and *Democracy and the Foreigner* (2017), which can be seen as your first systematic elaborations of the agonistic position. A decade had passed since *Displacement*, and the political landscape had shifted significantly, marked by the neo-Schmittian and populist revival that emerged in response to the crises of the early 21st century. At the time, much discussion revolved around the exception to the law, the opposition between force and law, and the very concept of emergency—analyzed by theorists with a mixture of fear and fascination. In some readings, the state of emergency was viewed as an opportunity to reform constitutional principles; at the same time, it posed a serious risk. Your books, particularly *Emergency Politics*, can be understood as part of a broader reaction to the limits of liberal democratic theory.

In Spain, the idea of agonistic democracy even shaped political practice: new parties emerged under a neo-Gramscian framework that had tangible effects in realpolitik. Yet many of those theorists now express regret. They argue that what once appeared as an emancipatory opening instead enabled conservative and even far-right forces, legitimizing new forms of exclusion through the very discourse of exception. Against that background, I would like to ask: how do you reflect on that historical moment and on the role of your books as a hinge between these shifts? Do you feel any regret about the «agonistic enthusiasm» of that period? Did your work already anticipate the risks of this turn? And were your books, in some sense, more resistant to the conservative reinterpretations that have affected the neo-Gramscian tradition?

BH: My books were absolutely not vulnerable to those misappropriations. *Emergency Politics* was written, I believe, precisely for this moment. Its purpose was to disenchant the affective appeal of emergency politics, to remind ordinary citizens that when the sovereign speaks, they are not compelled to obey. The authority of a dictator or autocratic leader depends on the active subscription of the people. Drawing on Rousseau's *Social Contract*, I argued that when the lawgiver appears and gives law, he depends on recognition by the people just as much as the people depend on him. This is not a relationship of equality, but it is necessarily dyadic, and it exposes a fundamental vulnerability in the position of the lawgiver: he cannot exercise power until he is acknowledged as such. What enchants his authority is precisely this act of recognition, which can take the form of a submissive attitude, though it need not always do so.

I turned to Franz Rosenzweig (2005) —admittedly a relatively obscure figure, even for me at first—because his work, written at the same time as Schmitt's early writings, seemed to open the possibility of a hidden dialogue between them. Both were aware of each other. The hinge of that dialogue was the notion of the miracle. Traditionally, the miracle is understood as an intervention from above: it interrupts the ordinary, manifests divine presence, and compels submission. This is precisely the sense Schmitt invokes when he equates the miracle with the sovereign decision: it ruptures the ordinary order and commands obedience.

Rosenzweig, however, offers a very different account. For him, the miracle is not a unilateral imposition but an event that solicits recognition. It requires acknowledgement by those who witness it in order to be complete. One might compare it to J. L. Austin's notion of the speech act (1975): an utterance carries force, but its efficacy depends on its uptake. This circularity, I suggested, provides a better framework for thinking about emergency. Thus, in *Emergency Politics*, I asked: if we want to theorize the «miracle» of sovereignty, why go to Schmitt? Why not to

Rosenzweig—who wrote in the same period, had comparable intellectual credentials, did not become a Nazi, and engaged seriously with questions of law, albeit not constitutional law? My aim was to place Rosenzweig on a larger stage, to juxtapose him with Schmitt, and to reframe the discussion of emergency away from «fear and fascination» toward an Arendtian emphasis on *emergence*: the coming-into-being of something new.

This is why I can say, only half in jest, that I do not feel responsible for the distortions of agonism. My work has always been explicitly oriented by Arendt's norms of plurality and equality. Agonism, as I understand it, is fundamentally committed to both. Of course, there are other forms of contestation that aim at domination, but those are not what democratic theorists mean by agonism. If we are not vigilant in guarding plurality—which, as Bill Connolly emphasizes, requires ongoing pluralization—then contestation collapses into fixed identities and risks sliding toward Schmittian logics. Equality and plurality are the safeguards of agonism, though even they are subject to contestation: What does plurality require? How much pluralization is enough? These are questions democratic theorists must continually revisit. But nothing in agonism itself licenses the authoritarian appropriations we have witnessed.

Let me end with a point I developed in an early article, *Care for the Agon*. There, I argued that agonism presupposes care. Drawing on Nietzsche's *Homer's Contest*, I noted that the Greeks understood the dangers of domination: if one competitor became too dominant, the agon itself would collapse. Their solution was ostracism. If someone repeatedly won every contest, they could be expelled—not for the sake of a rival, but for the sake of preserving the agon as a space of contestation. This practice exemplifies what I call the care of the agon: legislative and political measures that protect the field of contest itself. For democracy, the lesson is clear. If the agon is to survive, it requires not only struggle but also active protection against forces that would destroy it.

That, then, was the Greek solution to the problem of agonism's limitations. The agon itself contains no internal safeguard against domination, yet it carries within it a kind of drive to persist. Sustaining it, therefore, requires legislative and political care. One manifestation of such care was the practice of ostracism: not undertaken for the benefit of a particular competitor or faction, but for the sake of preserving the agon itself as a space of contestation.

GV: This is a very compelling response, and it also anticipates a possible objection. What I find particularly interesting is the way your work links the pluralism inherent in agonism to the idea that the state of emergency demands action—it requires agency. Too often, discussions of messianism in philosophy, or of the «event», reduce subjectivity to a passive stance, as if we were merely waiting for otherness to arrive.

By contrast, your work emphasizes that those on the margins must act: they are not simply positioned outside, but must engage in practices that shape their own legitimacy. This is evident in your recent *Feminist Theory of Refusal* (2021), where the Bacchae leave the city. Their legitimacy does not stem merely from exclusion; it arises from the work they do in constructing a narrative that justifies their return. I would like you to reflect on this demand placed upon those who refuse or step outside. Their position is not inherently privileged; they must actively engage in creating new fables, narratives, and frameworks. Could you elaborate on this? The alternative would be a purely negative position—perhaps exemplified in Melville's *Bartleby*, as read by Giorgio Agamben—where refusal remains static, with no corresponding work of transformation.

BH: Thank you. I wrote this book precisely to consider what refusal requires beyond the simple «no». In democratic theory, we are all adept at negation, but I wanted to ask whether that «no» –not whether it is politically sufficient, but conceptually– already contains an affirmative «yes». Where does the power to refuse come from? To explore this, I turned to Euripides' *Bacchae*, treating it as a motif and focusing on three scenes that illuminate the dynamics of refusal.

The first act of refusal occurs when the Bacchantes ignore the king's command. They do not receive his order as intended, and they leave the city. What do they do then? Most readers overlook this, but the play notes that they abandon their infants at home, renouncing maternity. Outside the city, however, they nurse wild animals. To my mind, this acknowledges that renouncing maternity—at least for women of childbearing age in that society—was to renounce humanity itself. Within that cultural framework, not being tethered to children rendered one monstrous.

For a time, they live outside the city in a state of abundance. Not passive, but at peace: they eat, drink, and enjoy life. Eventually, however, they return. Why return if they lacked nothing? Not because they missed their children, as some interpretations suggest. Instead, upon returning, they say to the men they had abandoned: «We are back—let us feast!» The city was, unsurprisingly, not prepared to welcome them in this spirit. Their leader, Agave, the daughter of the former king and mother of the current one, plays a decisive role here. What matters, for my purposes, is that by demanding a feast, they symbolically reclaim the city.

They could not have made such a claim while still under the king's command. Only by leaving, by engaging in new practices and dis-identifying from old modes of subjectivity, could they reconstitute themselves. Importantly, they did this not through austerity but through plenty: they had enough, and they enjoyed life together in a kind of sorority. Of course, the play also depicts violence—when men, including the king, come to spy on them. Many readers are shocked that I work with a play in which the king is killed. But I always ask: are we shocked by the French Revolution?

Democracies, after all, are founded on regicide—sometimes literal, as in France, sometimes figurative, as in the Americas. They overthrow the old order and call the result fraternity. If we accept that legacy, then «sorority» cannot itself be the problem. The problem, rather, is the appearance of violence. To be clear, I do not endorse violence. But violence is often part of politics, and it should not be regarded as uniquely scandalous when women enact it in a fifth-century play, especially given how normalized it is when men do so in the texts that democratic theorists usually cite without hesitation.

This is why I resist framing the *Bacchae*'s return in terms of «legitimation». In English political theory, that term carries specific connotations I do not embrace. What the Bacchantes do is prepare themselves to take power. If they fail, it may be because their withdrawal lasted only a few days; to truly reconstitute subjectivity requires more than a brief sojourn in the countryside. But the lesson is that refusal has an arc: departure and return. The return, in turn, is an affirmation. This resonates with traditions of fugitivity in Black studies—not as a permanent resting place, but as a step toward reclaiming power. Democratic states hold immense power, and we should not be too pure to contest and claim it.

CS: I would like to return to the figure of *Antigone*. What is striking in your interpretation is that you highlight Ismene, Antigone's sister, and propose her as a figure of an ethics of care in contrast to Antigone's ethics of heroism and sacrifice. Ismene raises the question of who counts as a political agent. Here, we can connect this to Arendt's idea

of action as something extraordinary, but also as ordinary practices that allow new political subjects to emerge in the public sphere. In this sense, I would like to ask about the contemporary Ismenes. Who and where are the silent and less visible figures who might play the role of Antigone or Ismene today? Human rights activists? Could you suggest examples of invisible, collective action that constitutes a form of refusal grounded in sorority, as in Ismene's case?

BH: Let me begin with the play itself before turning to the present. In my book (2013), I tried to rethink the relationship between Antigone and Ismene. Earlier readings cast Antigone as the hero and Ismene as either the realist or the weak figure—always less «good» than Antigone. I immersed myself in classical scholarship and the Greek text—though with the help of classicists, as I do not read Greek myself—and I found support for another interpretation: that the sisters conspired together against Creon, feigning antagonism to confuse him.

There is a scene in which Creon, sentencing Antigone to death, declares that both sisters were involved. At that point Antigone lashes out at Ismene, who is taken aback and asks, «Why are you speaking to me like this? What have I done to you?» She even says she wants to die with her sister, but Antigone rejects her. Most interpreters have accepted this quarrel at face value, reinforcing a binary opposition between them—strong/weak, masculine/feminine, heroic/ordinary. But I argue that the play allows us to read their exchange as a performance staged for Creon, resulting in his decision to spare Ismene. This means that someone from the «tainted» family line survives to continue unsettling the royal order. For a long time, classicists seemed unable to imagine such a conspiracy between sisters, which I take as symptomatic of broader assumptions about the improbability of female agency and solidarity.

As for contemporary examples, it is not always easy to name them—especially from an American perspective—not because they do not exist, but because discretion is often essential. There are women quietly ensuring access to abortion pills in states where abortion is prohibited, or hosting women who must travel to receive medical care. These forms of solidarity and refusal are necessarily discreet.

In my book *Shellshocked* (2021), I wrote about the 2017 hearings for Brett Kavanaugh's nomination to the U.S. Supreme Court. At that moment, migrant women who had survived sexual violence came forward, breaking the silence to protest and to insist that such experiences disqualified him from office. Their intervention exemplifies how those at the margins can turn refusal into political action.

Beyond the U.S., I think of feminist movements in Chile and Mexico. These activists publicly name sexual violence, denounce the complicity of police, and organize collective performances in the streets that both display and amplify their power. They embody the kind of sororal action I associate with Ismene: less visible than heroic sacrifice, but crucial in sustaining collective resistance.

AG: In the first decades of this century, we saw a reaction against the contractarian «man without qualities» and the communitarian self. The narrative dimension of subjectivity opened the way for political theory to engage with language and storytelling through the recovery of gendered, racialized, and subaltern voices. Attention then shifted to the affective dimension of experience, and more recently to the visual dimension of politics. Your writings are full of stories but also of images: Antigone interrupting and being interrupted, Penelope undoing the veil, your reflections on cinema in your book on Lars von Trier, or in *The Feminism of Refusal* on the power of fabulation—such as the difference it makes for Agave to see a lion or to see her son.

You have also pointed to the political power of visual interventions, for instance, the projection of the letters 'BLM' (*Black Lives Matter*) onto a statue. Today, the interest in the visual, ocular, and spectacular dimension of politics seems far removed from Debord's anxieties about the spectacle, and closer instead to Arendt's «space of appearance» or Nietzsche's sense of theatricality. Some have even suggested that we are witnessing an «aesthetic turn» in political theory. How do you view this?

BH: One point I would emphasize, also in relation to your earlier question on subaltern agency, is the importance of *action in concert* in an Arendtian sense. Antigone represents a kind of movement. While dissident action can sometimes be embodied by a single heroic individual, democratic theorists understand it primarily as collective action. In this regard, I found the projection of 'BLM' onto a Confederate statue after the murder of George Floyd to be a particularly brilliant act of visual politics. At a time when many such monuments were being removed, this one remained untouched. Had anyone used spray paint, they would have been arrested for defacing public property. Instead, activists projected light onto it, spelling 'BLM' and displaying images of Sojourner Truth, Frederick Douglass, and other emancipatory figures.

This transformed the statue into a screen. The monument, which had long drained democratic energy by commemorating the wrong side of the Civil War, became a background surface for new images that claimed public space for a minoritized perspective. The ingenuity lay in turning a symbol of exclusion into a medium of contestation—without criminalizing the act. This intervention showed how visibility itself can animate public space and open it to democratic contestation.

More broadly, my own work has often been available for aesthetic theorization, though I have not usually described it that way. In my formative years, political theory was often defined in opposition to aesthetics, as if attending to aesthetics distracted from democratic theory. My response has been simply to integrate them, to insist that politics and aesthetics were never truly separate. That means I do not theorize aesthetics in the abstract, but I embed it within democratic thought.

Alongside visibility, I have recently been thinking about sound—the politics of the sonic rather than the visual. This comes partly from questions about democratic voice. Many of the examples I used earlier in my career were more vocal than visual, even if I did not always frame them that way. More recently, visibility has become central, especially because I often teach with film. When explaining Rousseau's idea of the lawgiver, for instance, students find it abstract until you show them a Clint Eastwood film: suddenly, the figure becomes intuitive. Film makes arguments graspable without excessive mediation.

At the same time, my more serious theoretical attention has turned to sound. The temptation is to think of sound as disembodied voice, but Adriana Cavarero reminds us that voice is always embodied, produced through breath and the body, inseparable from corporeality. Nothing escapes the body. For me, this is an essential lesson: politics is not only visual but also vocal and sonic, and democratic theory must take both dimensions seriously.

GV: I would like to turn briefly to *Public Things*, a book that has been highly influential and remains a valuable resource for understanding contemporary democracies. One might read it as an attempt to think about democracy without beginning from individual subjects. Typically, we frame democracy in terms of consciousness, reflection, deliberation, agon, and sometimes consensus. Yet in a moment when «the public» —if it still exists— is often imagined as non-violent but is in fact deeply polluted by forces we know well, perhaps the way to cultivate democratic subjectivity is by starting from

public things. These objects enable us to generate effects, shape subjectivity, and establish orientations or inclinations toward democratic life even before reflection or deliberation. In your work, drawing on authors such as Adriana Cavarero and Sara Ahmed, you connect these orientations to pre-reflective dispositions. Do you see democracy as necessarily grounded in such dispositions, rather than primarily in reflective, conscious frameworks?

BH: I hesitate with the term «pre-reflective» because it carries a Cartesian connotation of separating mind and body. My aim, in thinking with Cavarero (2005) and Ahmed (2006), is to resist that dualism. In their phenomenological register, thinking itself is embodied, inseparable from our sensory and bodily activities. That is the perspective I try to adopt.

In *Public Things*, I wanted to highlight what I saw as a missing piece in democratic theory. We have long debated who counts as «the people» –residents, citizens, neighbours affected across borders– and we have elaborated multiple models of representation, agenda-setting, and legislation. But what seemed absent was attention to objects. Why do we have public parks, public libraries, public monuments, or even the infrastructure of sewage systems? Democracies announce themselves through the creation and sharing of such objects, which not only represent but also structure democratic life.

This led me to think with Jane Bennett's *Vibrant Matter* (2010), which draws attention to how we are magnetized by objects and the animacy of matter itself. Transposed into political theory, this perspective allows us to see objects as democratic matter, as part of the infrastructure that sustains shared life. It also invites us to reconsider orientations toward commonality and mutuality, against the ideological emphasis on self-interest, individuation, and autonomy. Voting, for instance, is not easily explained through self-interest: walking into a polling place, placing a ballot in a box, and engaging with the physical infrastructure of democracy situates us in relations with others.

In writing the book, I deliberately chose unattractive public things—such as sewage plants or prisons—so as not to make the argument too easy. Community gardens or parks are appealing examples, but democratic infrastructures are not always beautiful. My claim is not that existing prisons are necessary as they are, but that democratic life depends on infrastructures, and what those should be is itself a political question.

One of my favourite examples is Central Park in New York. Designed by Frederick Law Olmsted, it was built on land cleared of a Black community—an exclusion that resonates with current struggles over land and displacement. Olmsted insisted on using the most expensive Alhambra tiles for the tunnels, because he wanted democracy to manifest a kind of majesty. These tiles were not merely decorative: their patterns run through the entire material, so even after a century of wear the design endures. For me, this became a metaphor for democracy itself. Democratic life is walked upon, used, and abused, yet ideally its underlying pattern persists. This material metaphor captures the importance of «thingness» in rooting democracy in the world—not only as an idea, but as a durable, embodied practice.

Question from the audience: I am very interested in your reading of Arendt's conception of truth and its relation to Trump. It seems to me that one of the main problems in politics today concerns truth itself: how do we establish what truth is? I used to think of politics as oriented toward the future, but now we see powerful

movements that treat the truth of politics as something rooted in the past. Arendt wrote extensively about this. Do you think communities can establish truth collectively?

Second question from the audience: Earlier, you described the current situation of political theory as one of «dispersion». Could this not also be described as «fragmentation»? Dispersion might still allow for communication, while fragmentation implies a lack of connection between different strands of work. Do you see dispersion as something positive or negative?

BH: Let me answer both questions together, because they are related. When I speak of dispersion, I mean a form of pluralism in which different areas of political theory exist side by side but often without dialogue across their boundaries. This is preferable to a hegemonic focus on a single debate, but it also falls short of the kind of dialectical engagement that allows different perspectives to confront and enrich each other. So, I would not call it fragmentation, but dispersion does point to a difficulty in sustaining conversations across fields.

This connects directly to Arendt's reflections on truth. For her, plurality is not an obstacle but the very condition for truth. Against the philosophical problem of «other minds» –the idea that we cannot know what another person thinks–Arendt argued that plurality allows us to verify reality. Truth emerges when we compare perspectives. If I see something unusual in the sky and turn to you and ask, «Did you see what I saw?», your answer does not eliminate uncertainty, but it grounds my perception in a shared world. Plurality, then, is the political solution to the philosophical problem of scepticism.

Truth, however, also requires infrastructure: spaces and institutions where diverse perspectives can meet. It requires media willing to tell the truth, universities that preserve intellectual independence, political parties that function as genuine organizations rather than cults of loyalty. It requires what Arendt called the «space of appearance», where people are unafraid to speak their minds. Without such infrastructure, plurality collapses into manipulation.

This is why I resist the neoliberal tendency to place the burden of truth entirely on individual ethos—as if the duty were simply to «find the truth for yourself». We see this in the way people consume information online. Someone reads a claim on social media and shares it instantly, without checking for a second or third source. This habit undermines the very possibility of truth. Truth does not serve us automatically; we also serve it by maintaining the infrastructures that sustain it.

I do not believe the main problem in American politics is ignorance of truth. Powerful actors often know the truth perfectly well. When a lawyer trained at Yale claims that courts cannot check executive power, it is not because he does not know better—it is because sowing confusion serves his interests. This deliberate blurring of truth and falsehood is precisely what Arendt identified as a hallmark of totalitarianism.

Bibliography

- Ahmed, S. (2006). *Queer phenomenology: Orientations, objects, others*. Duke University Press.
- Arendt, H. (1998). *The human condition* (2nd ed.). University of Chicago Press. (Original work published 1958).
- Austin, J. L. (1975). *How to do things with words* (2nd ed., J. O. Urmson & M. Sbisà, Eds.). Harvard University Press.
- Bennett, J. (2010). *Vibrant matter: A political ecology of things*. Duke University Press.

- Berlin, I. (1969). *Two concepts of liberty*. In I. Berlin, *Four essays on liberty* (pp. 118–172). Oxford University Press.
- Butler, J. (1990). *Gender trouble: Feminism and the subversion of identity*. Routledge.
- Cavarero, A. (2005). *For more than one voice: Toward a philosophy of vocal expression* (P. Kottman, Trans.). Stanford University Press.
- Fraser, N. (1990). Rethinking the public sphere: A contribution to the critique of actually existing democracy. *Social Text*, 25/26, 56–80. <https://doi.org/10.2307/466240>
- Hartman, S. V. (1997). *Scenes of subjection: Terror, slavery, and self-making in nineteenth-century America*. Oxford University Press.
- Honig, B. (1993). *Political theory and the displacement of politics*. Cornell University Press.
- Honig, B. (2001). *Democracy and the foreigner*. Princeton University Press.
- Honig, B. (2009). *Emergency politics: Paradox, law, democracy*. Princeton University Press.
- Honig, B. (1995). *Feminist interpretations of Hannah Arendt*. Pennsylvania State University Press.
- Honig, B. (2013). *Antigone, interrupted*. Cambridge University Press.
- Honig, B. (2017). *Public things: Democracy in disrepair*. Fordham University Press.
- Honig, B. (2021). *A feminist theory of refusal*. Harvard University Press.
- Rawls, J. (1971). *A theory of justice*. Harvard University Press.
- Rosenzweig, F. (2005). *The star of redemption* (B. E. Galli, Trans.). University of Wisconsin Press. (Original work published 1921).
- Sandel, M. J. (1998). *Liberalism and the limits of justice* (2nd ed.). Cambridge University Press.
- Schmitt, C. (1985). *Political theology: Four chapters on the concept of sovereignty* (G. Schwab, Trans.). MIT Press. (Original work published 1922).

Ingreso en la judicatura. Una selección inversa

Access to the judiciary. Backward selection

Perfecto Andrés Ibáñez

Magistrado emérito de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Cita recomendada:

Andrés Ibáñez, P. (2025). Ingreso en la judicatura. Una selección inversa. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 396-406.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9861>

Recibido / received: 04/08/2025
Aceptado / accepted: 19/09/2025

Resumen

En España, en materia de selección-formación de jueces, sigue vigente el régimen de oposiciones inaugurado a principios del último tercio del siglo XIX. En él rige un programa de algunos cientos de temas comprensivos de las materias jurídicas fundamentales, que refleja un modo de entender el derecho ajeno al ordenamiento vigente, propio de un estado constitucional. La preparación de las pruebas de acceso se cifra en la memorización del temario integrado esencialmente por nociones de derecho positivo, del que está por completo ausente la epistemología del juicio de hecho. Y el examen en la mecánica recitación de algunos temas. Para los seleccionados, sigue un curso en la Escuela Judicial, pero inspirado en la idea de que, en él, la formación debe ser práctica, porque la teórica ya consta adquirida. El resultado es de un franco déficit jurídico-cultural solo superable por el voluntario personal esfuerzo de estudio para compensarlo.

Palabras clave

Juez, selección, formación, epistemología del juicio, cultura constitucional de la jurisdicción.

Abstract

In Spain, the system of competitive examinations for the selection and training of judges, which was introduced in the early 1860s, is still in force. It involves a programmed of several hundred topics covering fundamental legal subjects, reflecting a way of understanding the law that is alien to the current legal system of a constitutional state. Preparation for the admission tests consists of memorizing the syllabus, which is essentially made up of notions of positive law, from which the epistemology of factual judgement is completely absent. The exam consists of the mechanical recitation of certain topics. Those who are selected take a course at the "Judicial School", but this is based on the idea that the training should be practical, because the theory has already been acquired. The result is a clear legal and cultural deficit that can only be overcome by voluntary personal study efforts to compensate for it.



Keywords

Judge, selection, training, epistemology of judgement, constitutional culture of jurisdiction.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Ser juez en el Estado constitucional. 3. Un desolador estado de cosas.... 4. Inmune a las reformas actualmente posibles.

1. Introducción

Acojo encantado, por la relevancia del asunto, la propuesta de discurrir sobre el vigente sistema de oposiciones a ingreso en la judicatura, y sobre las apreciaciones críticas en la materia, relativas al Proyecto de Ley orgánica para el fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal, que se expresan en el trabajo de Jorge Jiménez Martín, «Reflexiones sobre la reforma para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal» publicado en el *Eunomía*, n.º 28 (2025). Advirtiéndome de que centraré mis consideraciones en las particularidades del llamado «turno libre» de acceso.

El objeto de reflexión es, pues, el régimen de selección-formación de los profesionales de la jurisdicción en nuestro país. Una función pública cuyos integrantes gozan de un particular estatuto de independencia, de ejercicio regulado por normas, que les habilita para resolver controversias, autoritativamente y con imparcialidad, sobre la base de la previa determinación de sus presupuestos de hecho y sus implicaciones de derecho.

Diré, además, que se trata de una función inquietante, connotada por una inevitable *natural* arrogancia, en la que el ciudadano afectado experimenta la relación más directa con una instancia estatal de poder. Relación que se da en situaciones normalmente conflictivas, versa sobre bienes jurídicos muy sensibles y en cuya gestión el juez opera con inevitable discrecionalidad.

En este punto, importa señalar que, por eso, cargado de razón, Luigi Ferrajoli (1995: 40) ha hablado del uso por el juez de lo que llama «poder de disposición», de presencia inevitable debido a que en la administración de justicia se abren siempre espacios de decisión, de extensión variable, que nunca están del todo cubiertos por las disposiciones aplicables.

Así, no es extraño que durante siglos se haya registrado una constante: la preocupación por esta dimensión de la experiencia judicial, traducida en el propósito de reducir, tratando de eliminarla, la autonomía del jurisdicente en el campo en el que esta suele ser mayor, la apreciación de la prueba. Por eso, la histórica pretensión de implicar en ella nada menos que a la Providencia, mediante el recurso a las ordalías; a las que seguiría la de idéntico signo que se expresa el régimen de la prueba legal o tasada, de predeterminación en abstracto del valor convictivo de cada medio probatorio.

Como se sabe, a esta última opción siguió la que se concretaría en el régimen de libre convicción, tomado del jurado inglés¹, que las magistraturas profesionales del

¹ Una opción entonces particularmente atractiva, en cuanto fundada en el juicio por los pares, con ausencia de la tortura como instrumento y el empleo de un método dialógico y argumentativo en el tratamiento de la prueba, que despertó el interés del pensamiento ilustrado del continente.

continente, la francesa en particular, convirtieron en *intime conviction*². Esa especie de palpito que no se sabe por qué –¿quizá por razón de carisma³?– pondría al juzgador en posesión de la verdad procesal.

Es un sistema que, con toda (y a pesar de) su carga de irracionalidad, sigue vigente en no desdeñable medida, estrechamente asociado a la asunción de la intermediación como supuesto *método* de conocimiento, viable a través de la lectura del lenguaje gestual⁴. Que es lo que, todavía en sentencias de estos años, permite hablar a la jurisprudencia penal de «soberanía» (recuérdese, la *suprema potestas superiorem non recognoscem*) e incluso de «imperio» del juzgador de instancia en la fijación de los hechos del caso, inimpugnable por tanto. Cuando, paradójicamente, en política, estas expresiones se consideran ya poco compatibles con el estado de derecho.

La del juez es, pues, una función de naturaleza cognoscitiva con un altísimo contenido decisonal. Que, entre nosotros, aunque no solo, no ha cumplido y lamentablemente, en muchos casos, no cumple con el rigor deseable ese papel, a causa de una grave deficiencia cultural de fondo, cuya existencia me parece imprescindible dejar apuntada ya, dado el asunto objeto de estas consideraciones.

2. Ser juez en el Estado constitucional

Como es sabido, en el estado constitucional de derecho, el ejercicio de la función de juzgar recibe su legitimidad, no directamente de las urnas, sino, en cada supuesto (y en su caso), de la calidad del conocimiento probatorio de sustento y de la justificación de las decisiones. Es, diría, la *astucia de la razón* del modelo, que quiere en el judicial un poder *otro*, con un estatuto de separación, para la exclusiva sumisión de sus intervenciones al imperativo legal. Lo que, en palabras de García de Enterría (1960, pp. 326-327) hace de él «un órgano del derecho».

En este sentido, el quehacer jurisdiccional se mueve en dos planos: el epistémico, de obtención de conocimiento empírico mediante la reconstrucción probatoria del supuesto de hecho controvertido; y el normativo, de selección-aplicación de las disposiciones pertinentes para decidir sobre él.

De la relevancia del primero hay ya constancia en autores tan caracterizados como Beccaria (2011, p. 177 y p. 175), que reclamó un «proceso informativo», frente al vigente en su época, que hacía del juez «un enemigo del reo»; Murena (2022, p. 38), para el que «la justicia depende de la verdad de los hechos»; o Hamilton (1957, p. 331), que cifraría en el «discernimiento» el rasgo caracterizador del poder judicial.

Bien lamentablemente, como se ha visto, esta perspectiva quedaría desplazada por la general asunción de la convicción íntima como irracional criterio de decisión, aún hoy profundamente asentado en la cultura de tantos jueces. Pero, afortunada y paradójicamente, ya *fuera de la ley*, por la constitucional vigencia del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con su implicación consistente en el deber de justificar debidamente las resoluciones, en hechos y en derecho.

² La «convicción *autocrática*» fuertemente cuestionada por Carrara (1957, p. 233), por entender que lo demandado por el juicio es una «convicción *razonada*», con la necesaria expresión escrita de su fundamento. (La cursiva es del autor).

³ De Miguel, el que fuera presidente de la Sala Segunda de Tribunal Supremo y director de la Escuela Judicial, escribió (1963, p. 266) que el ingreso en la judicatura «imprime al seleccionado [una] a modo de unción carismática, el indispensable y santo orgullo...».

⁴ Al respecto, remito a Andrés Ibáñez (2003 y 2015, pp. 272 ss.).

También en el marco del estado constitucional, la dimensión jurídica del enjuiciamiento ha experimentado transformaciones de importancia. En particular, por la vigencia de los actuales ordenamientos multinivel, dotados de distintos estratos normativos, con cierta frecuencia internamente conflictuales; de aplicación a las relaciones propias de las actuales sociedades, asimismo particularmente conflictivas. Datos estos que inevitablemente contribuyen a incrementar la discrecionalidad del intérprete.

El resultado es que, a menudo, la función aparece caracterizada por una sensible dificultad. En efecto, pues el juez ha de ser no solo jurista, sino jurista de un ordenamiento complejo; obligado a hacer de él una lectura crítica⁵ a partir de una constitución jurídicamente vinculante⁶. También conocedor racional, constreñido a operar dentro de un exigente marco de garantías y a justificar expresamente sus decisiones; y garante, a su vez, de derechos fundamentales *erga omnes*, lo que dota a su cometido de una valencia contramayoritaria de ejercicio no fácil. Además, según lo hizo notar un observador tan cualificado como Stefano Rodotà (1992, p. 177), el dinamismo de las sociedades actuales le convierte en frecuente destinatario de demandas inéditas de inevitable densidad política. Algo, no raramente, debido a una suerte de *delegación por omisión* del legislador.

Así las cosas, es de toda evidencia, el juez precisa: una profunda impregnación de los valores constitucionales, en general, y, en particular, de los propios de la jurisdicción; ser buen jurista, es obvio, del ordenamiento realmente vigente; estar adecuadamente formado en la epistemología del juicio; y, en fin, ser competente en el uso de lenguaje, puesto que su cometido se ejerce mediante enunciados lingüísticos: en el proceso todo transcurre con estos como vehículo.

3. Un desolador estado de cosas...

En semejante contexto, creo es de lo más oportuno recordar a Franco Cordero (1991, p. 797): «Los juicios dependen de lo que sabe el juez»⁷. Por tanto de *cómo* lo sabe. Y también –¡ay! – de lo que *no sabe*.

Todo procedimiento de selección de jueces prefigura –aun cuando sea algo no planteado expresamente– un modelo de juez. Que puede ser asimismo un *antimodelo*. Uno u otro, presupuestos en la clase de formación jurídica y, en general, cultural que mediante aquel se promueva.

El vigente, más que secular, sistema de oposiciones se distingue: porque la preparación tiene lugar en un antisocial régimen de aislamiento⁸; mediante la infantil memorización/almacenamiento de una suerte de elementales nociones-píldora, desnudas de referencias doctrinales e históricas, y desprovistas del más mínimo aparato crítico. Prácticamente, pues, de mero derecho positivo a *palo seco*. Y, en cuyo

⁵ Es en lo que se traduce el imperativo del art. 163 de la Constitución española que obliga al juez o tribunal a plantear una cuestión de inconstitucionalidad, cuando considere que «la ley aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución».

⁶ Es por lo que Luis Prieto (2003, p. 170), cargado de razón, ha podido escribir: «La justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del Tribunal Constitucional sino la de la jurisdicción ordinaria».

⁷ Me permito ampliar el sentido de esa reflexión, para referirme al bagaje jurídico y, más en general, cultural del juez, que incluye la concepción del propio oficio y del modo de entender la jurisdicción, como fuertemente condicionantes de la calidad de su ejercicio.

⁸ Eficazmente descrito por Ríos Sarmiento (1956, p. 15): «Sentencia: encerrado en casa sin salir más que a misa los domingos y demás fiestas de guardar, hasta nueva orden».

marco, con total coherencia, aunque pueda parecer increíble, la literalidad del recitado es el *valor* de mayor cotización⁹.

Oliet y Serena (1948, p. 15), en un libro de «Orgánica», seguido por la práctica totalidad de los aspirantes a juez de un largo periodo, escribieron: «La oposición es sustancial e inevitablemente la ejecución en el acto del examen de los “discos” previamente impresionados en el cerebro del opositor con arreglo al programa». Antes Gómez Morán (1929, p. 79) había escrito: «El opositor, al leer en la papeleta tema 37, debe traducir directamente *disco* 37 y no precisa otra cosa que aguardar a que las palabras vayan saliendo»¹⁰. Y *saliendo*, hay que apostillar, como de manera automática y por su propio impulso, porque si el examinando tuviera que pensar mínimamente en lo que debe decir, no podría hacerlo en el tiempo disponible. Por eso, es tan justo el juicio de Beceña (1928, p. 313 y 309) de que la oposición es «un ejercicio de velocidad y nada más», que «se defiende entre nosotros por una cualidad negativa», y es que vive «no por virtudes propias, sino a expensas de los defectos de otros sistemas». Sus partidarios suelen hacer hincapié en la objetividad en la valoración que, se dice, garantiza. Pero aparte de que el altísimo precio¹¹ de la pobreza y lo inadecuado de la formación que asegura es francamente impagable, es que, también desde este otro punto de vista, sus resultados, como ha escrito Bagüés (2007), podrían ser bastante más relativos de lo que predicen los entusiastas del sistema.

Esto, cuando ya Montaigne (1985, p. 191 y p. 205), en el siglo XVI, había cuestionado la aptitud de un sistema de aprendizaje que «llena la memoria pero deja vacío el entendimiento», porque, era su conclusión: «saber de memoria es no saber». Como si estuviera pensando en nuestro sistema de oposiciones.

Pero, además, ocurre que la exclusiva ejercitación de la memoria con lo que tiene de asimilación mecánica de conocimientos *precocinados ad hoc* exclusivamente con ese fin, promueve en su destinatario una inevitable inercia hacia la pasividad intelectual¹² y, en general, la predisposición a aceptar acríticamente todo lo que pueda serle servido por una fuente de autoridad.

Es lo propio del jurista exegético, *formado* en los dogmas del positivismo ideológico. Y mero *aplicador*, que no intérprete; porque el aprendizaje memorístico de textos implica una esencial banalización del momento interpretativo, para el que, lamentablemente, no solo no prepara, sino que, objetivamente, inhabilita. Si esta afirmación precisase de corroboración, que no es el caso, la tendría incuestionable en

⁹ En este punto me parece de lo más oportuno evocar una reflexión de Giostra (2025, p. 21): «Si para comprender la justicia penal bastase conocer los artículos del Código Procesal Penal –parafraseando a G. B. Shaw– ser estúpidos no sería necesario, pero ayudaría mucho». Y repárese en que el autor habla de «conocer», no de *memorizar*.

¹⁰ El autor, muy crítico con el sistema de oposiciones, también escribió: «Ni la memoria es talento ni puede jamás sustituirle. Antes bien, cuando la memoria se ha mecanizado (que es el fenómeno que se observa en todo opositor perfecto), no solamente no ayuda a la capacidad, sino que se convierte en su más encarnizada enemiga. El hombre se habitúa entonces a la palabra y no al raciocinio, a la forma y no al fondo del asunto, a lo que dice y no a lo que quiere decir, y en tales circunstancias, su disertación es un mosaico, un conglomerado, un diluvio de voces, que si en nuestra imaginación reproducen la imagen de la idea, en la del opositor no mueven actividad alguna, porque de *ser pensante* ha quedado convertido en una simple máquina de vomitar palabras» (Gómez Morán, 1929, p. 79)).

¹¹ Hernández García y Saiz Arnaiz (2003, p. 6) aluden justamente al «inmenso sacrificio personal que supone enfrentarse de manera seria a la oposición».

¹² Piense el lector en las consecuencias que inevitablemente deberán seguirse del hecho de que, dado el irracional método de aprendizaje, relevantes facultades intelectuales queden sin ejercicio durante el tiempo (de en torno a cuatro años y medio) de preparación. A lo que le ayudará saber de un dicho de preparador: «Ahora a estudiar, que de pensar ya tendrás tiempo».

el tema del programa de oposiciones actualmente vigente¹³, en –para más detalles, un tema *de civil*– que dice: «Teoría de la interpretación: las diferentes concepciones. La aplicación e interpretación de las normas jurídicas. La integración del principio de igualdad y el enfoque de género como informador del ordenamiento jurídico en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas. La aplicación analógica. La equidad». ¡Es todo! Lo que cabe en unos doce minutos de recitado vertiginoso, en materia tan central, sobre la que hoy se han escrito obras espléndidas que acreditan su complejidad y, con esta, la inevitable relevancia del protagonismo del intérprete, más aún si judicial. Complejidad y relevancia, al parecer, inexistentes a juicio los responsables de la elaboración y mantenimiento del programa en tales desdichadas constantes.

Volviendo a este, resulta de lo más expresivo que de él estén escandalosamente ausentes asuntos como el de la valoración de la prueba y la decisión. Lo acredita el hecho de que en unas famosísimas contestaciones que giran bajo el acrónimo CARPERI –en las que, seguramente, se han *formado*, sino la mayoría sí una buena parte de los jueces actualmente en ejercicio, y con las que desde luego se aprobaba y se aprueba– cabe hallar, a propósito de la primera, una simple alusión a la «valoración en conciencia» como alternativa al sistema de prueba tasada. Para concluir, literalmente: «la jurisprudencia sostiene que las pruebas deben valorarse de forma integrada y conjunta, poniendo a cada una en relación con las demás, en lugar de realizar un análisis descompuesto y fraccionado de los diferentes indicios». En otra parte: «El sistema de libre valoración implica que el juez valorará la prueba según su criterio, pero sin que ello implique una valoración arbitraria o inmotivada, sino que deberá basarse en las reglas de la sana crítica».

A la motivación de la sentencia, las mismas contestaciones, dedican 1/5 de tema en el caso de la civil; y 1/8 de tema en el de la penal.

Sobre la forma y contenido de la motivación, tratándose de la jurisdicción civil, se dirá: el Tribunal Supremo ha declarado que «no deberán necesariamente contener un apartado específico relativo a los hechos probados, sino que bastará con que estos se recojan en los fundamentos jurídicos». En el caso de las sentencias que resuelven recursos de apelación, se da un aval a la recusable *no-motivación per relationem*, es decir la ritual confirmación de la sentencia recurrida *por sus propios fundamentos*, cuando en ella se «recojan argumentos correctos y suficientes para fundamentar la decisión adoptada». Esto es, estimulando la elusión del juicio sobre el juicio del juzgador de primer grado y frustrando, por tanto, radicalmente el derecho del impugnante a la tutela judicial efectiva.

En el caso del proceso penal, no existe un tratamiento específico de asunto tan relevante como la valoración de la prueba y el juicio de hecho. Y, a propósito de la motivación de la sentencia –es lo esencial del desarrollo del párrafo correspondiente–, se alude a cierta jurisprudencia «que no exige una respuesta pormenorizada a cada una de las alegaciones de las partes», bastando que el juzgador exprese «las razones jurídicas que le hubieran llevado a la decisión, pudiendo hacerlo mediante una motivación escueta y sucinta»¹⁴.

¹³ Al respecto, remito al eficaz análisis, sintético pero altamente expresivo, del disparatado anacronismo del programa que sigue rigiendo la preparación de los futuros jueces y fiscales, ofrecido por Hernández García y Saiz Arnaiz (2003, p. 2-3).

¹⁴ Un modo de entender el asunto que, curiosamente, sitúa el nivel de exigencia a la misma altura que el previsto por la Ley del Jurado [art. 61, 1 d)] para los componentes de este, legos en derecho, como se sabe.

Por si no bastase, reiteradamente se habla del acceso a una «convicción psicológica del juez», como la que este debiera formarse para decidir. Esto es, la consistente en una especie de pálpito¹⁵ que cursaría por una vía subliminal: justo lo opuesto a un proceder discursivo racional, fundado en la reflexiva adquisición de los datos probatorios y en un riguroso control de las inferencias, para que estas, como todo el tratamiento de la *quaestio facti*, discurren exclusivamente dentro de lo motivable. Según un modo rigurosamente racional de operar, que hoy cuenta con desarrollos tan acabados como el que puede hallarse en *La prueba de los hechos* (Taruffo, 2002)¹⁶, del inolvidable procesalista de Pavía; o en las páginas luminosas de Luigi Ferrajoli en él, ya citado, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, relativas a la inducción probatoria.

En fin, como es de ver, la *formación* del opositor estándar, se nutre de toscas vaguedades infra culturales, con una pésima redacción como vehículo. Un tipo de bagaje generador de un cierto *modelo* de juez que, como no podía ser de otro modo irradia desde el programa, sus *contestaciones* y el modo de asimilación de estas, articulando en el plano más general todo un sistema. Un inaceptable modo de concebir y practicar la jurisdicción de ciertamente difícil remoción, entre otras cosas, podría decirse, porque, dada su permanencia, parece haber sido y ser funcional a la política en acto. Como lo ha sido –algo que debería hacer pensar– a la dictadura franquista y a otras dictaduras¹⁷.

Semejante modo de ver al juez y su papel, en asunto tan revelador como el tratamiento del material probatorio, tiene la mejor expresión actual en sentencias de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de las que ha sido ponente el magistrado Magro Servet (que, obviamente, no es el único firmante)¹⁸. Este *rescata* de los siglos oscuros del proceso penal la recusable figura del «testigo privilegiado»¹⁹ para atribuírsela, en particular, a la víctima de acciones propias de la conocida como «violencia de género», porque –*argumenta*– no sería simplemente «quien “ha visto”» algo sobre lo que puede testificar, sino alguien a quien, «en su visualización de la escena», los hechos, por haberlos sufrido, «se le quedan grabados». Lo que permitiría al juzgador leer, cual si se tratase de una especie de aura, en su «lenguaje gestual de convicción», para, de ese modo, «adentrarse en la realidad» de lo sucedido. Y así «llegar a la *absoluta* convicción» acerca de lo que «realmente ocurrió», pero no con «una convicción subjetiva», sino «*objetiva*, en base al conjunto del material probatorio».

Es decir, lisa y llanamente: alcanzar, como por inspiración, una calidad tal de verdad en materia de fenómenos empíricos que, no sería accesible ni siquiera al físico cuántico, a tenor, por ejemplo, de lo teorizado por Heisenberg con la acuñación de su «principio de incertidumbre». De lo que se sigue que esa jurisprudencia estaría difundiendo en papel de oficio y desde lo alto del sistema jurisdiccional y, lo que es peor, autoritativamente y hacia el interior de este, una idea de juez oracular, que desde el punto de vista epistémico y, diría, de cultura general, constituye un verdadero disparate. Por el carácter necesariamente probabilista de cualquier verdad empírica

¹⁵ Un «algo» que le pasa o experimenta el juez. Eso a lo que Entrena Klett (1979, p. 85) se refería muy expresivamente al hablar de «la decisión que [el juzgador] “siente” justa».

¹⁶ Un potentísimo volumen de más de 500 páginas, dedicado al tratamiento de la prueba en la esencial perspectiva epistémica, por completo ausente en este momento del programa de selección-formación de los jueces y fiscales españoles.

¹⁷ Y es que, en efecto, con escasísimas excepciones, ninguna dictadura ha tenido, que se sepa, dificultades con el juez del *modelo*, que es el de estirpe napoleónica.

¹⁸ Entre otras, las de números 119/2019, 348/2019; 695/2020; 802/2022; 25/2023 y 262/2025. Al respecto, para mayor detalle, remito a Andrés Ibáñez (2023).

¹⁹ Cfr. al respecto Alessi Palazzolo (1979, p. 26).

(la procesal incluida), que no puede ser *demostrada*, como en el caso de las tesis de la lógica o las matemáticas, sino únicamente confirmada mediante pruebas, cuya evaluación tiene que ser expresamente justificada.

Es cierto que la oposición tendría un complemento formativo en el curso de la Escuela Judicial. Pero en el *Plan docente de formación inicial para la 72ª promoción, curso 2022-2023*, se lee: «Las juezas/ces deben poseer un profundo conocimiento sobre las instituciones jurídicas que conforman la base de su trabajo». Para, a continuación, dar por cierto que «cuando se incorpora[n] a la Escuela Judicial» ya lo tienen «desde una perspectiva eminentemente teórica». Por eso, en el periodo formativo –se afirma–, ha de prevalecer «una perspectiva eminentemente práctica»; puesto que «en una Escuela Judicial ya no se trata tanto de transmitir conocimientos como, sobre todo, de aplicarlos, desarrollando las necesarias competencias y habilidades».

Así las cosas, si se considera «teórico» el caudal de *conocimientos* adquirido en la preparación de la oposición, la de la Escuela Judicial será una práctica sin teoría, el mero aprendizaje de ciertas rutinas del oficio, sin una sólida base conceptual. Del que seguirá estando ausente todo lo relacionado con la epistemología del juicio de hecho y un tratamiento adecuado de la decisión, con lo que, podría decirse, se cierra el círculo de la ausencia de una formación *ad hoc*, es decir, a la altura del papel del jurisdicente y de las demandas que hoy le dirige la sociedad en un marco de estado constitucional.

4. Inmune a las reformas actualmente posibles

Pero el problema, ciertamente grave, en cuestión de responsabilidades, no se queda en el ámbito institucional directamente afectado. Implica también a la Academia, que ha demostrado un notable desentendimiento de este asunto. Una falta de interés que empieza en los planes de estudio, en los que resulta evidente, en general, la ausencia de la jurisdicción como materia. Esta tiene escasísima presencia en los programas de Derecho Constitucional y, junto con la epistemología de juicio, también en los de Procesal²⁰. Lo que evidencia otra dimensión del problema, que se cifra en la falta de conciencia de su misma existencia como tal y de su gravedad.

La alternativa es tan fácil de sugerir como difícil de implantar. Habría que hacer justo lo opuesto a lo que hace el vigente sistema. Es decir, programar una adecuada formación en la imprescindible epistemología del juicio de hecho, y en derecho. De un derecho concebido en su modo de ser actual, con todo lo que supone, por ejemplo o, sobre todo, en materia de interpretación²¹. Y una formación que, para merecer este

²⁰ Por fortuna está siendo acogida en su programa por algunas cátedras de Filosofía del Derecho.

²¹ Tomemos el caso paradigmático de la interpretación jurídica, sobre cuya complejidad discurre muy expresivamente Giorgio Pino (2024): «la atribución de significado a un texto contenido en una fuente de derecho. El texto está formulado en un lenguaje (llamémoslo por comodidad “lenguaje jurídico”) que tiene algunas peculiaridades: es un mix de lenguaje común (es decir el lenguaje utilizado por los hablantes en sus interacciones cotidianas) y de un lenguaje técnico (términos y estructuras lingüísticos propios del derecho). Además, el lenguaje en el que está formulado el texto a interpretar es lo contrario a un lenguaje formal, artificial, riguroso: por el contrario, es un lenguaje afectado (como cualquier lenguaje no formal) de vaguedad, ambigüedad, generalidad, redundancias; y el lenguaje en el que está formulado el texto podría resultar obsoleto, incongruente, o injusto en relación con las circunstancias del caso, etc. Más aún, las formulaciones lingüísticas de los textos normativos son a menudo (casi siempre) “opacas” en relación con los fines subyacentes perseguidos por las autoridades normativas: si es obvio que una prescripción (lingüísticamente formulada en un texto normativo) ha sido puesta persiguiendo algún fin, no siempre es claro cuál sea, exactamente, este. En fin, el texto a interpretar está integrado en una tupida trama de otros textos, una trama que se desarrolla en dirección tanto “horizontal” (en el mismo plano de las fuentes del derecho) como “vertical” (fuentes superiores e inferiores); obviamente también estos otros textos están formulados en un lenguaje no formal, y, por tanto, están asimismo afectados de vaguedad,

nombre tendría que producirse, no en la actual monacal versión de aislamiento, sino en régimen de interactividad y, obviamente, en un centro concebido con ese fin, a cargo de un profesorado multidisciplinar y plural. Con un programa a la altura de las exigencias formativas de las que se ha dejado constancia; de una duración, cuando menos, equivalente a la que hoy requiere la preparación de la oposición. Previa la superación de una prueba de acceso diseñada con la mayor objetividad, dirigida esencialmente a evaluar aptitudes.

Jorge Jiménez Martín, en su texto, reprocha a la reforma en proyecto que «rebaja el nivel exigido para acceder a las funciones jurisdiccional y fiscal» e «indirectamente la profunda conciencia de independencia que genera el sistema actual». Defendido «como instrumento para evitar favoritismos, adjudicaciones de plazas a dedo o por intereses ocultos y como sistema que fomenta el mérito y la capacidad [y] cuenta con fortalezas importantes que no se pueden perder»²².

No me interesa especialmente esa reforma que, en cualquier caso, en la materia de que se trata, apenas comportaría una modificación insustancial del vigente, inaceptable estado de cosas. Ciertamente inconvencible en las circunstancias de esta política²³ incapaz de producir acuerdos de largo alcance como el que exigiría una reforma de la jurisdicción constitucionalmente bien fundada, capaz de situarla, siquiera mínimamente, a la altura de los problemas a los que hoy ha de dar respuesta. Para lo que, además, tendría que haber ideas dignas de consideración, que si actualmente brillan por algo, es, en general, por su ausencia.

Jorge Jiménez Martín parece sugerir que el sistema de selección-formación cuenta además con la virtud de generar en los jueces una muy valorable cultura de la jurisdicción, dotada de esas «fortalezas importantes que no se pueden perder» a las que se refiere. Pero me temo que si algo luce al respecto, es justamente lo contrario. Pienso, por ejemplo, como indicadores al respecto, en la clase de cultura de la jurisdicción advertible en las actuaciones de ciertos jueces con presencia pública, que pueden formar una ilustrativa muestra aleatoria debida, simplemente, al sello impuesto en algunas de sus intervenciones profesionales (Sánchez Gasca, García Castellón, Aguirre, Peinado²⁴, Hurtado, Valle, Carretero); o en las extra profesionales de bajísimo perfil de otros (Concepción, Piñar, Pérez Minaya, Velasco o Ruiz de Lara) asimismo notorias. Por no hablar de los «jueces tuiteros», a los que se refiere con

ambigüedad, generalidad, redundancias, indeterminación de los fines, etc.». El autor (2021, p. 2) ha escrito, asimismo, que «la interpretación jurídica no puede ser concebida como una actividad de mero conocimiento, puramente “científica” [...] ni tampoco como una actividad mecánica o puramente “técnica”. La interpretación jurídica requiere que el intérprete realice múltiples opciones, valoraciones, tomas de posición, a menudo no claramente explicitadas [...] que son en gran parte, en último término, de naturaleza ético-política». La pregunta, obvia, es si esta concepción actual de la interpretación – cometido central del juez – tiene algo que ver con esa para la que se le *prepara* mediante el vigente sistema de oposiciones, en el que toda la sustancia teórica en la materia es la contenida en la respuesta de alguna de las habituales contestaciones a los epígrafes del tema que se ha reseñado antes.

²² Se echa de menos en la reflexión del autor una respuesta al esencial interrogante de Hernández García y Saiz Arnaiz (2003, p. 7): «Realmente podemos seguir manteniendo la ficción de que un método de aprendizaje del derecho, que se consolida en los estertores del régimen de la Restauración, suministra los instrumentos y claves formativas que reclama el modelo de juez constitucional del siglo XXI?».

²³ Repárese en la calidad de la cultura de la jurisdicción subyacente a la entrega del Consejo a la partidocracia en 1985 por parte de la entonces mayoría socialista, con todo lo que ella ha llevado consigo. Por no hablar de la demoledora Ley orgánica 1/2013, de 11 de abril, promovida por el ministro de Justicia Ruiz Gallardón, que antes había prometido una recuperación del sistema original constitucional de designación de los vocales *togados*. Y que en las Cortes de la segunda mitad de los 80 del pasado siglo se había pronunciado, incluso, a favor de la desaparición del ministerio de Justicia (!)

²⁴ El juez Peinado podría llevarse la palma, en particular, por la astracanada consistente en exigir un estrado, para elevar su nivel sobre el del declarante, en este caso el ministro Bolaños, oído en su despacho en la sede de la Moncloa, quien, curiosamente, accedió a semejante folclórica, peregrina exigencia.

pormenor Joaquín Urías (2024, pp. 120 ss.)²⁵. Pienso también en una magistratura que, en su inmensa mayoría, no se dio por aludida y no tuvo nada que decir a propósito del secuestro golpista del Consejo General del Poder Judicial por el Partido Popular durante más de un lustro, o, antes, sobre el indecente whatsapp de Cosidó con toda su brutal carga de anticonstitucionalidad²⁶. Y en las indecorosas concentraciones ante las sedes de los tribunales, de corte abiertamente político-partidista, «con togas y a lo loco», en afortunada expresión de Julio Picatoste (2024). Y es que sería impensable que un sistema de selección-formación con las gravísimas carencias del actual, que he tratado de ilustrar, pudiera dejar de generar, en un número relevante de los profesionales que son su producto, una *cultura* corporativa de la misma o similar deficitaria calidad²⁷.

Bibliografía

- Alessi Palazzolo, G. (1979). *Prova legale e pena. La crisi del sistema tra evo e medio evo*. Jovene Editore.
- Andrés Ibáñez, P. (2003). Sobre el valor de la intermediación (una aproximación crítica). *Jueces para la Democracia*, (45), 57-66.
- Andrés Ibáñez, P. (2015). *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Trotta.
- Andrés Ibáñez, P. (2023). Contra el tratamiento imprudente de la prueba testifical. *Jueces para la Democracia*, (108), 103-115.
- Bagüés, M. F. (2007). Las oposiciones: análisis estadístico. *Jueces para la Democracia*, (59), 25-35.
- Beccaria, C. (2011). *De los delitos y de las penas* (F. Laplaza, Trad.). Trotta.
- Beceña, F. (1928). *Magistratura y justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial*. Librería General de Victoriano Suárez.
- Carrara, F. (1957). Programa de derecho criminal, II. (J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Trads.). Temis.
- Cordero, F. (1991). *Procedura penale*. Giuffrè.
- De Miguel Garcilópez, A. (1963). La ley penal y el Ministerio Público en el Estado de Derecho. *Anuario De Derecho Penal Y Ciencias Penales*, 16(2), 252-272.
- Entrena Klett, C. (1979). *La equidad y el arte de juzgar*. Aranzadi.
- Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, (P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón, R. Cantarero, A. Ruiz Miguel y J. Terradillos Trads.). Trotta.
- García de Enterría, E. (1960). Verso un concetto di diritto amministrativo come diritto estatutario. *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, (10), 326-341.
- Giostra, G. (2025). *La justicia penal. Principios y cuestiones nucleares*, (P. Andrés Ibáñez, Trad.). Palestra.

²⁵ El autor habla, cargado de razón, de «perfiles descaradamente politizados, arrogantes, bruscos y dispuestos a la confrontación», de «tono chusquero y falta de imparcialidad ideológica con la que muchísimos magistrados se expresan en sus chats privados»; de un uso de las redes sociales «para la descalificación» y «para hacer pronunciamientos políticos o meramente ideológicos», que utilizan como vehículo cuentas como las que giran bajo los nombres de Lady Crocs, Judge The Zipper, Juez Teo, Magistrathor, Giralidilla, Javigomcal, Randy Watson, Serendipia, Alba_tm90 y Wiwi_ngm... (Urías, 2024, pp. 120 ss). Se trata de manifestaciones que han suscitado la fundada preocupación del Promotor de la acción disciplinaria, recientemente participada a los representantes de las asociaciones judiciales. Y más preocupantes aún si se piensa en las adhesiones que, sin duda, suscitan entre los propios jueces.

²⁶ Un gravísimo episodio –digno de estudiarse como contraejemplo en las facultades de derecho– lamentablemente confinado en el terreno de la anécdota, que informa del tremendo modo de concebir la jurisdicción profesado por el hoy principal partido de la oposición. Exclusivamente preocupado, en el momento de *negociar* la renovación de un mandato del Consejo General del Poder Judicial, por poner al frente al magistrado considerado idóneo para «controlar desde detrás» la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el enjuiciamiento de aforados.

²⁷ En este punto, creo imprescindible dejar constancia de la existencia de un porcentaje no despreciable de estos profesionales que realizan el duro y difícil personal esfuerzo necesario para su superar el déficit formativo producto del régimen de acceso y lo consiguen con más que estimables resultados.

- Gómez Morán, L. (1929). *La justicia por dentro*. F. E. T.
- Hamilton, A., Madison, J., Jay, J. (1957). *El Federalista*, (G. R. Velasco, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Hernández García, J. y Saiz Arnaiz, A. (2003). La selección y formación de los jueces en España: algunas reflexiones críticas para un debate necesario (aunque inexistente). *Actualidad jurídica Aranzadi*, 568, 1-6.
- Montaigne, M. (1985). *Ensayos, I*, (M. D. Picazo y A. Montojo, Eds.). Cátedra.
- Murena, M. (2022). *Tratado sobre las obligaciones del juez*, (C. Cladera, Trad.). Trotta.
- Oliet, B. y Serena, C. (1948). *Apuntes sobre organización de los Tribunales españoles*. Imprenta provincial de Huesca.
- Picatoste, J. (2024, noviembre, 30). Con togas y a lo loco. *Faro de Vigo*. <https://www.farodevigo.es/opinion/2024/11/30/togas-loco-112189637.html>
- Pino, G. (2021). *L'interpretazione del diritto*. Giappichelli.
- Pino, G. (2024). Il paradosso del giudice (im)político. *Questione giustizia*, 1-2, 206-214.
- Prieto, L. (2003). *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta.
- Ríos Sarmiento, J. (1956). *Recuerdos de un magistrado español*. Editorial Juventud.
- Rodotà, S. (1992). *Repertorio di fine di secolo*. Laterza.
- Taruffo, M. (2002). *La prueba de los hechos*, (J. Ferrer, Trad.). Trotta.
- Urías, J. (2024). *La justicia en el banquillo*. Arpa.

La combatida reforma para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal

The contested reform for the extension and strengthening of the judicial and prosecutorial careers

Pilar Rasillo López

Magistrada. Audiencia Provincial de Madrid

pilar.rasillo@cgpj.es

Cita recomendada:

Rasillo López, P. (2025). La combatida reforma para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 407-414.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9862>

Recibido / received: 10/09/2025
Aceptado / accepted: 01/10/2025

Resumen

Se procede al análisis de los sistemas de acceso de las Carreras judicial y fiscal que se regulan en el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las carreras judicial y fiscal, desde el punto de vista de las finalidades que justifican la reforma, sin que sea posible concluir que se cumplan los objetivos perseguidos.

Palabras clave

Carrera judicial y fiscal, reforma, sistemas de acceso.

Abstract

The article analyses the access systems for the judicial and prosecutorial careers regulated in the Draft Organic Law amending Organic Law 6/1985, of 1 July, on the Judiciary, and Law 50/1981, of 30 December, regulating the Organic Statute of the Public Prosecutor's Office, for the extension and strengthening of the judicial and prosecutorial careers. The article focuses on the purposes that justify the reform, concluding that the objectives pursued are not met.

Keywords

Judicial and prosecutorial careers, reform, access systems.



SUMARIO. 1. Introducción. 2. Justificación de la norma proyectada. 3. Las vías de acceso a las carreras judicial y fiscal. El maltrato de la apuesta por la oposición. 4. El acceso por oposición. 5. El acceso por concurso-oposición. 6. El acceso por el proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal. 7. Conclusiones.

1. Introducción

En enero de 2025 el Gobierno aprobó el anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, para la ampliación y fortalecimiento de las Carreras judicial y fiscal (APLO en adelante), que fue remitido como Proyecto (PLO) al Congreso en mayo de 2025 para su tramitación legislativa.

Se trata de una norma que ha concitado la crítica y oposición, en mayor o menor grado y por razones diversas, del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), las asociaciones judiciales y fiscales y parte de los propios jueces y fiscales. Según las asociaciones convocantes, el paro a las puertas de las sedes judiciales del 11 de junio de 2025, la jornada de protesta bajo el lema «Sin Estado de Derecho no hay Democracia» y los tres días de huelga fueron un éxito (según las asociaciones convocantes, la primera jornada de huelga tuvo un seguimiento del 75%), aunque el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes rebajó al 28,5%.

El CGPJ, en su informe al APLO, aprobado por unanimidad, señalaba que «destacan ciertas innovaciones de calado y que pueden generar dudas sobre la falta de idoneidad de alguna de las medidas proyectadas para alcanzar los objetivos perseguidos por el legislador, tanto por razones de técnica legislativa como por los objetivos que la reforma quiere alcanzar». Incluso la Asociación de Juezas y Jueces para la Democracia, que no se sumó a los paros y protestas, mostraba su disconformidad con el APL por no abordar el problema de la carrera judicial y fiscal, a saber, el número de profesionales que la componen –España tiene una baja *ratio* de juezas y jueces en relación a su población. Tampoco se ha hecho un estudio del impacto de la Ley Orgánica de Eficiencia y de la instauración de los Tribunales de Instancia ni de la planta judicial y fiscal.

2. Justificación de la norma proyectada

El actual sistema de oposición no es bueno ni adecuado. Coincido con la Exposición de Motivos (EM) de la norma proyectada en que el proceso de oposición, al menos tal y como viene siendo concebido, no evalúa actitudes que son necesarias para el ejercicio de uno de los poderes del Estado, ni permite conocer ni valorar la capacidad de expresión y razonamiento por escrito, fundamentales para el ejercicio de la jurisdicción. Aunque debo decir que eso no es en puridad así, pues a la oposición sigue una larga fase de formación y práctica en la Escuela judicial o fiscal que es necesario superar para acceder a las carreras judicial y fiscal.

Coincido también en que es necesario asegurar la adecuación de la estructura y el trabajo de los miembros del Poder Judicial a las realidades del Estado social y democrático de Derecho, derivadas de las transformaciones que ha experimentado la sociedad y el entorno jurídico en las últimas décadas y que tienen que ver con la preparación, la estructura y los valores de las carreras judicial y fiscal.

Según se proclama en la EM, son tres las finalidades que persigue esa norma proyectada:

La primera es potenciar la excelencia de las personas que accedan a la carrera judicial y fiscal, profundizando en el derecho fundamental a la igualdad en el acceso a estos cargos, en la adecuación de los procedimientos de acceso a la realidad social y académica, así como en la acomodación del número de jueces a las necesidades del país. Para ello, considera preciso modificar el Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia (CEJ en adelante) para configurarlo como un verdadero centro público de preparación de los procesos de acceso a las carreras judicial y fiscal, ampliando sus funciones a la concesión de becas para preparar la oposición dirigidas a personas que no cuenten con medios suficientes para ello.

La segunda finalidad de la reforma es actualizar los procesos selectivos para el acceso a la carrera judicial y fiscal.

Y la tercera, estabilizar a jueces y juezas, magistrados y magistradas y fiscales sustitutos, estableciendo un procedimiento extraordinario de acceso a las carreras judicial y fiscal.

Se aprovecha la reforma, además, para introducir modificaciones en los artículos 451 y 589 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) y añadir un nuevo artículo 489 bis y una disposición adicional vigésimo sexta para acomodar el régimen de suplencias y sustituciones de los letrados de la Administración de justicia y funcionarios interinos a las obligaciones impuesta por la Directiva 1999/70-CE del Consejo, de 28 de junio de 1999.

Las finalidades buscadas son buenas, aunque las modificaciones que se hacen para lograrlas no lo son. Se viene a establecer un sistema de acceso en el que se prima y premia el acceso a través del concurso-oposición, instaurado también para la carrera fiscal, y abierto asimismo para otros juristas, incluidos los interinos de las Administraciones públicas que, estando en posesión del título de doctor/a o graduado/a en Derecho, ejerzan funciones de asesoramiento jurídico. Al mismo tiempo, se desapodera al CGPJ de funciones que hasta ahora tiene reconocidas en relación con el acceso por concurso-oposición. Finalmente, aunque se busca estabilizar a los jueces, juezas, fiscales sustitutos y magistrados y magistradas suplentes, lo que es adecuado, pero se hace sin intención de poner fin a la interinidad en el sistema judicial y fiscal, que se mantiene.

3. Las vías de acceso a las carreras judicial y fiscal. El maltrato de la apuesta por la oposición

Para comprender el alcance de la reforma respecto del acceso a las carreras judicial y fiscal por oposición, no basta con detenerse en el examen del modelo de oposición proyectado. Es necesario, sobre todo, analizar el resto de reformas que se introducen, así como las disposiciones que se mantienen. Todo ello da como resultado un peor trato y condición para los y las aspirantes que accedan por el sistema de oposición, que, no podemos olvidar, la LOPJ declara como el básico.

Más allá del contenido de los ejercicios de la oposición, la reforma de verdadero calado consiste en unificar las formas de acceso por oposición, para la categoría de juez/a o abogado/a fiscal, y por concurso-oposición, para la categoría de magistrado/a o fiscal. Como recién se señaló, a día de hoy el sistema básico de acceso a las carreras judicial y fiscal es la oposición, quedando la modalidad concurso-oposición como una vía complementaria. Pero la reforma proyectada pone en el mismo plano ambos

sistemas de acceso, vinculándolos además entre ellos, con convocatorias anuales y simultáneas.

Establecer una convocatoria anual es sin duda positivo y adecuado para la tan necesitada ampliación de la plantilla judicial y fiscal. Sin embargo, vincular –como se proyecta– el número de plazas por la vía de la libre oposición y por concurso-oposición, desvinculando estas del número de vacantes existentes en esa categoría de magistrado o fiscal, puede generar disfunciones. Por un lado, resulta claro que, si la convocatoria del turno por libre oposición debe comprender «todas las plazas vacantes existentes en el momento de la misma y un número adicional que permita cubrir las que previsiblemente puedan producirse hasta la siguiente convocatoria» (artículo 301.4 del PLO), y la convocatoria del concurso-oposición, un número de plazas que «no podrá ser inferior al equivalente a un tercio de las ofertadas para el acceso por el turno libre» (art. 313.1 LOPJ), este último número se verá incrementado con respecto al diseño actual, sin que, además, se establezca ningún máximo. Pero, por otro lado, no es menos claro que vincular las convocatorias del concurso-oposición al número de plazas (entiéndase vacantes) de la categoría de juez o abogado/a fiscal, y no a la existencia de vacantes en la categoría de magistrado –y dentro de ella, en las diversas jurisdicciones– o fiscal, puede dar lugar a ingresos de magistrados y fiscales sin plaza, al tiempo de dificultar llegar a una plaza en titularidad a aquellos/as jueces y abogados/as fiscales que asciendan, lo que se producirá en el plazo de cinco años, con independencia de si hay o no vacantes en esa categoría.

Por otra parte, quienes ingresen en la carrera judicial por concurso-oposición lo harán para un único orden jurisdiccional, limitándose en consecuencia las pruebas de acceso a esa jurisdicción, mientras que a los magistrados/as que hayan accedido a la carrera por esta vía y concursen a plazas y cargos de nombramiento discrecional (entre los que se encuentran las Presidencias de las Audiencias Provinciales, los Tribunales Superiores de Justicia, la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, pero también las comisiones para todos los órganos judiciales) se les reconocerán cinco años de servicios prestados en la carrera judicial cuando participen en concursos que tengan por objeto la provisión de plazas y cargos de nombramiento discrecional (art. 311.4 LOPJ), además de no operar la limitación de la jurisdicción por la que accedieron.

No hay justificación alguna para ese reconocimiento del plus de antigüedad. Precisamente si se trata de nombramientos discrecionales, no atienden al criterio de antigüedad en el escalafón, sino a otros méritos, por lo que la experiencia profesional previa al acceso a las carreras judicial y fiscal además de mérito a valorar se les reconoce con una mayor antigüedad, de nada menos que de cinco años. Lo que constituye un agravio injustificado de los magistrados y magistradas que accedieron a las Carreras judicial y fiscal por oposición.

Junto a esta unificación de los sistemas de acceso, se viene a desapoderar al CGPJ de su actual competencia en el acceso por concurso-oposición en favor de la Comisión de Selección, compuesta por un vocal del CGPJ y un Fiscal de Sala –que la presidirán anualmente con carácter alternativo–, un Magistrado, un Fiscal, el Director de la Escuela Judicial, el Director del CEJ y un miembro de los órganos técnicos del CGPJ, así como un funcionario del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes con nivel mínimo de Subdirector general, ambos licenciados en Derecho (artículo 305 LOP). Quizá pudiera entenderse que ello es una consecuencia de la unificación de los sistemas de acceso, pues en la actualidad las competencias en el sistema de acceso libre de jueces y juezas las tiene la Comisión de Selección, al ser las pruebas únicas para la carrera judicial y fiscal. Pero la cuestión a plantear, y que no queda justificada en la norma proyectada, es justamente la necesidad de esa unificación y vinculación entre ambos sistemas –que, como he apuntado, parece que producirá una disfunción, al no ajustarse las convocatorias del concurso-oposición a

las necesidades de plantilla de magistrados o fiscales, sino a las de los jueces y juezas y abogados/as fiscales, que son distintas.

Parece, por tanto, que la razón de la unificación del sistema de oposición y concurso-oposición se encuentra en la preferencia del legislador por esta segunda vía; de ahí que, además, sea premiada en los casos de nombramientos judiciales y fiscales discrecionales y se desapodere al CGPJ de su competencia en el acceso por concurso-oposición, sin explicación ni justificación razonable.

4. El acceso por oposición

Al margen de lo que se echa en falta un profundo y serio estudio de los diversos sistemas de acceso a las carreras judicial y fiscal que existen en otros países –cuestión sobre la que volveré enseguida–, en el PLO se mantiene la oposición como sistema de acceso, que será el único para la categoría de juez/a y abogado/a fiscal. Se procede, además, a fijar el contenido y la forma de los ejercicios de la oposición con un detalle propio de una ley orgánica.

Esta fijación en la ley de las bases del procedimiento de oposición resulta inusitada. Como advierte el Informe del CGPJ al APLO, con ello pasará a ser la única oposición de un cuerpo del Estado regulada por ley orgánica, con dos consecuencias negativas. La primera, la dificultad para implementar en el sistema de oposición las posibles adaptaciones que en el futuro pudieran ser necesarias o se consideraran convenientes. Y la segunda, la privación *de facto* a la Comisión de Selección de su principal competencia –configurar proceso de selección–, que quedará muy limitada, pues el legislador le indica el contenido y la forma de los ejercicios. Del mismo modo, se limitan las facultades del Tribunal de oposición, al darse en la ley instrucciones de cómo ha de proceder a valorar las pruebas.

El legislador justifica ese nivel de detalle en la relevancia constitucional de la función jurisdiccional y la importancia que a este respecto revisten todos los modos de ingreso en la carrera judicial y fiscal, lo cual fundamentaría que las bases del sistema de acceso por el turno libre también sean recogidas de manera expresa (EM, apartado III). Sin embargo, considero que la relevancia constitucional de la función jurisdiccional en modo alguno puede llevar a la regulación tan minuciosa de las bases del temario de la oposición o de sus ejercicios, incluyendo criterios de valoración, y además por ley orgánica. Lo que parece es que, precisamente por ser consciente el legislador de la importancia del proceso de selección como vía de control de las personas que van a integrar el Poder Judicial, se quiere asegurar que ese proceso sea el que él quiere, dejando un nulo margen de actuación a los órganos legalmente encargados de la convocatoria y selección y de la valoración de los candidatos opositores.

Precisamente estas mismas razones de control del proceso de selección de quienes van a integrar el Poder Judicial parece que le lleva a configurar el CEJ, organismo público español adscrito al Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, como un centro público de preparación de la oposición a la carrera judicial o fiscal y del concurso-oposición para el acceso a magistrado/a o abogado/a fiscal. Ello resulta extraordinariamente sorprendente, máxime si tal nueva competencia se justifica en la democratización de la carrera, a la que pasarían a poder acceder todas las personas al margen de su capacidad económica. Ello es así respecto de las becas de preparación –que, sin embargo, no constituyen ninguna novedad, pues se crearon e instauraron por la Ministra Pilar Llop, limitándose la norma proyectada a llevarlas a la ley–, y en todo caso lo anterior no justifica, sin más, la creación de un centro de preparación público, desde luego no en la escueta forma en que la reforma proyectada lo anuncia.

No voy a detenerme en el contenido de las distintas pruebas de la oposición que se establecen –son tres (entre las que no se incluye una prueba de idioma), todas eliminatorias, y una de ellas la rescatada prueba de resolución de uno o varios casos prácticos sobre Derecho civil, penal, procesal civil y procesal penal, que ya existía en los programas de oposición de finales de 1980 (precisamente yo tuve que hacer la prueba del caso práctico tanto en la oposición al acceso de la carrera judicial como la oposición de acceso a la Carrera fiscal, que entonces eran oposiciones separadas). No se trata de decir si los ejercicios que se diseñan son adecuados o no –en este sentido, nos pueden parecer correctos¹–, sino de señalar que, ante la ineficacia del sistema de oposición, falta una valoración de los sistemas de acceso y formación existentes en otros países. Frente a ello, la reforma entra a regular sin debate previo el contenido y forma de los ejercicios, congelando además la materia regulada al describirla con tal nivel de detalle en una ley orgánica.

Por su parte, superada la oposición, se prevé la realización de una fase práctica –en la que, por cierto, el texto proyectado suprime, frente al vigente, toda referencia a la formación, que a mi juicio sigue siendo necesaria. Esta fase de prácticas no podrá ser inferior a 9 meses en la Escuela Judicial, más cuatro de prácticas tuteladas y cuatro como juez sustituto o de apoyo. En este punto, he de hacerme eco del Informe del CGPJ al APLO, que reclama acertadamente la supresión de esa fase de sustitución o apoyo, introducida por la Ley Orgánica 8/2012, de 27 de diciembre, de medidas de eficiencia presupuestaria en la Administración de Justicia, y con razón muy criticada, al dotar de plena capacidad jurisdiccional a jueces y juezas que no lo son todavía, por más que queden a disposición del/de la presidente/a del Tribunal Superior de Justicia correspondiente y que este/a deba elaborar un informe sobre la dedicación y rendimiento en el desempeño de sus funciones, para su valoración por la Escuela Judicial (art. 307.4 LOPJ), lo que puede poner en entredicho la independencia judicial.

Precisamente el mantenimiento de esta fase de sustitución o refuerzo de jueces en prácticas, que todavía no han terminado su formación y que no son Poder Judicial, va en detrimento de la función jurisdiccional, no por una falta de capacidad de esos jueces en prácticas, sino porque todavía no lo son y pueden no llegar a serlo si no superan la fase de formación. Por muchas que sea la necesidad de nuevos jueces y juezas, no puede atribuirse funciones jurisdiccionales a quienes todavía no integran la jurisdicción. No se trata de ensayar a ser juez o jueza sin un tutor que vele por la adecuada ejecución de los actos judiciales. La realización de las funciones judiciales, en aras de un adecuado servicio a los justiciables, exige que las mismas sean realizadas por jueces y juezas, como dice la Constitución, no por aquellos que todavía no lo son. Es un contrasentido ser juez o jueza en prácticas y ejercer la jurisdicción como si de un titular se tratase.

5. El acceso por concurso-oposición

Es clara la apuesta de la norma proyectada por este tipo de acceso, que pasa de ser un procedimiento complementario a convertirse en principal.

Así, como ya se señaló, se establece la anualidad de su convocatoria; se vincula el número de plazas al de la convocatoria de acceso por libre oposición; se prevé un reconocimiento de cinco años de servicios prestados en la carrera judicial a los aspirantes de concursos de plazas y cargos de nombramiento discrecional, y se mantiene el actual sistema de acceso por jurisdicción aunque se elimina esa limitación jurisdiccional, para el acceso a la plazas y cargos de nombramiento discrecional, entre

¹ En particular, la previsión de que la prueba oral sea grabada, así como el anonimato de los examinandos, merecen una valoración positiva, por asegurar la transparencia y objetividad del proceso.

los que se encuentran las comisiones de servicio. Esta última medida no parece ajustarse a la excelencia que la norma proyectada esgrime para justificar sus modificaciones en el acceso a las carreras judicial y fiscal. Sin menospreciar la formación profesional previa del magistrado o magistrada que accede por concurso-oposición, lo cierto es que entra para un único orden jurisdiccional (civil, penal, contencioso-administrativo o laboral), por lo que su preparación para el examen o pruebas de acceso, su formación práctica posterior y su trabajo se circunscriben a esa jurisdicción; luego no parece muy adecuado pasar después a otra jurisdicción respecto de la que no se tiene preparación ni experiencia. Mucho menos cuando, además, se le reconoce en ese concurso o petición cinco años de antigüedad, en menoscabo de los magistrados y magistradas que accedieron en su día a la carrera judicial por oposición y a quienes se les exigió tener conocimientos sobre todas las jurisdicciones.

En otro orden de cosas, se amplía el ámbito subjetivo de posibles candidatos de esta modalidad de acceso, abriéndose a los miembros de la procura, a los graduados y graduadas sociales, a notarios y registradores, y a cualquier otra profesión de naturaleza jurídica que exija legal o estatutariamente para su ejercicio estar en posesión del título de graduado en Derecho. De modo llamativo, se amplía también esta vía de acceso a los funcionarios e interinos de cualquier otro cuerpo de las Administraciones públicas que, estando en posesión del título de doctor/a o graduado/a en Derecho, realicen funciones de asesoramiento jurídico, sin concretarse qué ha de entenderse por esto último, ni exigirse una cierta entidad en la labor de ese asesoramiento.

Finalmente, se reconoce el acceso por concurso-oposición para el acceso a la carrera fiscal por la categoría de fiscal.

6. El acceso por el proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal

La Disposición adicional única del PLO regula un proceso extraordinario de estabilización de empleo temporal en las carreras judicial y fiscal como respuesta al procedimiento de infracción (2014) 4334 abierto al Estado español por incumplimientos de la Directiva 1999/70-CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, que alertó en su segunda carta de emplazamiento, de 3 de octubre de 2024, sobre la insuficiente trasposición en España de la cláusula 5 del Acuerdo Marco sobre el trabajo de duración determinada, anexo a la indicada Directiva en lo que afecta al colectivo de jueces sustitutos y magistrados suplentes.

No se entienda mal que los recelos expuestos en adelante a este acceso extraordinario tengan que ver con la calidad de los jueces, juezas, fiscales sustitutos/as o magistrados/as suplentes que actualmente vienen desempeñando funciones jurisdiccionales. Son muchos a los que he conocido y con los que he trabajado y trabajo, y su dedicación, formación y desempeño son de gran calidad. Por otra parte, la perpetuación de las interinidades resulta inadecuada tanto para el sistema como para los justiciables. El sistema debe invertir en una necesaria ampliación de plantilla ajustada a las necesidades de los ciudadanos y de la justicia. Por ello, la posición de la Comunidad Europea en este asunto es de todo punto adecuada: debe ponerse fin a la interinidad con la creación de más plazas titulares, y, además, resarcirse a aquellos cuya interinidad ha sido consolidada por la administración. Por ello, considero adecuado y necesario establecer un procedimiento de consolidación.

Hecha esta precisión, creo, sin embargo, que el PLO incurre en la hipocresía de seguir manteniendo la interinidad. No perdamos de vista que la norma proyectada se titula de «ampliación y fortalecimiento del acceso a la carrera judicial y fiscal», y ni una ni otra cosa se logra limitando temporalmente a un año la interinidad del interino

titular de la plaza, pero no de la propia plaza. Por otro lado, de esta manera transcurrido el año ya no se podrán ejercer funciones jurisdiccionales como interino, lo que llevará a la designación como interinos de personas sin experiencia.

Si de fortalecer y mejorar el sistema se trata, lo que se debe hacer es eliminar de modo total el recurso a los interinos y suplentes, creando un número suficiente de plazas judiciales y fiscales que permita ejercer la jurisdicción de manera adecuada, con una carga de trabajo razonable que, llegado el caso, haga posible la sustitución profesional, sin detrimento ni de la calidad del trabajo, ni de la respuesta al justiciable, ni de la salud del/la juez/a, magistrado/a o fiscal. En este punto, la reciente reforma de tribunales de instancia busca precisamente esa facilitación y adaptación del número de jueces o magistrados a las necesidades que exista en cada momento.

Ya he dicho que me parece necesario un proceso de consolidación de aquellos interinos e interinas que llevan tanto tiempo desempeñando funciones jurisdiccionales. Pero no puede hacerse de cualquier manera, y mucho menos servir de vía acceso a las carreras judicial y fiscal de interinos de otras profesiones jurídicas, como resulta de la enmienda introducida por el PSOE durante la tramitación parlamentaria de la norma proyectada. Dicho de otro modo, debe diseñarse un procedimiento o un ejercicio de acceso que cuente con un suficiente rigor, a fin de evitar el riesgo de que el llamamiento extraordinario encubra una renuncia a la comprobación objetiva de los conocimientos del/la juez/a o fiscal sustituto/a o magistrado/a suplente.

7. Conclusiones

La conclusión a la que llego es que la norma proyectada poco tiene que ver con su nombre, pues ni se amplían ni se fortalecen las carreras judicial y fiscal. La posible ampliación de la plantilla judicial y fiscal que pudiera venir de la mano del proceso de consolidación de sustitutos/as y suplentes no es tal, pues en la actualidad ya están desempeñando esa función y cubriendo las plazas que se pretende ofertarles, incluso muchas más.

La reforma proyectada viene a dar un golpe casi mortal al procedimiento de acceso a las carreras por oposición para las categorías de juez/a y fiscal en favor del sistema de acceso por concurso-oposición, que se extiende a la carrera fiscal e incorpora un injustificado mejor trato en el acceso a cargos discrecionales.

La norma mantiene la interinidad de la función judicial y fiscal, aunque con límites temporales para la persona que realiza la sustitución, no así para el sistema de interinidad, perpetuándose de esta manera la justicia interina, sin proceder a abordarse el problema real de una insuficiencia de plazas judiciales y fiscales, inadecuada para cubrir las necesidades reales de la sociedad y del sistema y las *ratios* europeas. Todo ello supone un detrimento para los denunciados justiciable y el ejercicio jurisdiccional

Finalmente, la reforma proyectada no logra resolver correctamente la estabilización de las plazas de jueces y fiscales sustitutos, que, por vía de enmienda, tratan de abrirse a otros profesionales.

La dialéctica de la utopía y los límites de la justicia. Respuestas a los comentarios de Francisco Martínez Mesa y Delia Budeanu

(2023) Palestra Editores
Lima, 457 pp.

Lucas E. Misseri
Universidad de Alicante
ORCID ID 0000-0002-8149-190X
lucas.misseri@ua.es

Cita recomendada:

Misseri, L. E. (2025). Título. La dialéctica de la utopía y los límites de la justicia. Respuestas a los comentarios de Francisco Martínez Mesa y Delia Budeanu. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 415-430.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9863>

Recibido / received: 03/09/2025
Aceptado / accepted: 30/09/2025

1. Introducción

Entre las múltiples concepciones de la filosofía, una de las más fructíferas es concebirla como un producto colectivo que surge del arte de la palabra precisa y de la exposición de ideas propias y ajenas a los comentarios y críticas de los demás. En esa dialéctica, en el sentido más básico del término, se engloba la condición de posibilidad del filosofar en torno a un tema tan multidisciplinar y con tantas aristas como es el de la utopía. Es necesario, no sólo «pensar contra otros» como suele sostenerse, sino también pensar a partir de otros y con otros. Por ello considero muy valioso este espacio *Book Forum* de la revista *Eunomía* y agradezco especialmente las contribuciones de Delia Budeanu y Francisco Martínez Mesa para discutir mi libro *Derecho, justicia y utopía*. Tomo sus comentarios, objeciones y sugerencias como una invitación a seguir pensando sobre el fenómeno utópico y su vinculación con la filosofía práctica y la literatura.

En las páginas que siguen procuraré responder brevemente a ambos colegas, dividiendo cada réplica en tres partes: acuerdos, concesiones y unos mínimos disensos o matizaciones. Con Martínez y Budeanu formamos parte de una misma



comunidad de reflexión sobre el pensamiento utópico, por tanto, pese a la diversidad de enfoques tenemos muchos puntos de acuerdo. Adelanto que estos tienen que ver, sobre todo, con la conceptualización de la utopía y la consideración no peyorativa de la misma en el marco de la cultura entendida en sentido amplio. Sin embargo, Martínez y Budeanu me invitan amablemente a reflexionar sobre algunos aspectos de la temática que no han sido suficientemente desarrollados en el libro. Estos son, principalmente, las formas de la injusticia y el subgénero distópico, en el caso de Martínez, y las utopías no occidentales, poscoloniales, feministas y –las nuevas– ciberutopías, en el caso de Budeanu. Concedo sin problemas la necesidad de esa profundización en el estudio de las utopías, sólo que en algunos casos procuro justificar por qué no es una tarea que yo esté especialmente capacitado para realizar. Aunque sí subrayo algunas modestas aportaciones que he hecho en el pasado y algunas que creo que pueden ser provechosas para el futuro por parte de otros investigadores en el estudio de lo que podría llamarse el enfoque «Derecho y utopía».

2. Arbitrariedad, injusticia y distopía: diálogo con Francisco Martínez Mesa

En su amable y exhaustiva recensión, Francisco Martínez Mesa subraya varios aspectos que son dignos de visitar, para estimular el diálogo sobre la utopía y su vínculo con la filosofía práctica y la historia de las ideas. Ante todo, es provechoso partir de los acuerdos que tenemos. Por ejemplo, la aceptación del vínculo de la utopía moderna con el humanismo, la secularización, el universalismo y la creencia en la realizabilidad –al menos gradual– de dichas representaciones de la imaginación y la crítica social. Esto último matizado por la idea de perfectibilidad en lugar de perfección –que suele atribuirse al utopismo temprano– y por las concesiones a la realidad efectiva –la condición humana, los recursos disponibles, etc.–. Es en ese contexto en el que el Derecho aparece como un complemento necesario de cualquier proyecto utópico contemporáneo, en tanto que práctica social que, cuando es exitosa, contribuye a la reducción de la violencia y la protección de los derechos de los individuos y de sus esfuerzos colectivos de mejora.

Otro punto que destaca el politólogo Francisco Martínez Mesa y que me parece importante enfatizar con él es el rol de la Red Transatlántica del Estudio de las Utopías en la reflexión que se hace en nuestro idioma sobre el utopismo. Se trata de una red de investigadores de habla hispana que surge en 2015, bajo la coordinación del historiador Juan Pro Ruiz, aunando la labor de cuatro grupos de investigación de países iberoamericanos: Argentina, Brasil, México y España –de allí lo de «transatlántica»–. Tuve el privilegio de colaborar con ella entre 2017 y 2021 participando en las obras colectivas *Lugares de la utopía* (Pro y Mariblanca, 2019) y, sobre todo, en el ambicioso *Diccionario de lugares utópicos* (Pro, 2022). Sin esos trabajos mi libro sería inconcebible, no sólo porque esas obras fueron una motivación para la escritura de algunos de mis capítulos, sino porque devinieron en un material bibliográfico de consulta constante para mi investigación.

Insisto en promover esta Red porque, tal vez por ser más reciente o por el empleo de una lengua que no es el inglés, no goza de la misma difusión que otras agrupaciones como la *Utopian Studies Society* europea –fundada en 1988– o la *Society for Utopian Studies* americana –fundada en 1975–. Esas sociedades impulsaron los estudios utópicos con la revista *Utopian Studies* y con conferencias anuales en Europa y Norteamérica desde la época de su fundación. Por su parte, este año, la Red Transatlántica también sacó una publicación periódica: *Reutopía: Revista*

de *Estudios Utópicos*¹ que espero tenga un éxito igual o mayor que la publicación en inglés.

Me parece importante poner en valor la investigación que se hace en nuestro idioma, no por chauvinismo, sino precisamente por enriquecer las perspectivas y dar a conocer brillantes trabajos como los de Francisco Martínez Mesa, Carlos Ferrera Cuesta, Juan Pro Ruiz, Francisco Martorell Campos –gracias a quien conocí la Red y a quien citaré en breve– y el recientemente fallecido Felipe Schwemberg Augier². Trabajos como los suyos, muchas veces no tienen la merecida difusión por no estar en los canales del círculo académico-mercantil, esto es, editoriales en inglés que privatizan la investigación de universidades públicas, con gran rendimiento económico, a cambio de puntaje en rankings internacionales. No digo que toda la producción en inglés tenga estas características, pero sí subrayo que hay una cierta mercantilización del trabajo académico –producto de la necesidad de cuantificar la labor de pesquisa a partir de factores de impacto muchas veces artificiales– que tiende a atentar contra la difusión de buenos trabajos.

Ahora bien, luego de este quizá demasiado extenso *excursus* sobre el valioso trabajo que se hace en nuestro idioma, voy concretamente al principal punto de discordancia con Martínez o, mejor dicho, a su invitación a profundizar en aspectos no tratados en el libro. Este señala que *Derecho, justicia y utopía*:

...deja cuestiones abiertas merecedoras de nuevos trabajos y estudios en el futuro como, por ejemplo, la referida a la noción de injusticia. No deja de ser paradójico, en efecto, que este concepto, aun siendo el principal motor impulsor de los ideales que promueve la utopía y trata de culminar el Derecho, carezca de una definición específica y precisa, más allá de la negativa que le presente como la «ausencia de justicia» (Martínez Mesa, 2025, p. 491).

Entiendo el punto de Martínez y, en tanto que formulado como un proyecto complementario, lo acepto sin objeciones. Incluso en un libro previo *Utopismo, responsabilidad y convergencia* (Misseri, 2017) abordé parcialmente una cierta continuidad entre utopismo y distopismo. En esa etapa me sorprendió especialmente descubrir, gracias a la obra de la filósofa Ágnes Heller (1980), cómo lo que para un hombre del Renacimiento tardío como Tommaso Campanella suponía una utopía, para un autor del siglo XX como Orwell suponía una distopía. En ese libro previo veía una cierta continuidad entre el utopismo renacentista de autores como Moro, Bacon y Campanella, las críticas a la utopía hechas desde dentro del género, pero sin asumir sus presupuestos meliorativos –la «sátira utópica» de autores como Joseph Hall y Jonathan Swift– y la distopía como directa proyección de esos ideales de control social como una pesadilla para el individuo, pienso en autores como Zamiatin, Huxley y Orwell. Habría que hacer muchos matices, pero mi idea en ese momento era que la polaridad axiológica de ciertas instituciones propuestas como remedios estaba cambiando. En ese momento elegí hablar de un cambio de *pathos*, de sensibilidad, de valores, entre las distintas épocas. Hoy diría que había una perspectiva que pasaba del comunitarismo al individualismo y de la confianza en el Estado –como organizador de la acción colectiva tendiente a la consecución de fines valiosos para la comunidad– hacia la desconfianza de nuestros representantes y de las instituciones públicas en general. Habría que hacer muchos matices y aclaraciones como, por ejemplo: que hay fundadas disputas sobre si Moro concebía su obra como una propuesta o un mero juego erudito e, incluso, el rol ambiguo que juega Wells al insistir

¹ Comparto el enlace a la Red como una forma de contribuir a su difusión: <https://utopia.hypotheses.org/> y el de la flamante revista: <https://reutopia.revistas.csic.es/index.php/reutopia>.

² Un buen amigo, al que se lo extrañará muchísimo, y un filósofo chileno especialista en la filosofía política de Robert Nozick y en las utopías libertarias del que mucho he aprendido.

en la utopía como cinética, esto es, perfectible y su impacto en los tres grandes autores distópicos mencionados más arriba.

A modo de un somero resumen de lo que digo en ese libro, sugiero para el lector curioso en este tema que vea las similitudes de diseño institucional y estilo literario en las utopías, sátiras utópicas y distopías de los autores mencionados y el cambio en la intencionalidad crítica de las mismas. No quiero demorarme demasiado en esto, pero por ejemplo Francis Bacon en su *Nueva Atlántida* imagina una isla llamada Bensalem en la que hay una especie de tecnocracia, una sociedad regulada por expertos que funciona un tanto como un panóptico. Swift, en el viaje de Gulliver a la isla de Laputa³, se burla de esos intelectuales que, como Tales de Mileto, por tanto mirar las estrellas se caen en pozos. Como estos se distraen en sus abstracciones tienen un asistente que los golpea con un bastón para que vuelvan en sí. Mientras que, en el caso de *Un mundo feliz* de Huxley, la tecnología y la tecnocracia transforman el mundo en un espacio en el que la misma existencia de los individuos está sujeta al diseño de los expertos. Tres miradas tecnócratas que van desde la optimista paternalista fuerte, la satírica que ridiculiza el rol de los expertos y la que imagina su forma más manipuladora.

Asimismo, en ocasión del centenario de la novela *Nosotros* de Zamiatin escribí un artículo sobre la recepción de la ética kantiana que se hace en esa distopía (Misseri, 2020). El propio Martínez Mesa (2024) también se enfocó en esta obra, aunque aún no he tenido la oportunidad de leer el trabajo, pero asumo que ambos coincidimos en la influencia de esta gran obra en los otros dos grandes autores distópicos del siglo XX, Huxley y Orwell. Hay un pasaje en esa novela que es especialmente revelador en relación con la utopía tal como la entiendo. El personaje femenino I-330 —que cumple un rol similar al de Julia en *1984*— le dice al protagonista D-503:

...de qué última revolución me estás hablando? No existe ninguna revolución final, las revoluciones son también infinitas. ¡La última! Eso es una palabra para niños, a quienes lo infinito les asusta, pues es imprescindible que por la noche duerman tranquilos (Zamiatin, 2008, p. 226).

Se pueden hacer muchas interpretaciones de esta frase, desde una derrotista que invite a la inacción o vernos como Sísifo atrapados en una tarea en la que no podemos progresar. Pero, también, una de espíritu más cercano a la Ilustración, puesto que, por un lado, conjuga la idea de perfectibilidad infinita: no hay utopía absoluta sino lo que hay es espíritu utópico o utopismo, es decir, espíritu de transformación, crítica y mejora. Por otro lado, la apelación a los niños parece invitar, como Kant en su potente respuesta a «¿Qué es la ilustración?» (1992), a salir de nuestra culpable inmadurez, para enfrentar el desafío de nuestra época y pensar por nosotros mismos, para mejorar la situación de la humanidad.

Por todo lo anterior es que la sugerencia de Martínez Mesa me parece justificada y en atención a ella es que titulo esta respuesta imaginando una especie de negativo de mi libro. En lugar de *Derecho, justicia y utopía* elijo el que podría ser mi antilibro: *Arbitrariedad, injusticia y distopía*. Si pensamos el Derecho como una práctica social orientada hacia la consecución de fines y valores por medio de instituciones, consideradas legítimas en el marco de una cierta comunidad⁴; entonces,

³ La deriva de *Los viajes de Gulliver*, de sátira mordaz a libro infantil amputado y censurado, podría ser una explicación de la mutación de Laputa —llamada así con intención burlesca por Swift— a Lupata en algunas ediciones castellanas.

⁴ Me apoyo libremente en las ideas de Atienza (2017), Dworkin (2014) y Nino (1994) para esta visión somera del Derecho.

tiene sentido pensar su opuesto como el poder arbitrario. Tanto en el sentido de no legitimado, autoritario, como incluso de irracional e irrestricto. Así las distopías nos presentan regímenes en los que una cierta elite –v. gr. el partido de 1984– ejerce un poder despótico sobre el resto de la población, ahogando su libertad individual hasta llevarlos a la aniquilación –Winston de 1984 es desintegrado, John el salvaje de *Un mundo feliz* se ahorca–.

Asimismo, si pensamos a la justicia en su sentido más básico –o formal–, siguiendo a Chaim Perelman sería: «el principio de acción según el cual los seres de la misma categoría esencial deben ser tratados de la misma manera» (2025, p. 58). Por tanto, en nuestra vía negativa sugerida por Martínez Mesa, la injusticia se nos mostraría como la aplicación de dobles estándares, es decir, el tratar de modo desigual a los que deberían ser tratados como iguales o, incluso, el tratar como iguales a los que deberían ser tratados como desiguales. Como bien vio el iusfilósofo polaco-belga, la clave está en los criterios materiales con los que damos encarnadura a esa definición formal de justicia: igualdad absoluta, mérito, trabajo, rango, necesidad, legalidad, etc. Podríamos pensar que esos criterios, desde la segunda mitad del siglo XX, se asientan en los derechos humanos, aunque pese al amplio consenso no es una discusión cerrada en cuanto al número de derechos ni a su universalizabilidad.

En cualquier caso, el doble desafío identificado por Perelman es el de definir las categorías esenciales y el de establecer algún modo de solución para los posibles conflictos que puedan darse entre los distintos criterios. Es allí donde invita a volver al concepto aristotélico de equidad, como corrección de lo general a partir de las propiedades especiales del caso particular. Actualizando este problema podría decirse que si aceptásemos los derechos humanos como el criterio material de justicia, eso no impediría los conflictos, porque la satisfacción de uno de esos derechos podría entrar en conflicto con la de otro. Una solución posible sería recurrir a la ponderación, pero no como una concesión al particularismo, sino como el establecimiento de una regla general que se aplique a casos similares futuros que tengan las propiedades del caso en cuestión en el que surge el conflicto. Ahora bien, incluso así, alguien podría sostener que hay casos trágicos y que por tanto se conserva un cierto pesar, un resabio de injusticia. Aquí es donde aparece la idea de justicia como ideal regulativo, como un intento de acercarse lo más posible al mejor estado de cosas, aunque siempre atendiendo a las limitaciones tanto fácticas del contexto como cognitivas de los aplicadores e intérpretes.

Para un estudio en el que se entronquen la injusticia y la distopía se podría seguir la sugerencia de Judith Shklar (2010) quien en su libro *Los rostros de la injusticia* cita el ejemplo literario del libro de E. I. Doctorow *Ragtime* que reescribe el *Michael Kohlhaas* de Von Kleist en clave de racismo estadounidense del siglo XX. Para la autora la clave está en la separación de cuándo una catástrofe se vuelve una injusticia, algo que recuerda a la distinción de Garzón Valdés (2012) entre calamidades y catástrofes, de acuerdo con el grado de la responsabilidad humana atribuible. Shklar revisa también la concepción de la injusticia de Platón y Aristóteles, interpretándola en el primero como un déficit de conocimiento y, en el segundo, de racionalidad. En cambio, para ella, como para otros autores liberales como Garzón Valdés, la vía negativa parece ser más fructífera para alcanzar acuerdos. Es decir, en lugar de establecer el objetivo a alcanzar, poner el foco en aquello que se quiere evitar es una forma de ir de la injusticia a la justicia, como parecería sugerir una posible interpretación de la observación de Martínez. Shklar propone, al igual que Montaigne, partir de la crueldad como un mal a evitar y me parece un punto de partida claro y de una gran aceptabilidad, aunque insuficiente.

Finalmente, el opuesto más obvio de la utopía en su sentido positivo de eutopía, como proyección imaginaria de un «buen lugar», es la distopía, como proyección imaginaria de un «mal lugar». Algunos autores, como Corin Braga (2018), hacen una distinción entre distopía y antiutopía, similar a la que hice más arriba entre distopía y sátira utópica, considerando que la variable que las separa es la de la factibilidad de que dicha proyección del mal lugar se dé o si lo imaginado es meramente un ataque contra las eutopías usando sus herramientas literarias. Me parece que la sugerencia de Martínez supone un proyecto valioso desde lo académico. En el libro cito el estudio del británico Claeys (2017) sobre la historia de la distopía, el editado por los brasileños Camatta Moreira y Francisco de Paula (2020) sobre Derecho y literatura distópica y el del chileno Schwember Augier (2019) sobre la deriva distópica del utopismo libertario. E incluso creo que podrían concebirse formas de organización del poder y normas crueles que nos permitieran hablar de un Derecho autoritario en varias distopías, o mejor aún, de regímenes que no merecieran ni siquiera tal nombre. Creo que un libro por la vía negativa, mostrando los males en los que se puede caer, es posible y tiene su utilidad. Estoy seguro de que muchos otros investigadores lo están haciendo o tienen la capacidad para hacerlo, pero no estoy seguro de que yo esté entre estos últimos.

En primer lugar, no me considero capacitado para indagar más en la distopía por un cierto hartazgo con los elementos distópicos que ya no son meras proyecciones de nuestra imaginación, sino que constituyen parte de nuestra contemporaneidad y que es urgente encontrarles solución. Si bien, como sostengo en el libro, hay razones para el optimismo, desde el punto de vista de la humanidad tomada como un todo, esas mejoras en calidad de vida y derechos llegan de modo desigual a los individuos y hay millones de personas viviendo en la indigencia, en un mundo en el que la desigualdad se multiplica⁵. Incluso, recuerdo sentir algo de vergüenza al ocuparme del tema de la utopía en mi Argentina natal, cuando la realidad social era por momentos tan deprimente y aplastante. Pero precisamente el utopismo es la no claudicación ante esa realidad de gran desigualdad, es no caer en el derrotismo de aceptar que no hay alternativa.

Raymond Trousson, quien fue, junto con Alejandro Cioranescu⁶, una de mis principales fuentes de inspiración para mi concepción de la utopía, definía a la distopía como un infierno a evitar (Trousson, 1995, p. 54). En este sentido, creo que las palabras de Italo Calvino son adecuadas para representar mi postura con respecto a la distopía:

El infierno de los vivos no es algo por venir; hay uno, el que ya existe aquí, el infierno que habitamos todos los días, que formamos estando juntos. Hay dos maneras de no sufrirlo. La primera es fácil para muchos: aceptar el infierno y volverse parte de él hasta el punto de dejar de verlo. La segunda es riesgosa y exige atención y aprendizaje continuos: buscar y saber quién y qué, en medio del infierno, no es infierno, y hacer que dure, y dejarle espacio (1999, p. 117).

Considero que las *Ciudades invisibles* no son un ejemplo de utopía en sentido estricto, sino más bien un gran ejercicio poético literario. También sé que esta frase

⁵ Según datos de la Organización de las Naciones Unidas, si bien entre 2010 y 2019 la pobreza extrema se redujo a la mitad, esta tendencia cambió con la pandemia. Actualmente se estima que 700 millones de personas viven con menos de 2,15 USD al día y 3.800 millones de personas no cuentan con ningún tipo de protección social. Véase, <https://www.un.org/es/global-issues/ending-poverty> (consultado 2/9/2025).

⁶ El libro de 1972 de Cioranescu, *L'avenir du passé : utopie et littérature*, es francamente una joya. No me explico cómo no ha sido traducido al castellano, sobre todo teniendo en cuenta que surge de un seminario que el especialista en literatura comparada dio en la Universidad Nacional del Sur, en Bahía Blanca, Argentina.

ha sido repetida *ad nauseam*, alcanzando el punto en el que para muchos probablemente ya sea sólo ruido y esté desprovista de toda fuerza. Sin embargo, creo que ella representa mi actitud hacia el pensamiento utópico. En la división del trabajo me alisto entre los que buscan alternativas al infierno hodierno, en lugar de resaltar cuánto más se puede descender en sus círculos, que estoy seguro son más que los nueve descritos por Dante.

Mi segunda razón para no abordar las distopías no podría estar mejor expuesta que como lo hizo otro miembro de la Red Transatlántica: el filósofo español Francisco Martorell Campos. En sus excelentes libros sobre utopía y distopía logró convencerme del carácter más bien inhibitor de la pulsión transformadora de la supuesta toma de conciencia que nos trae la distopía (Martorell, 2021). ¿Cuántas veces se ha declarado el fin del mundo? ¿Cuántas veces se han representado futuros completamente horribles para la humanidad? Y, sin embargo, parecen, más que un modo de movilizar a la acción transformadora, un producto de consumo como el cine catástrofe, la literatura *cli-fi*, las series apocalípticas y las postapocalípticas. Pero esto podría ser sólo una cuestión de carácter, quizá algunas personas se vean movilizadas por las descripciones de los horrores no sólo reales sino posibles. Yo más bien necesito saber hacia dónde construir. Creo que lamentablemente en nuestra época la concepción del mundo que está detrás del impulso eutópico, tal como la compartimos con Martínez Mesa: universalista y humanista, se encuentra en entredicho. Esto por la vuelta de los nacionalismos y por un mundo cada vez más fragmentado, que entremezcla el culto al poder económico con el relativismo moral.

En resumen, mi decantamiento por la utopía en su sentido positivo es la forma que he encontrado para no aceptar el infierno de arbitrariedades, injusticias y disvalores que nos rodean. No obstante, creo que la utopía moderna ha de enriquecerse con las distintas perspectivas, incluso de aquellas miradas que ahondan en lo más profundo del horror humano y de la pesadilla. Pero hay que asegurarse de que todavía podamos ver más allá de lo monstruoso. El discurso metautópico parece mantenernos a una distancia científica, descriptiva, de nuestro objeto de estudio. No obstante, creo que también es válido –aunque no siempre seguro– defender una perspectiva utópica propia. La mía, definitivamente está comprometida con el humanismo, con los derechos humanos y con lo que estamos haciendo ahora mismo: discutir respetuosamente. Es la mejor alternativa a la violencia que tenemos e, incluso, es constitutiva de nuestra cultura. La dialéctica eutopía/distopía contrapone la heurística de la esperanza de Bloch (2007) a la del miedo de Jonas (1995), en una conversación entre generaciones en la que intentamos mejorar nuestras proyecciones. Dicha conversación implica buscar la mejor respuesta a la pregunta por la buena vida con los demás, balanceando ambos impulsos a través del diálogo racional y el diseño y la protección de las instituciones que lo posibilitan.

3. Más allá de la tradición: diálogo con Delia Budeanu

En su amable y sugerente reseña, la jurista Delia Budeanu se enfoca en algunos aspectos de mi libro distintos de los que llamaron la atención del anterior comentarista. Especialmente subraya el problema de la conceptualización de la utopía y el establecimiento de sus funciones y de un canon occidental, al tiempo que aborda la inserción de la utopía en los estudios de Derecho y literatura. Los acuerdos con Budeanu tienen que ver, por un lado, con la importancia de ofrecer un concepto de utopía que sea funcional. Como lo pone la comentarista: «la necesidad de unos criterios de inclusión y exclusión dentro del fenómeno utópico» (Budeanu, 2025, p. 495). La claridad conceptual no sólo es la cortesía del filósofo sino, en un concepto tan polisémico como el de utopía, una necesidad para que pueda haber un diálogo

provechoso. De lo contrario la discusión teórica se traba con incontables malentendidos, porque si no hay al menos una estipulación sobre qué es y qué no una utopía, el término se convierte en una mera etiqueta de emociones, tanto positivas como negativas.

Sobre el llamado uso emotivo negativo de la utopía, la filósofa argentina Graciela Fernández (2005) lo llamaba: «falacia *ad utopiam*», es decir, la pretensión de que etiquetando algo —una teoría o un proyecto— como una «utopía» parecería ser suficiente para demostrar su inutilidad e inadecuación en cualquier argumentación. En cambio, con respecto a la visión emotiva positiva, que algo sea considerado «utópico» tampoco debería implicar que sea necesariamente aceptable o deseable universalmente, sino que quien lo propone se apoya en un juicio de valor positivo, pero ese juicio es falible. Así que la coincidencia con Budeanu en la necesidad de esos criterios, aunque no necesariamente coincidamos con la intensión y la extensión del concepto utopía, es un buen punto de inicio para evitar pseudodiscusiones.

En segundo lugar, tenemos un acuerdo valorativo sobre la utilidad del enfoque Derecho y literatura. Ambos asistimos a los eventos de la Asociación Española de Derecho y Literatura fundada en 2022 y tenemos una serie de lecturas compartidas como los estudios de los juristas José Calvo González y François Ost que impulsan dicho enfoque. En este marco me parece muy valiosa la labor de Budeanu y creo que puede ser una de esos jóvenes investigadores en los que estaba pensando como destinatarios del llamado a colmar las lagunas que indefectiblemente deja mi contribución y la de los investigadores previos en los que me apoyé.

Ahora bien, con respecto a las concesiones, tal como construye su argumentación Budeanu, mi investigación se apoya en el canon literario de utopías que ella considera una tradición «con tintes masculinos y occidentales», con un punto de vista mayormente «eurocéntrico y androcéntrico» (Budeanu, 2025, p. 500), cerrado a «las escritoras feministas y los pensadores postcoloniales» (p. 501). Concedo sin demasiados problemas estas carencias de mi planteamiento. Uno siempre lee desde algún contexto y desde una perspectiva que normalmente excluye, muchas veces por ignorancia, otras perspectivas valiosas. Pero, como reconoce Budeanu, con respecto al utopismo feminista intento paliarlo en el mismo libro haciendo referencia a algunas obras interesantes al respecto y al estudio de Bartkowski (1989) sobre el tema. Pero como me considero universalista, mi foco no es tanto buscar utopías de un grupo específico, sino aquellas que pretendan o sean extrapolables a toda la humanidad.

Con respecto al eurocentrismo, esta no es la primera vez que recibo esta crítica. Mi primer reflejo siempre suele ser responder con aquella frase de Séneca cuando le preguntaron por qué citaba tanto a Epicuro si él era estoico: «Siento como mío cuanto es verdadero. (...) las grandes sentencias pertenecen a todos» (Séneca, 1985, p. 33). Sin embargo, entiendo el punto de Budeanu. No se trata de que algo sea falso por ser europeo o europeizante, sino de visibilizar obras valiosas que no suelen ser tenidas en cuenta por ese recorte metodológico. Así como hay miles de trabajos sobre la utopía de Moro, hay pocos sobre utopías no-occidentales. Algunos autores como el matrimonio de historiadores Frank E. Manuel y Fritzie P. Manuel (1997), o como los llama el filósofo mexicano Jorge Velázquez Delgado «los Manueles», consideran que el fenómeno utópico no es exclusivamente occidental, pero al mencionar utopías no occidentales estas son indiscernibles de formas religiosas como el taoísmo o el budismo. Eso se agrava con el rechazo de los Manueles de ofrecer una definición de utopía. De todos modos, como bien advierte Budeanu, yo me inclino por la tesis de Bloch (2007) de que el utopismo es una constante antropológica, por lo tanto, seguramente existen valiosos ejemplos de imaginarios utópicos en otras culturas. Desde que los seres humanos podemos imaginar escenarios alternativos de

sociedad es que hay utopías, pero un elemento peculiar de la utopía occidental parece ser su secularismo. Asimismo, existen elementos del género literario utópico que son propios de Europa y del fenómeno editorial que supuso la *Utopía* de Moro en los siglos XVI y XVII en dicha región. Aunque la recepción en América fue temprana, con la obra de Vasco de Quiroga en México. Pero aquí, para no caer en las pseudodiscusiones de las que hablaba más arriba, hay que distinguir entre utopía literaria, teórica y práctica, es decir, la ficción, la argumentación de una cierta teoría social y la puesta en práctica en comunidades intencionales concretas.

En un trabajo temprano (Misseri 2009), apoyándome en la obra del ensayista hispano-uruguayo Fernando Aínsa (1990), insistí en que hay una tendencia en América de priorizar la utopía teórica y práctica sobre la literaria. Esto, en parte, como herencia del imaginario de América como territorio de posibilidades y, en parte, por la propia convicción de los americanos de estar destinados a ser más utopianos que utopistas. Recientemente colegas mexicanos me obsequiaron el trabajo *Sí hay tal lugar* que hace un breve recuento de utopías latinoamericanas fallidas⁷. Pero de nuevo, dicha investigación no logra responder a la inquietud de Budeanu porque son propuestas híbridas, dado que muchas veces son los europeos los que buscan realizar una utopía en América.

Más bien, creo que Budeanu parece sugerir la búsqueda de un pensamiento situado, que dé voz al imaginario autóctono y a las necesidades locales. Por ello se me viene a la mente el pensamiento latinoamericanista. Más puntualmente lo que podría llamarse, usando laxamente el término, «escuela mendocina de estudios utópicos». Una expresión que uso para agrupar a una serie de intelectuales argentinos nacidos en la ciudad de Mendoza, aunque exiliados a Ecuador y México, que impulsaron el pensamiento situado, la filosofía de la liberación y abordaron dimensiones teórico-prácticas del utopismo. Me refiero específicamente a Arturo Andrés Roig, Horacio Cerutti Guldberg y Enrique Dussel. El primero de ellos, en su célebre texto *La utopía en el Ecuador*, sostuvo que el género utópico estaba agotado, pero que lo que pervivía era la «función utópica».

El siglo XVIII no fue la última gran época de lo utópico, así como nuestro siglo XX no es el de la extenuación o fin de la utopía. El pensamiento reaccionario que, apoyado en un empirismo social e histórico ingenuo, nos habla del «fin de la utopía», es el mismo que ha hablado del «fin de las ideologías» y es por eso mismo ideológico y utópico, con el matiz peyorativo que se les puede dar a ambos términos. Implica, además, un error de base, bastante grueso, como es el de confundir el «género utópico» (que sí podríamos considerar extinguido) con la «función utópica» la que no puede ser evaluada de modo general y al margen de la multiplicidad de sus manifestaciones, como si fuera un fruto unívoco de una razón despótica y como si no se jugara, aquella función, en relación directa con la problemática de lo ideológico (Roig, 1985, p. 15).

Cerutti Guldberg (1989) continúa alguna de las ideas de Roig, como la debilitación de la dicotomía utopía/ideología instaurada por la obra homónima de Karl Mannheim (1966). Asimismo, hace su contribución al estudio de las distintas subfunciones derivadas de la función utópica del lenguaje: la crítico-reguladora, la liberadora del determinismo legal, la anticipadora de futuro, la de historización y dialecticidad y la constitutiva de formas de subjetividad.

⁷ Federico Guzmán Rubio (2025) aborda, de un modo muy personal, siete «ruinas» de utopías latinoamericanas: Fordlandia y Colonia Celia en Brasil, Nueva Germania en Paraguay, Páztcuaro y el distrito financiero de Santa Fe en México, Argirópolis en Argentina y Solentiname en Nicaragua. Si bien no todas serían consideradas utopías *stricto sensu*, ni siquiera comunidades utópicas, es un recuento lo suficientemente variado de la función utópica en Latinoamérica.

Ahora bien, eso podría cumplir con una de las sugerencias de Budeanu, pero aún son todos ejemplos de hombres americanos de origen europeo buscando modos de pensar la realidad local. Algo similar ocurre con el libro *Dos utopías argentinas* de Felix Weinberg (1976), en el que se ocupa de las obras del germanoargentino Otto Dittrich y el francoargentino Pierre Quiroule⁸, quienes en sendas utopías literarias procuran ofrecer un modelo de sociedad socialista y anarquista a la luz de ciertos desarrollos tecnológicos e ideologías europeas. Sobre todo, comparten la característica de ser eucronías, porque plantean la utopía en un lugar ya existente, Argentina, pero en un futuro por conocer, principalmente el siglo XX.

Con respecto al trabajo de mujeres en el tema que nos compete, destacaría el de la ya mencionada Graciela Fernández. Principalmente su libro de 2005 *Utopía: contribución al estudio del concepto*. Aunque si bien ella me dio a conocer el pensamiento de Roig, su planteo es igualmente eurocéntrico y hasta podría decirse germanocéntrico, si uno atiende a la bibliografía y a las discusiones en las que se introduce. Quizá el ejemplo más cercano a lo que se refiere Budeanu sea la labor de la filósofa mexicana María del Rayo Ramírez Fierro (2012), quien ha estudiado el fenómeno utópico apoyándose en las contribuciones de autores como Cerutti Guldberg y ha incluso destacado, como Aínsa, intentos utópicos latinoamericanos concretos como la utopía teórica del venezolano Simón Rodríguez, tutor de Simón Bolívar. Asimismo, ha impulsado neologismos decoloniales como «utopología» en oposición al anglicismo «estudios utópicos». Algo que tiene sentido porque el estudio de una utopía –o varias– no necesariamente es «utópico». Se puede mantener distancia con respecto al fenómeno e incluso hasta rechazo, como es el caso de los estudios «utópicos» de Karl Popper (1967) o de Thomas Molnar (1970). El otro neologismo creo que es un tanto cacofónico: «nuestroamericano» como superación de los desacuerdos que genera «latinoamericano», «iberoamericano», «hispanoamericano» o «americano» a secas.

Otro ejemplo podría ser el de la argentina Irma Cuña de Silberstein (1986), quien describe la utopía mapuche del rey blanco como epílogo local a la reflexión sobre la utopía del francés P. F. Moreau. Aunque se me ocurren dos objeciones frente a ese ejemplo: una es que el imaginario del rey blanco se trata más bien de una representación religiosa que secular y, segundo, que evidencia un cierto sincretismo cristiano que probablemente jugara una función adaptativa más que transformadora. En otras palabras, si se tiene un mito de un rey blanco quizá se pueda encajar más fácilmente la dominación por parte de extranjeros blancos.

Otro ejemplo americano, en el sentido más estrecho del término, podría ser el recogido por el historiador rumano Mircea Eliade (1982) sobre el imaginario del «País sin mal». Eliade se apoya en el trabajo del etnólogo Curt Nimuendaju con los guaraníes de Brasil, para describir dicho imaginario asociado a visiones escatológicas y mesiánicas como una forma de utopía religiosa. Pero de nuevo, es una visión religiosa frente al requisito de una cierta secularización que defiende en mi libro para definir la utopía, principalmente la secularización del agente transformador. Es cierto que esta visión mesiánica guaraní podría dar lugar a una crítica del extractivismo, puesto que la historia invita a limitar el daño a la naturaleza, pero no es suficiente como proyección social para construir una propuesta de reforma institucional. Sin embargo, es interesante notar que algunos planteos contemporáneos de Derecho y utopía en Latinoamérica se inclinan hacia un cierto regreso a formas preseculares – como el animismo – y a una concepción barroca del pensamiento frente a la ilustrada,

⁸ Pseudónimo del anarquista francés Joachim Alexis Falconnet, que vivió entre 1867 y 1938, que viene del dicho «piedra que rueda no se enmohece». El nombre ya invita al cambio y es concorde con la concepción dinámica de la utopía moderna o «cinética», como la llamó Wells (2000).

una utopía andina frente a la utopía eurocéntrica (Ávila Santamaría, 2019). Como sostuve en el libro, considero que si se conceptualiza a la utopía como indistinguible de la religión se está sembrado el campo para pseudodiscusiones, porque al no acotar el fenómeno todo puede ser utopía. Y si todo lo es, el concepto pierde su funcionalidad como herramienta para el pensamiento crítico y transformador.

En la lista de ejemplos que acabo de ofrecer hay una cierta ingenuidad, puesto que son ejemplos que surgen de un planteo identitario. Es patente que hay titubeos sobre qué cuenta como realmente americano, qué cuenta como realmente diverso, no eurocéntrico, feminista, decolonial, etc. Quizá no se trata, o al menos no se trata solo de encontrar ejemplos de americanos tanto nativos como criollos, americanistas y mujeres para hallar diversidad en la reflexión utópica sino en leer de un modo distinto la tradición. En una clase que dio Jorge Luis Borges en la Universidad de Belgrano, en 1978, cuando intentaba definir el origen del género policial, sostuvo que «...los géneros literarios dependen, quizás, menos de los textos que del modo en que éstos son leídos» (Borges, 1980, p. 72). Algo de esto hay en relación con los textos utópicos, por supuesto podríamos leer textos religiosos como utopías: baste mirar que cada pueblo tiende a imaginar un lugar mejor al otro lado, sea Aztlán para los mexicas, las islas bienaventuradas para los griegos, Hawaiki para los polinesios, etc. Pero mi propuesta es reducir el fenómeno a propuestas no necesariamente ateas, pero que imaginan la utopía en este mundo y como resultado de la acción humana. Quizá lo que sugiere Budeanu no sea sólo buscar textos olvidados y voces silenciadas –que definitivamente los hay– sino más bien cambiar el modo en el que nos acercamos al canon. Mi propuesta, como digo, es una lectura secular, puesto que también se puede hacer una lectura religiosa del canon.

Lo que quiero decir es que, así como se hizo una lectura realista política (Velázquez Delgado, 2021) e incluso hedonista epicúrea (Surtz, 1949) de la *Utopía* de Moro, se podría hacer una lectura feminista y hasta decolonial de muchas utopías tradicionales, mostrando cuán progresiva o regresiva era esa proyección imaginaria con respecto a las jerarquías axiológicas de su tiempo y las actuales. Un ejemplo que suelo usar con aquellos que cuestionan la utilidad de la utopía como vana ensoñación es el de la educación formal de las mujeres. Muchas utopías lo plantearon como algo necesario para cualquier buena sociedad, incluso en momentos en que para sus contemporáneos era algo irrisorio. En cambio, hoy nos parecería absurdo plantear el acceso a la educación de las mujeres como un elemento utópico, cuando es un mero requisito básico, un derecho humano.

Otra sugerencia valiosa de Budeanu es con respecto a la última sección de mi libro donde me acerco a la problemática del utopismo y las nuevas tecnologías. Como bien advierte, mis reflexiones son previas a lo que hoy se considera «cuarta revolución industrial» o revolución de la inteligencia artificial. Dice la jurista:

...creo que lo más apropiado es dar la oportunidad al autor para hacer una reflexión más actualizada sobre las «ciberutopías», ya que, en el mundo globalizado y obsesionado con la inmediatez y el progreso constante, el periodo entre la publicación de su libro y el presente comentario, a pesar de no ser muy extenso, ha presenciado unos avances que merecen la pena ser atendidos con mucho rigor (Budeanu, 2025, p. 15).

Le agradezco la oportunidad y considero la invitación muy acertada por dos razones. La primera es que el hiato entre el capítulo de mi libro en el que trato el tema y su comentario es mayor de lo que las fechas de edición pudieran hacer pensar. El libro apareció en 2023, pero mi reflexión sobre las ciberutopías se origina en un trabajo de 2015 y otro de 2017 que fusioné y revisé para el libro. La segunda es que

la masificación de los grandes modelos de lenguaje de IA tuvo su eclosión tras la pandemia, cerca de la fecha de aparición del libro. Estos grandes modelos de lenguaje están contribuyendo a erosionar fenómenos que en mi capítulo ligaba al utopismo práctico, como el proyecto de construcción colectiva de conocimiento que es Wikipedia –del que los grandes modelos se alimentan en gran parte– y del espacio de la web como una especie de ágora electrónica (hoy inundada de contenido basura creado con –y sin– inteligencia artificial).

Un sector de la población, inclusive algunos académicos, creen ver en la inteligencia artificial un aliado para la resolución de los grandes problemas de nuestra época. Por ejemplo, pese al increíble consumo de recursos que suponen los sistemas de inteligencia artificial, autores como Floridi (2024) creen que podría ser una herramienta para la solución al problema del cambio climático. Físicos como Max Tegmark (2023) impulsan un movimiento de IA-benéfica, advirtiendo de los riesgos del tecnoutopismo, pero al mismo tiempo viendo en esta tecnología potencial para hacer del mundo un lugar mejor. Finalmente, el filósofo Nick Bostrom (2024), asociado al movimiento transhumanista, tras un *impasse* de advertencias sobre los peligros de la superinteligencia y el riesgo existencial para la humanidad, vuelve a sumergirse en el utopismo con su *Deep Utopia*. La utopía que allí defiende la llamo en mi libro evantropía, la transformación del ser humano como impulso para la utopía y, en relación con la literatura distópica, la ha desarrollado en profundidad la filóloga polaca Anna Bugajska (2019).

Creo que en algún sentido abrazar el tecnoutopismo de nuestro tiempo, encarnado en la IA, es no tener en cuenta el origen de la tradición utópica: un cierto pesimismo antropológico. Los autores evantropicos de nuestro tiempo dicen, si el problema es el ser humano, entonces cambiémoslo, «mejorémoslo». Pero para hablar de mejora hay que tener un cierto consenso valorativo. ¿Qué es lo mejor de nosotros? ¿Qué pasaría si lo potenciáramos? ¿Es compatible con que todos los potenciemos? ¿Es viable que los mejoramientos estén al alcance de todos o será un nuevo factor de desigualdad? Algunos autores transhumanistas libertarios sugieren que las mejoras biotecnológicas han de ser para aquellos que puedan pagarlas, pero me parece moralmente superior la postura «tecnoprogresista» o «transhumanista democrática» que sostiene que las mejoras deben estar al alcance de toda la humanidad (Hughes 2004).

En cualquier caso, vuelvo sobre el tema del utopismo como transformación de la sociedad y de los individuos en ella. Los humanistas que escribieron utopías creían que el conocimiento de las artes liberales nos haría mejores seres humanos, los ilustrados continuaron esa idea en la universalización de la razón y la secularización de las instituciones. Hoy la esperanza parece estar puesta en la tecnología en tanto que mediación de nuestro estar en el mundo, incluso por encima de aquellos ideales del pasado. Lo que se agrava, desde mi punto de vista, cuando ni siquiera se consideran valiosos dichos ideales previos de educación y *know-what* en lugar más que de *know-how*, *know-where*. En otras palabras, modelos educativos basados no en la asimilación de ciertos conocimientos sustantivos, sino en saber que el conocimiento está ahí, en el ciberespacio. Como la biblioteca de Babel imaginada por Borges, la IA puede escribir todos los libros del universo. El problema es que muchos de ellos sólo sean combinaciones azarosas de letras que más que aportar conocimiento, lo obstaculicen.

Actualmente, la IA nos permite hacer cosas impresionantes (alterar una imagen, traducir un texto, hacer música sin conocer nada de la teoría e incluso programar por medio de meras indicaciones en lenguaje natural), pero no queda claro que nos haga mejores. Creo que una frase reproducida en redes sociales resume bien

mi escepticismo con respecto al poder utópico de la IA: un mundo en el que la IA escribe poesía y pinta cuadros, mientras los humanos hacemos trabajos repetitivos y tediosos no es como me imaginaba el futuro. Hace poco leía una nota de opinión del *New York Times* escrita por el vicerrector de la Universidad de Nueva York en el que reconocían que el estímulo de un uso inteligente de la IA entre los estudiantes no había dado resultado. Clay Shirky (2025) dice que están volviendo a estrategias medievales para evaluar los conocimientos: exámenes orales, ensayos escritos *in situ*, inhibidores de internet. Y estos problemas en la educación también tienen su correlato en la economía. Autores como el economista griego Yanis Varoufakis (2024) alertan sobre un regreso al feudalismo, con la acumulación de poder de las empresas tecnológicas. Algo que Javier Echeverría y Lola Almendros ya habían subrayado llamándolos «los señores del aire» (2020, p. 14).

Interpretar los dos ejemplos anteriores como un regreso al Medievo es obviamente una exageración, pero sí es cierto que lo que está generando el uso masivo de sistemas de IA es destruir un modo en el que concebimos la cultura por varios siglos. Ante la ausencia de discursos utópicos positivos y excesos de distopías y fragmentaciones identitarias, para muchos lo más estable es mirar hacia el pasado. Volver sobre la idea de naturaleza humana, sobre la tradición e incluso sobre los rituales (Han, 2020). Pero creo que hay que encontrar un término medio entre valorar aquellas cosas del pasado que aún son valiosas y que se pueden recuperar y aquellas cosas nuevas que tienen potencial emancipador. Así puesto parece un problema meramente cognoscitivo, pero es sobre todo un problema moral: cómo se interpreta lo que uno hace con esa tecnología. Hay estudiantes que consideran que un trabajo hecho absolutamente con IA, no es algo que esté mal o que sea incorrecto. Si no logramos que un estudiante vea el problema moral que hay allí –y que tiene que ver con que considere valioso y no un mero trámite lo que tiene que hacer– entonces hay poco lugar para la esperanza. Eso sumado a que «los señores del aire» cada vez más instalan el discurso de lo innecesaria que es la universidad para el trabajo del futuro. En un texto de 1953 titulado *La universidad de utopía*, Robert M. Hutchins, decano de la Facultad de Derecho de Yale entre 1927 y 1929, sostenía que era un error pensarlo así. La universidad debía dar orientaciones comunes para los futuros profesionales, no adaptaciones específicas a ciertos trabajos. Es un problema que me inquieta tanto como me supera, pero que es clave para las ciberutopías del futuro: el lugar de lo no «ciber», de lo analógico, lo físico. Quizá del mismo modo que el cine no supuso la desaparición del teatro, la clave esté en la recuperación de la conexión humana que se da en una clase. Pero es solo una línea abierta de trabajo que me preocupa especialmente y sobre la que espero volver con algunas líneas más precisas para abrir el debate.

4. Conclusión: el utopismo como relación epistolar

y vendrán nuevos hombres
pidiendo panoramas.
Preguntarán qué fuimos,
quienes con llamas puras les antecedieron,
a quienes maldecir con el recuerdo.
Bien.
Eso hacemos:
custodiamos para ellos el tiempo que nos toca.

Por qué escribimos, Roque Dalton (2015, p. 27).

Comencé este texto haciendo referencia a la concepción que tenía Kant de la Ilustración, quiero cerrarlo haciendo referencia a una definición del humanismo que

considero extensible a la tradición utópica. El filósofo alemán Peter Sloterdijk (2006) definió, en un polémico texto, al humanismo como una serie de cartas a amigos del futuro. Los libros funcionan como cartas que se escriben para las futuras generaciones, como cartas que esperan llegar a destino, aunque no se tenga la certeza de que esto vaya a ocurrir. En el caso de los textos utópicos, la esperanza es doble, que el mensaje sea leído y que ejerza una transformación sobre la sociedad del lector.

Ahora bien, decía que el texto de Sloterdijk es polémico porque sostiene que el humanismo está condenado a desaparecer, dado que ya a nadie le interesan esas cartas. Hay días en la vida de un docente en las que seguramente se tenga esa sensación. Pero también hay momentos en los que jóvenes curiosos, hartos de pastar el heno que les procesan las redes sociales, nos sorprenden con lecturas nuevas y entusiastas de viejos clásicos o incluso de reversiones contemporáneas de esos clásicos o de textos simplemente que podrían ser candidatos a clásicos futuros. Extrapolando la definición de Sloterdijk podemos sostener que la tradición utópica – incluyendo en esta también a las obras distópicas – son cartas del pasado que releemos para aprender de las expectativas, miedos y proyecciones de nuestros antepasados. ¿Cómo imaginaron las instituciones? ¿Cuáles mantuvieron? ¿Cuáles cambiaron? ¿En qué principios se apoyaron? ¿Cómo distribuyeron el poder? ¿Cómo era su regla de reconocimiento para establecer qué contaba como Derecho válido? En fin, me alegra saber que tengo el privilegio de que mi libro encontró en Francisco Martínez Mesa y en Delia Budeanu dos lectores tempranos, que me permitieron tener el gusto de discutir con ellos y de mantener viva la esperanza de que un mundo mejor es posible.

Bibliografía

- Aínsa, F. (1990). *Necesidad de la utopía*. Nordan Comunidad.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Ávila Santamaría, R. (2019). *La utopía del oprimido: los derechos de la Pachamama (naturaleza) y el sumak kawsay (buen vivir) en el pensamiento crítico, el Derecho y la literatura*. Akal.
- Bartkowski, F. (1989). *Feminist Utopias*. University of Nebraska.
- Bloch, E. (2007). *El principio esperanza [1]*. (Trad. F. González Vicén). Trotta.
- Borges, J. L. (1980). *Borges oral*. Bruguera.
- Braga, C. (2018). *Pour une morphologie du genre utopique*. Garnier.
- Budeanu, D. (2025). Senderos utópicos y jurídicos: Entre la literatura, la teoría y la práctica. Comentario a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica. *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, 28, 493-509.
- Bugajska, A. (2019). *Engineering youth: the evantropian project in young adult dystopias*. Ignatianum University Press.
- Calvino, I. (1999). *Las ciudades invisibles*. (Trad. A. Bernárdez). El Mundo.
- Calvo González, J. (2018). *La destreza de Judith: estudios de cultura literaria de Derecho*. Comares.
- Camatta Moreira, N. y Francisco de Paula, R. (Eds.). (2020). *Direito e literatura distópica*. Tirant lo Blanch.
- Cerutti Guldberg, H. (1989). *Ensayos de utopía: I y II*. Universidad Autónoma del Estado de México.
- Cioranescu, A. (1972). *L'avenir du passé : utopie et littérature*. Gallimard.
- Claeys, G. (2017). *Dystopia, a natural history: a study of modern despotism, its antecedents and its literary diffractions*. Oxford University Press.
- Cuña de Silberstein, I. (1986). Epílogo: América Latina ¿utopía o realidad? En P.-F. Moreau. *La utopía: derecho natural y novela del Estado* (139-177). Hachette.

- Dalton, R. (2015). *Antología*. Visor.
- Dworkin, R. (2014). *Justicia para erizos*. (Trad. H. Pons). Fondo de Cultura Económica.
- Echeverría, J. y Almendros, L. S. (2020). *Tecnopersonas: cómo las tecnologías nos transforman*. Trea.
- Eliade, M. (1982). Paraíso y utopía: geografía mítica y escatología. En F. E. Manuel (comp.), *Utopías y pensamiento utópico* (pp. 312-333). (Trad. M. Mora). Espasa-Calpe.
- Fernández, G. (2005). *Utopía: contribución al estudio del concepto*. Ediciones Suárez.
- Floridi, L. (2024). *Ética de la inteligencia artificial*. Herder.
- Garzón Valdés, E. (2012). Algunas reflexiones sobre el problema de la desnutrición desde el punto de vista de la bioética. En M. Alemany (ed.), *La calamidad del hambre: ¿qué pasa con el derecho más básico?* (pp. 13-36). Palestra-Temis.
- Guzmán Rubio, F. (2025). *Sí hay tal lugar: viaje a las ruinas de las utopías latinoamericanas*. Taurus.
- Hall, J. (2010). *Un mundo distinto pero igual*. (Trad. E. García Estébanez). Akal.
- Han, B. C. (2020). *La desaparición de los rituales*. (Trad. A. Ciria). Herder.
- Heller, Á. (1980). *El hombre del Renacimiento*. (Trad. J. F. Ivars y A. P. Moya). Península.
- Hughes, J. (2004). *Citizen cyborg: why democratic societies must respond to the redesigned human of the future*. Westview Press.
- Huxley, A. (1999). *Un mundo feliz*. (Trad. R. Hernández). El Mundo.
- Hutchins, R. M. (2018). *La universidad de Utopía*. EUNSA.
- Jonas, H. (1995). *El principio de responsabilidad: ensayo de una ética para la civilización tecnológica*. (Trad. J. M. Fernández Retenaga). Herder.
- Kant, I. (1992). ¿Qué es la ilustración? En *Filosofía de la Historia*. (Trad. E. Ímaz). Fondo de Cultura Económica.
- Kleist, H. von (1974). *Michael Kohlhaas*. Círculo de amigos de la historia.
- Mannheim, K. (1966). *Ideología y utopía*. (Trad. E. Terron). Aguilar.
- Manuel, F. E. y Manuel, F. P. (1997). *Utopian Thought in the Western World*. Belknap Press.
- Martínez Mesa, F. J. (2024). La insoportable transparencia del ser: la distopía ¿futurista? de «Nosotros». En M. Urraco Solanilla y C. Arrieta Castillo (eds.), *La transparencia: escritos en torno al centenario de «Nosotros»* (pp. 11-32). Sílex.
- Martínez Mesa, F. J. (2025). Lo normativo como espacio de esperanza. Comentario a Lucas E. Misseri, Derecho, justicia y utopía. Una perspectiva iusfilosófica de la literatura utópica. *Eunomía: revista en cultura de la legalidad*, 28, 480-492.
- Martorell Campos, F. (2021). *Contra la distopía: la cara B de un género de masas*. La Caja Books.
- Misseri, L. E. (2009). Identidad y alteridad en el imaginario utópico americano. *Agora Philosophica: Revista Marplatense de Filosofía*, X(19-20), 130-143.
- Misseri, L. E. (2017). *Utopismo y convergencia*. Editorial Académica Española.
- Misseri, L. E. (2020). Zamiatin y la ética kantiana: libertad y felicidad en *Nosotros*. *Quaderns de Filosofia*, 7(2), 117-139.
- Molnar, T. (1970). *El utopismo: la herejía perenne*. (Trad. M. Najsztan). Eudeba.
- Nino, C. S. (1994). *Derecho, moral y política*. Ariel.
- Ost, F. (2017). Derecho y literatura: en la frontera entre los imaginarios jurídico y literario. En O. E. Torres (coord.), *Derecho & Literatura: el derecho en la literatura* (pp. 21-52). Libitum.
- Perelman, C. (2025). *Justicia y razón*. (Trad. S. Hssaine Pallares). Palestra.
- Popper, K. (1967). Utopía y violencia. En *El desarrollo del conocimiento científico. Conjeturas y refutaciones* (Trad. N. Míguez). Paidós.
- Pro, J. y Mariblanca, P. J. (Eds.). (2019). *Lugares de utopía: tiempos, espacios y estrías*. Madrid: Polifemo.
- Pro, J. (Dir.). (2022). *Diccionario de lugares utópicos*. Sílex.

- Ramírez Fierro, M. R. (2012). *Utopología desde nuestra América*. Desde Abajo.
- Séneca, L. A. (1985). *Cartas a Lucilio*, vol. I. (Trad. J. Bofill y Ferro). Orbis.
- Shirky, C. (2025). Hay una crisis de estudiantes haciendo trampa con la IA. Las universidades deben cambiar. *The New York Times* (27 de agosto). <https://www.nytimes.com/es/2025/08/27/espanol/opinion/chatgpt-ia-trampa-universidades.html> (consultado 2/9/25).
- Shklar, J. (2010). *Los rostros de la injusticia*. Trad. A. García Ruiz. Herder.
- Sloterdijk, P. (2006). *Normas para el parque humano: una respuesta a Carta sobre el humanismo de Heidegger*. (Trad. T. Rocha Barco). Ciruela.
- Surtz, E. L. (1949). Epicurus in Utopia. *English Literary History*, 16(2), 89-103.
- Trousson, R. (1995). *Historia de la literatura utópica*. (Trad. C. Manzano). Península.
- Varoufakis, Y. (2024). *Tecnofeudalismo: el sigiloso sucesor del capitalismo*. (Trad. M. Valdivieso). Deusto.
- Velázquez Delgado, J. (2021). Realismo político e imaginario utópico de Tomás Moro. En M. C. Camarillo Gómez, C. D. García Mancilla y J. Velázquez Delgado, coord., *Realismo político y utopía* (pp. 81-114). Torres Asociados.
- Weinberg, F. (1976). *Dos utopías argentinas de principios de siglo*. Buenos Aires, Solar/Hachette.
- Wells, H. G. (2000). *Una utopía moderna*. (Trad. J. A. Sánchez Rottner). Océano/Abraxas.
- Zamiatin, E. (2008). *Nosotros*. (Trad. S. Hernández-Ranera). Akal.

María José Villaverde Rico, Rousseau visto por sus contemporáneos: odio e idolatría

(2025) Guillermo Escolar
Madrid, 223 pp.

José López Hernández
Universidad de Murcia
ORCID ID 0000-0002-4861-7152
lopezh@um.es

Cita recomendada:

López Hernández, J. (2025). María José Villaverde Rico, Rousseau visto por sus contemporáneos: odio e idolatría. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 431-449.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9864>

Recibido / received: 30/06/2025
Aceptado / accepted: 25/09/2025

Resumen

En Rousseau visto por sus contemporáneos la profesora María José Villaverde investiga la vida y obra de Rousseau en sus relaciones con el movimiento ilustrado y con sus adversarios, los antiilustrados. Estas relaciones, plagadas de querellas personales y disputas ideológicas con los que primero fueron sus amigos, más tarde sus enemigos (Diderot, Voltaire, D'Holbach, Hume, etc.), sirven para ilustrar las diferencias de vida, que a su vez se traducían en divergencias aún mayores en sus concepciones del mundo y propuestas teóricas. Así vemos que Rousseau se alejó de sus colegas ilustrados por el culto excesivo a la razón, su aprecio por la riqueza, el poder y los artificios sociales, la incredulidad religiosa y el alejamiento de la naturaleza, defendiendo a cambio Rousseau el sentimiento, el amor a la naturaleza, el rechazo de los artificios y la hipocresía social, la búsqueda de la soledad, la intimidad, la transparencia y la compasión.

Palabras clave

Rousseau, Diderot, Voltaire, Ilustración, Contrailustración, Razón, Sentimiento.

Abstract

In Rousseau visto por sus contemporáneos, professor María José Villaverde delves into the life and works of Rousseau and his relationship with the movement of the Enlightenment, as well as with its adversaries, the Counter-Enlightenment. These relations, plagued with personal and ideological disputes with those that were, at first, his friends and later on, his enemies (Diderot, Voltaire, D'Holbach, Hume, etc.), help illustrate the life differences that, in turn,



translated into even larger divergences in their conceptions of the world and their theoretical propositions. Thus, we see that Rousseau distanced himself from his Enlightenment colleagues due to their excessive cult of reason, their appreciation of wealth, power and social artifice, their religious incredulity and their alienation from the natural world. In contrast, Rousseau argued for the value of sentiments, the love of nature and the rejection of social artifices and hypocrisy and the search for solitude, intimacy, transparency and compassion.

Keywords

Rousseau, Diderot, Voltaire, Enlightenment, Counter-Enlightenment, Reason, Sentiment.

SUMARIO. 1. Introducción: los objetivos del estudio. 2. Vida e ideas de Rousseau en relación con sus contemporáneos. 2.1. Diderot. 2.2. Voltaire, Hume, D'Holbach. 2.3. El complot universal y la irrupción del individuo. 3. ¿Es Rousseau un antiilustrado? La Contrailustración. 4. Conclusiones y debate. 4.1. Conclusiones del libro. 4.2. Apuntes críticos.

1. Introducción: los objetivos del estudio

María José Villaverde nos sorprende gratamente con un nuevo libro. Después de su última entrega sobre el pensamiento y vida política del gran autor francés teórico de la democracia, Tocqueville (Villaverde, 2022), ahora nos deleita con un nuevo estudio sobre Rousseau, ginebrino, que es también una de las cumbres de la literatura y el pensamiento en lengua francesa. Villaverde, catedrática de Ciencia Política de la Universidad Complutense, conoce a fondo el pensamiento de Rousseau y de los autores que forman el movimiento ilustrado, a los que ha dedicado gran parte de su actividad académica, dirigiendo durante años el Seminario de la Ilustración en la Fundación Ortega y publicando numerosos artículos y libros sobre esta temática, junto a algunos de los principales investigadores españoles y extranjeros especialistas en el siglo de las Luces.

Este libro tiene precisamente su origen en el primero que María José Villaverde escribió sobre el mismo autor hace tiempo (Rousseau y el pensamiento de las Luces, 1987). La editorial Tecnos le pidió recientemente que escribiera una introducción para ponerla al frente de la segunda edición de la obra y la realización de esta tarea se fue ampliando hasta dar como resultado este nuevo libro, que contiene una revisión a fondo y una actualización de la interpretación de la obra de Rousseau a la altura de nuestros días. Han pasado más de treinta y cinco años y en dicho período de tiempo han cambiado las circunstancias históricas de las sociedades modernas, pero también las interpretaciones sobre la Ilustración, sobre Rousseau y los autores estudiados en el libro, así como sobre el contexto histórico y filosófico de la Ilustración, cuyos ecos llegan hasta nuestro tiempo. Ello da una idea de cómo es la historia del pensamiento en el ámbito social y político: las ideas del pasado están presentes en los nuevos contextos con nuevas interpretaciones y puntos de vista renovados. Siguiendo la metodología actual y más fecunda de la historia de las ideas, que parte de la formulación lingüística y del contexto histórico en el que se han expresado los conceptos sociopolíticos, Villaverde profundiza en el estudio de Rousseau y sus relaciones con sus contemporáneos a la luz de las nuevas interpretaciones realizadas sobre él y sobre el movimiento ilustrado en las últimas décadas. El cambio en la visión e interpretación de los autores del pasado es una constante en la historia intelectual y esto es aún más acusado y adquiere mayor importancia en los grandes clásicos del pensamiento, confirmándose así la tesis, aceptada implícitamente por la mayoría y formulada explícitamente por muchos, de que la filosofía es simplemente la

«conversación de la humanidad (Rorty, 1983, pp. 351-355)», el diálogo permanente entre pensadores del pasado y del presente a lo largo de la historia.

El libro de Villaverde tiene varios puntos de interés que quiero destacar. En primer lugar, aunque parezca formal y un asunto menor, es un libro ameno de leer, con una narración interesante, casi novelesca, que resulta muy útil para exponer todos los pormenores de aquellas intrincadas relaciones entre escritores, científicos, filósofos, aristócratas, alta burguesía, gente de mundo, *salonnières*, etc. La autora combina muy bien el aspecto biográfico, plagado de chismes, cotilleos y desahogos emocionales, con la exposición de las ideas y polémicas ideológicas entre sus personajes en los diversos ámbitos: moral, religioso, metafísico, político, estético, etc. En segundo lugar, presenta una investigación profunda, extensa y detallada de las múltiples relaciones de Rousseau con sus contemporáneos, dividida en cuatro bloques, dedicados a Diderot, Voltaire, Hume y D'Holbach, terminando con el supuesto complot universal urdido por sus enemigos contra él. En cada uno de esos bloques se integran también los enciclopedistas y la élite de la sociedad francesa y europea. En tercer lugar, hay un estudio del movimiento antiilustrado, la Contrailustración o los antiphilosophes en sus distintas variedades, religiosas, políticas y literarias.

El objeto de esta investigación tan laboriosa es responder a la pregunta que María José Villaverde se viene haciendo desde su primer libro y que se hacen muchos rousseauistas y estudiosos de la Ilustración: si Rousseau era un ilustrado o un enemigo de la Ilustración. En 1987 Villaverde, de acuerdo con otros historiadores, como J. Deprun, «catalogaba a Rousseau como un antifilósofo (Villaverde 2025, p. 12)». Ahora, en este nuevo libro, se pregunta si Rousseau era un ilustrado que terminó pasándose al bando de la antiilustración. Y al terminar el estudio, su respuesta anterior queda matizada de la siguiente forma: «Si no se puede entender a Rousseau sin enmarcarlo en el mundo de los enciclopedistas, tampoco se le puede entender sin relacionarle y sin trazar las similitudes con los antiphilosophes (p. 199)». A mi juicio, la investigación que Villaverde realiza en este libro es tan minuciosa y completa, que nos permite dar una respuesta más compleja y actualizada, en diálogo con otras concepciones filosóficas críticas sobre la Ilustración y la modernidad occidental. El tema, pues, que nos plantea este libro es: ¿en qué medida Rousseau es un ilustrado y en qué medida no lo es, criticando o rechazando las ideas ilustradas? Y simultáneamente, dada la relación de similitud entre ilustración y modernidad: ¿en qué aspectos las ideas de Rousseau se adecuan a la modernidad y en qué otros aspectos su pensamiento plantea un retroceso al pasado histórico premoderno? Expondremos los hallazgos principales de la investigación de Villaverde y nos aprovecharemos de su excelente trabajo para extraer algunas conclusiones sobre ciertos aspectos de la modernidad o contemporaneidad de Rousseau, un tema que nos interesa especialmente.

2. Vida e ideas de Rousseau en relación con sus contemporáneos

Como historiadora de las ideas, M.J. Villaverde se propone «esclarecer y aportar luz» sobre la figura y las ideas de Rousseau. Es decir, esclarecer su vida y su pensamiento, elementos ambos que están estrechamente conectados en la modernidad, más que en épocas anteriores, y, al mismo tiempo, «insertarle en su época y mostrar cómo le veían sus contemporáneos» (Villaverde, 2025, p. 9). En dos palabras, conocer a Rousseau en su subjetividad y en su historicidad, dos de los caracteres esenciales de la era moderna. A) Subjetividad: Antes de la modernidad, el pensamiento y el conocimiento partían de los objetos y se alimentaban de ellos. Sin embargo, en la modernidad se parte de la subjetividad: es el sujeto el que rige los objetos. En Descartes el «yo pienso» es el punto de partida del conocimiento, y en Kant las

estructuras a priori del sujeto en sus facultades, sensibilidad, entendimiento y razón, son las que dan forma al conocimiento de los objetos, produciendo, respectivamente, fenómenos, conceptos e ideas. B) Historicidad: Este rasgo se acentúa en la segunda modernidad, en la edad contemporánea. Toda la realidad, y el centro en torno al cual giran la realidad y el conocimiento, o sea, el sujeto, está constituido esencialmente como tiempo. El ser humano es temporalidad y el ser del mundo que este desvela y constituye es un devenir incesante. La realidad y su conocimiento (ser y ser percibido) están afectados en su esencia por el transcurso ininterrumpido del tiempo. Por eso, la vida y las ideas de Rousseau, como las de sus contemporáneos, están conectadas y se retroalimentan, mientras que la vida y las ideas de los autores premodernos no tenían esa conexión esencial, porque la subjetividad y el contexto histórico no determinaban el pensamiento de un autor tan intensamente como ahora. Al mismo tiempo, la interpretación que hoy hacemos cada uno de nosotros sobre Rousseau y los ilustrados viene también determinada por la subjetividad de cada intérprete y el tiempo histórico en el que pensamos.

Las interpretaciones acerca del pensamiento de Rousseau han sido más variadas y contradictorias que las de casi ningún otro autor en la historia. Desde el siglo XVIII hasta hoy se le han atribuido al escritor ginebrino las posiciones ideológicas más diversas. En los años 70 del siglo pasado -afirma Villaverde- ya se le aplicaban calificativos opuestos, como «anarquista, premarxista, liberal, individualista, colectivista o totalitario (p. 9)». Como miembro de la Ilustración fue considerado por algunos como un racionalista, pero, al mismo tiempo, se le ha visto siempre como un precursor del romanticismo por su énfasis en la sensibilidad y los sentimientos del individuo. En política se le considera padre de la democracia por su idea de la soberanía popular, mientras que otros le contemplan como un precedente del totalitarismo por su idea de la alienación total del individuo en el Estado, negando la posibilidad de la representación política y la división de poderes. La historia de la recepción de sus escritos pone de manifiesto la inmensa variedad de sus seguidores y las influencias que ha ejercido, a veces en sentido contrario¹. La variedad de interpretaciones la provocó ya el propio Rousseau desde su aparición en la escena pública literaria con su primer Discurso, en el que atacaba el corazón de las ideas defendidas por sus amigos ilustrados: la ciencia, las artes y el progreso de las sociedades modernas las puso en cuestión Rousseau, causando gran perplejidad entre sus contemporáneos y granjeándose las primeras enemistades. Desde entonces se le calificó como el autor de las paradojas (Trousson 1977, p. 9 ss.). Consciente de ello, el mismo Jean-Jacques pedía paciencia a sus lectores cuando observaran aparentes contradicciones en sus escritos, ya que, según él, los temas de los que trataba, el hombre, la moral, la sociedad y la política, se prestaban a muchos malentendidos (Rousseau 1966, p. 68, *Contrat social*, II, 4).

2.1. Diderot

Estas paradojas, junto a ciertos rasgos extremos de su personalidad, están en el fondo del debate planteado por M.J. Villaverde, tal como lo enuncia el título del capítulo 2º de su libro: «La biografía sí importa. Rousseau contra la República de las Letras: trifulca personal y lucha ideológica» (Villaverde, 2025, p. 31). La autora desgana con gran precisión los detalles de las relaciones personales de Rousseau con los principales escritores ilustrados, añadiendo al mismo tiempo sus diferencias ideológicas con cada uno de ellos. El primero y más importante de sus amigos fue Diderot, de su misma edad, a quien conoció en 1742 en el café de la Régence y que

¹ Sobre la gran diversidad de sus interpretaciones e influencias, véanse los trabajos de R. Trousson citados en el libro y también su *Fortune littéraire* de J.-J. Rousseau. Sobre la amplísima y variada influencia de Rousseau en Francia desde 1950, véase T. L'Aminot 2013.

le introdujo en el círculo de los ilustrados: Condillac, Grimm, Raynal, D'Alembert, D'Holbach. La casualidad hizo que Diderot fuese también, aunque involuntariamente, el impulsor de la carrera literaria de Rousseau, ya que este concibió la obra que le lanzó a la fama, el Discurso de las ciencias y las artes, en la famosa «iluminación de Vincennes», cuando Rousseau iba a visitar a su amigo en la prisión y leyó la propuesta del concurso de Dijon, que acabaría ganando: «Si el restablecimiento de las ciencias y las artes ha contribuido a depurar las costumbres». Rousseau abrazó emocionado a Diderot, movido por las reflexiones y el impacto que le había provocado la pregunta. Después sabemos que las ideas expresadas en el libro, publicado en 1751, chocaban frontalmente con las de Diderot y los enciclopedistas: su ataque a las ciencias y las artes como una de las causas de la degradación de las costumbres, así como el rechazo de la idea de progreso científico y económico defendido por los *philosophes*. El libro fue refutado por muchos escritores, pero además ese mismo año 1751 Diderot iniciaba la publicación de la Enciclopedia, que representaba el proyecto contrario a lo que Rousseau había defendido en su primer ensayo. Aun así, Diderot le pidió y obtuvo algunas colaboraciones de Rousseau para la gran obra. Pero el enfrentamiento ideológico se planteaba ya en estos términos: Rousseau contra la razón y el progreso, que eran el santo y seña de los enciclopedistas.

La primera disputa personal surgió al año siguiente. En 1752, al cumplir los cuarenta años, Rousseau renuncia al mundo y a la gloria literaria, abandona París y hace votos de pobreza, libertad y verdad. Vive como copista de partituras de música y se plantea ser independiente del poder político, económico y religioso. Rechazó ser miembro de la Academia Francesa y otros cargos, así como la pensión que le había ofrecido el rey Luis XV. Esto último ocasionó su primera disputa con Diderot. Y todo junto molestó a los círculos literarios e ilustrados, que entendían la nueva actitud de Rousseau como un menosprecio a lo que ellos hacían. En efecto, estos personajes, con Voltaire y Grimm a la cabeza, buscaban los favores de la aristocracia, de los ricos y las autoridades políticas, para obtener una posición social y apoyo a su actividad literaria y filosófica. De aquí derivaría su segundo enfrentamiento ideológico con los ilustrados: la lucha contra los ricos y los poderosos. Rousseau rechazaba la riqueza, el poder e incluso la fama proporcionada por la opinión pública, adoptando un estilo de vida pobre y libre, dedicado a conocer y difundir la verdad. Eso suponía un ataque al carácter de clase del movimiento ilustrado, que actuaba en conformidad con los intereses de la burguesía emergente y de la aristocracia ilustrada, mientras Rousseau se ponía en la posición del plebeyo, al lado del pueblo. Este segundo disenso es el más importante, porque afecta tanto a las disputas de ideas como a las enemistadas y odios personales. De ahí, la importancia de este recorrido biográfico que realiza la autora a lo largo de todo el libro con los diversos personajes del movimiento ilustrado y Rousseau.

En 1754 Rousseau abre un nuevo frente contra los *philosophes*, que no afecta solo a Diderot, sino también a todo el círculo de D'Holbach, Grimm, Helvétius y otros. Es el frente de la religión y el ateísmo, que además es una disputa ideológica con más carga emocional y personal que las restantes, debido a la estrecha conexión entre sentimientos y creencias religiosas. Villaverde lo describe así:

La escena se produjo en casa de Mademoiselle Quinault, durante la cena. Algunos *philosophes* charlaban sobre religión y ateísmo y es probable que profririesen insultos contra la divinidad. Rousseau no pudo contenerse, se levantó y exclamó: «Yo creo en Dios (...) [Y] si decís una sola palabra más me marchó». En ese momento, tomó la decisión de edificar su propia filosofía. Su «cruzada contra el ateísmo» había comenzado (Villaverde, 2025, p. 41).

A pesar de su fuerza emocional, este enfrentamiento de Rousseau con los ilustrados no fue el más importante en el campo de las ideas. Pues en temas religiosos Rousseau solo se oponía al ateísmo y a su base materialista, defendiendo en cambio una religión natural, una variedad del deísmo, con elementos tomados también del cristianismo, de la misma forma que lo estaban haciendo muchos otros pensadores de la Ilustración en su versión moderada, como era el caso de Kant.

Finalmente, la ruptura personal con Diderot, que sería también el principio de la ruptura con su círculo de amigos ilustrados, se inició en 1756, cuando Rousseau decide quedarse a pasar el invierno en Montmorency (*L'Ermitage*) con su mujer y su suegra, contra la opinión y las fuertes críticas de Mme. D'Épinay, Grimm y Diderot. Desafiando los gustos y el modo de vida de los *philosophes* Rousseau prefiere la vida en el campo, centrado en sus lecturas morales y políticas y, sobre todo, cultivando sus fantasías amorosas, comenzado a escribir entonces la *Nueva Eloísa*. Aquí vemos cómo el radical enfrentamiento entre Rousseau y los ilustrados procede de la biografía, de su propio carácter y personalidad, que impregna toda la obra y el pensamiento del ginebrino. De los asuntos personales se pasó con fogosidad al enfrentamiento radical en el plano de las ideas. Diderot lanzó una indirecta que Rousseau no dudó en apropiársela, cuando en su obra de teatro *Le fils naturel* aquel afirmaba que el que tiene talentos raros «debe rendir cuentas a la sociedad», que si no lo hace comete un delito y que «el hombre de bien se halla dentro de la sociedad, y que solo el malvado está solo» (Villaverde, 2025, p. 44). Estas palabras, relacionando su gusto por la soledad con la maldad y el delito, sentaron muy mal a Jean-Jacques. Y este fue el cuarto motivo, quizás el más importante, de enfrentamiento entre Rousseau y los ilustrados: el amor a la naturaleza, el rechazo de la sociedad y su inquina contra los artificios, las apariencias y las relaciones sociales que desnaturalizan al hombre, desarrollando el amor propio y las pasiones negativas antihumanas. En este punto se diferencia Rousseau radicalmente de los ilustrados, en el amor a la naturaleza, que se añade a los puntos señalados anteriormente: su exaltación del sentimiento y su rechazo a la razón instrumental, puesta al servicio del poder y la riqueza.

Como nos hace ver Villaverde en su estudio, la biografía tuvo un papel central en el debate Rousseau-Ilustración. Y esta deriva se desarrolla a lo largo de toda la vida de Jean-Jacques, en contacto estrecho y permanente con sus pares y amigos ilustrados. La ruptura definitiva con Diderot, que marcó el punto de no retorno con él y el resto del movimiento ilustrado, se produjo en 1758 con la publicación de la *Lettre à d'Alembert*, que fue la respuesta de Rousseau al enciclopedista por su artículo *Genève*, aparecido en el tomo VII de la *Enciclopedia*. En el Prefacio de su escrito Rousseau lamenta que, al «vivir solo», no puede mostrar su ensayo a nadie, y es ahí donde ataca al que fuera su mejor amigo y consejero, Diderot, por haber revelado un secreto que Rousseau personalmente le había confiado: su amor por Mme d'Houdetot. Y con una cita del *Eclesiastés* deja sentenciado que por ese acto de traición a su corazón un amigo deja de serlo para siempre (Villaverde, 2025, pp. 61-62; Rousseau, 1967, pp. 49-50). Por otro lado, en el plano de las ideas, la *Lettre* representaba una nueva andanada contra las artes y las letras, en este caso el teatro, al cual se oponía furibundamente Rousseau, en un nuevo ataque de censura contra la literatura y el arte, en defensa de la moral tradicional y las costumbres antiguas, volviendo al concepto de virtud espartana que ya había defendido en otras ocasiones; ahora, a propósito de su ciudad, Ginebra. De nuevo Rousseau aparece como un enemigo de los ideales ilustrados: las ciencias, las artes, la cultura y el progreso.

Diderot se sintió más dolido con este último ataque personal, porque por entonces él pasaba por su peor momento, ya que en 1757 la Enciclopedia había entrado en crisis por las fuertes críticas de los *antiphilosophes*, llegando a ser

prohibida y condenada en 1759 por el Parlamento de París y por Roma, retirándose d'Alembert del proyecto y quedándose él solo al frente. Los ataques afectaron también a otras obras antirreligiosas, como *De l'esprit* de Helvétius. Por eso, los enciclopedistas salieron en defensa de Diderot, atacando a Rousseau, que comenzó a ser visto entonces como un enemigo más de la Ilustración. Grimm, Mme d'Épinay, Saint Lambert, d'Alembert, Voltaire y todos los amigos de Diderot lanzaron críticas e insultos a Rousseau, coincidiendo en que su actitud era inexplicable y que sin duda se había vuelto loco. Diderot escribió unas anotaciones sobre Rousseau en las que le acusaba de todo: infame, falso, vano, Satanás, ingrato, cruel, hipócrita, malvado, doble apóstata, renegado, monstruo. Ese escrito, con el título *Sept scélératesses de Jean-Jacques Rousseau*, fue un desahogo contra la ingratitud del amigo a quien había ayudado y querido, pero Diderot lo guardó y nunca fue publicado (Villaverde, 2025, p. 62). Después de esta ruptura, hubo dos intentos de reconciliación, uno por parte de Rousseau y otro por parte de Diderot, cuando ambos eran perseguidos por sus publicaciones, pero ya no fue posible volver a rehacer la antigua amistad (Villaverde, 2025, pp. 60 y 66). Diderot siguió en su línea de pensamiento ilustrado radical, terminando la publicación de la Enciclopedia, mientras Rousseau se quedaba cada vez más solo, sintiéndose perseguido por todos los sectores de la sociedad.

En medio de esta tormenta, Rousseau había abandonado l'Ermitage en 1757, quedándose en Montmorency, primero en Montlouis y más tarde en el castillo del Duque de Luxembourg. En estos años, en su retiro campestre, escribió sus grandes obras: la *Nueva Eloísa*, *Emilio* y el *Contrato social* (1761-1762). Este solo hecho demuestra que la biografía y las ideas son inseparables, especialmente en personajes como Jean-Jacques. Los notables defectos de carácter que tenía, destacados por sus mejores amigos, como el ser una persona quisquillosa, ególatra, narcisista, paranoica, con rasgos de mezquindad, exhibicionismo, pequeñas miserias de juventud narradas en sus Confesiones, como el robo y la mentira para culpar a otros, sus relaciones con Mme de Warens y, sobre todo, su gran pecado, que fue el abandono de los hijos, son las manifestaciones externas y negativas de su personalidad. Pero los rasgos profundos que marcaron su vida y su obra fueron principalmente dos: a) la sensibilidad extrema, expresada a través de una imaginación desbordante, y b) la tendencia a la soledad para disfrutar de su propio yo en medio de la naturaleza y sin una compañía humana transparente (Starobinski, 1971), que para él resultaba imposible. La manifestación literaria y filosófica de estos dos grandes rasgos fueron las obras mencionadas, que tratan del individuo en sus relaciones amorosas, de la vida moral, la educación en la naturaleza y la vida en sociedad, culminada por un modelo de Estado que era democrático en su fundamento, pero autoritario en su desarrollo y en el ejercicio del poder. A raíz de la publicación de estas obras se desató una persecución de las autoridades políticas y religiosas contra él que, unida a sus disputas personales e ideológicas con sus compañeros ilustrados y a las críticas de los antiilustrados, determinaron el resto de la vida y de la obra de Jean-Jacques. Para ello hay que ver las relaciones con los otros ilustrados y con los *antiphilosophes*.

2.2. Voltaire, Hume, D'Holbach

Villaverde detalla las múltiples relaciones de Rousseau con su entorno ilustrado y también con la corriente antiilustración que se formó a mediados del siglo para luchar contra las ideas de los enciclopedistas. El principal enemigo de Rousseau fue el gran Patriarca de las Letras francesas, Voltaire, que vivió exiliado gran parte de su vida, pero mantenía excelentes relaciones con algunos monarcas y aristócratas de toda Europa y que, a su vuelta del exilio, con 84 años, recibió un homenaje de toda la sociedad parisina, estrenando su obra *Irène* con la presencia de la reina y la alta sociedad, presidiendo una sesión de la *Académie*, recibiendo a personalidades de Europa y de Norteamérica, siendo proclamado el Homero de Francia, representando

el momento cumbre del triunfo de la Ilustración (Villaverde, 2025, p. 139). Ese mismo año de 1778, el 30 de mayo, falleció Voltaire y, poco después, el 2 de julio, moriría Rousseau en Ermenonville, donde le había acogido en su casa M. de Girardin. Voltaire representaba el triunfo del movimiento ilustrado, que al fin era reconocido por las esferas del poder político, la alta sociedad y la intelectualidad francesa, mientras Rousseau, repudiado por sus antiguos amigos ilustrados y por la mayor parte de la alta sociedad y las autoridades políticas y religiosas, solamente era apreciado por un pequeño sector del mundo filosófico-literario y algunos nobles, así como por sus lectores, que en gran medida eran mujeres. Además, en vida, Rousseau y Voltaire fueron los enemigos más encarnizados, a pesar de la admiración que sentían mutuamente, sobre todo Rousseau, por su obra literaria. Pero estos enemigos terminaron siendo homenajeados *post mortem*, tras la revolución, compartiendo un mismo espacio de honor en el gran templo laico del Panteón parisino.

Según Villaverde, Voltaire y Rousseau estaban en el mismo bando ideológico: ambos luchaban por la libertad y contra el fanatismo. Pero sus objetivos eran distintos: Voltaire centraba su lucha en desmontar las supersticiones y el fanatismo religioso, representados para él en el clero y las instituciones de la Iglesia católica. Rousseau buscaba por encima de todo la verdad («*Vitam impendere vero*») y detestaba la hipocresía, la falsedad y la mentira. En el aspecto personal, Voltaire amaba el éxito, la fortuna, el poder, y le gustaban las relaciones sociales y las apariencias, frente al trato íntimo y la autenticidad. Por el contrario, Rousseau buscaba la pureza, la transparencia de los corazones, la comunicación afectiva, la amistad, el amor, la sencillez; de origen plebeyo, tenía gustos sencillos, se sentía inferior socialmente, pero muy dotado intelectualmente; no le gustaban las relaciones sociales y prefería la intimidad. Por consiguiente, el enfrentamiento entre las dos grandes figuras de la Ilustración estaba servido, primero por su carácter y después, por sus ideas. A ello se sumó que el genio de Rousseau para la escritura era muy superior al de Voltaire, por su elocuencia y su capacidad para crear emociones y fantasías que seducían a los lectores. Esto no podía sino provocar más la envidia y los celos de Voltaire, que no perdió ocasión de atacarle desde su primer escrito y terminó ensañándose con él siempre que tenía ocasión. Son conocidos los sarcasmos de Voltaire comparando a Rousseau con los animales y vertiendo todo tipo de insultos personales por sus escritos sobre la desigualdad, su amor a la naturaleza y su añoranza por el estado primitivo de la humanidad. Al recibir el *Discurso sobre el origen de la desigualdad* que Rousseau le había enviado, Voltaire le respondió: «He recibido, señor, su nuevo libro contra el género humano (...) Dan ganas de ponernos a andar a cuatro patas» (Villaverde, 2025, p. 84). La publicación de la *Lettre à d'Alembert* la tomó como un ataque personal contra él, que tenía su residencia entonces en Ginebra. Y cuando la persecución contra los enciclopedistas alcanzó su punto álgido con la prohibición de la Enciclopedia y la difusión de críticas y sátiras como la representación de la obra de Palissot *Les philosophes*, Voltaire proclamó ya a Rousseau como el enemigo de las Luces, lo cual fue sin duda un factor decisivo para que el ginebrino fuese calificado como tal por sus contemporáneos y por una parte de la posteridad. El enfrentamiento siguió con otros escritos de acusaciones mutuas, como el *Sentiment des citoyens* (1764), donde Voltaire, en respuesta a las *Lettres de la montagne*, desvelaba que Rousseau había abandonado a sus hijos al nacer, mandándolos al hospicio (pp. 92-93). Los insultos alcanzaron el paroxismo cuando estalló el affaire de Rousseau con Hume en Inglaterra. Voltaire publicó, negando su autoría, la *Lettre au Docteur Pansophe* (1766), en la que realizaba una «sátira feroz contra las ideas de Rousseau sobre sociedad, religión, educación, ciencia, progreso, etcétera» (Villaverde, 2025, año, p. 107). Le siguieron otros escritos en forma versificada, en los que Voltaire arrojaba todo un arsenal de insultos y calificativos injuriosos, que causaron estupor y rechazo incluso entre sus propios partidarios. M.J. Villaverde documenta abundantemente estos escritos de Voltaire, la mayoría anónimos, y cita algunos de

sus versos plagados de odio, como los que aparecen en el poema *La guerre civile de Genève*, donde ataca a Rousseau y a su mujer Thérèse como una pareja satánica. La Harpe, admirador de Voltaire, que asistió a la lectura de este poema, cuenta que los oyentes «consternados guardaron un silencio incómodo, porque sus insultos les parecieron intolerables» y «reconocía que el «Patriarca» se había excedido difamando a Rousseau y había vomitado las injurias más groseras y más brutales», deshonrando así su pluma, comenta la autora (Villaverde, 2025, p. 110).

Todo este repaso a la literatura panfletaria de la época viene a mostrar que las polémicas personales expresaban diferentes formas de ser y estilos de vida de los ilustrados y se mezclaban con los debates filosóficos e ideológicos, en los temas que hemos visto más arriba, especialmente en las cuestiones morales, religiosas y políticas de la sociedad. El antagonismo entre Voltaire y Rousseau ilustra muy bien estas dos diferencias: 1) Rousseau era un desclasado, de origen plebeyo, casado con una mujer humilde, y prefería el trato con los campesinos y la gente del pueblo antes que con la nobleza. 2) Pero, al mismo tiempo, sus concepciones sobre el hombre, la naturaleza y la sociedad eran radicalmente antagónicas con las de los *philosophes*, cuya figura más prominente era precisamente Voltaire, cuya vida y gustos estaban al lado de los ricos y poderosos, que amaba el lujo, la riqueza, la fama y la compañía de los grandes de la sociedad. Lo curioso es que ni siquiera llegaron a conocerse personalmente, lo cual contribuyó a aumentar aún más el odio entre ellos (Villaverde, 2025, pp. 78-79). En el plano de las ideas solamente tuvieron una disputa importante, cuando a raíz del terremoto de Lisboa (1755) Voltaire publicó un poema sobre el desastre, mostrándose escéptico sobre la existencia de la providencia divina, y Rousseau le contestó con una Carta (*Lettre à Voltaire*, 1756) en la que defendía apasionadamente la providencia de Dios, de acuerdo con su idea de que todo lo que sale de sus manos, o sea, la naturaleza, es bueno y que el hombre en sociedad es la causa de todos los males. Jonathan Israel, en su análisis de esta famosa disputa, concluye que las posiciones de ambos no estaban tan alejadas y que ambos creían en la Providencia, aunque la ironía volteriana pudo ser la causa de las suspicacias de Rousseau y de su gran indignación contra el Patriarca (Israel, 2013, pp. 21-30). Lo cierto es que, a partir de esta disputa, la enemistad entre Rousseau y Voltaire se hizo definitiva. Y si la relacionamos con la lucha que Rousseau llevaba entonces contra los defensores del ateísmo (D'Holbach, Helvétius, etc.) y su ruptura con Diderot que hemos visto más arriba, tenemos ya los elementos principales para entender el enfrentamiento profundo de Rousseau con el movimiento ilustrado².

A partir de 1762, cuando Rousseau ha publicado sus grandes obras y está en la cumbre de la fama literaria, la condena del Parlamento de París sobre el *Emilio* y el *Contrato social* le obligan a huir de Francia y comenzar una vida errante por diversas ciudades y pueblos: Neuchâtel, Môtiers, la Isla de Saint-Pierre, siendo atacado y expulsado, hasta que Mme de Boufflers le pide a Hume que lo acoja en Inglaterra. En enero de 1766 parten ambos para Londres, donde Hume le aloja en el campo y pide para él una pensión al rey Jorge III, que, para disgusto de su amigo, Rousseau se negó a aceptar. Rousseau se mostraba egocéntrico y caprichoso, haciéndose la víctima por las persecuciones reales o imaginarias que sufría. Todo saltó por los aires cuando Walpole escribió y difundió una falsa carta satírica de Federico de Prusia a Rousseau que, al publicarse en inglés, Walpole atribuyó a D'Alembert. Pero Rousseau pensó que el origen de la carta estaba en Hume, amigo de d'Alembert y de d'Holbach, a cuyo salón acudía en París, compartiendo amistad con los enemigos de Rousseau.

² J. Israel termina su análisis de la disputa con Voltaire sobre la Providencia con estas palabras: «A mi parecer se puede decir más bien que Rousseau fue después de su querrela con Diderot y de la ruptura completa de las relaciones entre ambos, en 1757, el enemigo más grande de la Ilustración» (Israel, 2013, p. 30).

Rousseau acusó a Hume de traidor y, tras un intercambio de cartas, rompió relaciones con él. El tono lastimero y victimista de Jean-Jacques desconcertaba a Hume, incapaz de entender la tormenta sentimental que Rousseau atravesaba, así que en julio de 1766 le escribió una carta rompiendo con él. Todo este proceso fue explicado por Hume en su escrito *Exposée succincte de la contestation qui s'est élevée entre M. Hume et M. J.-J. Rousseau*, publicada en octubre en francés y luego en inglés. En el debate y las explicaciones participaron los amigos de Hume y de Rousseau, tratando de aclarar lo que había de verdad y de invención en los diversos escritos de reproches mutuos (Villaverde, 2025, pp. 119 ss.). Pero en este asunto no hubo discusión de ideas, sino una manifestación más del enfrentamiento entre Rousseau y sus antiguos compañeros del círculo de los enciclopedistas y la Ilustración francesa, en el que no participaron ilustrados de otros países, como Gran Bretaña y Alemania, que fueron solo espectadores externos y asombrados por tales disputas. Recordemos el ejemplo de Kant y el aprecio que manifestó siempre por Rousseau, valorándolo como el «Newton del mundo moral» por sus ideas sobre la libertad y la autonomía moral (López Hernández, 2020, p. 196-197).

Villaverde termina este detallado estudio de las relaciones de Rousseau con los ilustrados recordando la situación con d'Holbach. Rousseau lo apreciaba, a pesar de su ateísmo, e incluso lo retrata como un nombre honesto en la figura de Wolmar, el esposo de Julie (la *Nouvelle Héloïse*). Pero este, en las frecuentes reuniones que celebraba en su casa, a las que asistía Rousseau, insinuaba con frecuencia que su mujer, Thérèse Levasseur, por su incultura y su condición social, no era la persona adecuada para compartir su vida y que debía romper sus relaciones con ella. A esta mezcla extraña de temas personales e ideas filosóficas del barón, que compartían otros miembros del círculo, se le puso el nombre de *philosophie antithérésienne* y da una idea de cómo Jean-Jacques se sentía acosado y fuera de lugar en los salones de la aristocracia (pp. 122-123). Por supuesto, él nunca rompió con Thérèse, a pesar de las críticas, ya que sus lazos afectivos estaban por encima de todos los razonamientos y cotilleos de sus pares intelectuales. Rousseau prefirió seguir con ella durante treinta y tres años y abandonar los salones, la ciudad y los círculos elitistas de la Ilustración, lo cual le valió todavía más rechazo de los ilustrados por su carácter huraño. De este alejamiento salieron las mejores obras de su literatura, las tres obras maestras en sus retiros campestres de Montmorency y luego, en la última etapa de su vida, solitaria y errante, sus escritos autobiográficos.

2.3. El complot universal y la irrupción del individuo

Tras su ruptura con Hume, Rousseau vuelve de Inglaterra y se instala en casa del príncipe de Conti y después en otras ciudades, se casa con Thérèse en 1768 y regresa a París en 1770, a la rue Plâtrière, donde comienza a dar lecturas privadas de sus *Confesiones*. En 1772 comienza la redacción de los *Dialogues*, mientras trabaja en otros encargos, como las *Consideraciones sobre el gobierno de Polonia*, y se representa su obra *Pygmalion* en la *Comédie Française*. En 1776 comienza a escribir las *Rêveries du promeneur solitaire*, que termina en 1778. El 20 de mayo de ese año se retira a Ermenomville, a casa de M. de Girardin, donde fallece el 2 de julio, acompañado por su esposa, siendo enterrado en l'île des Peupliers, convirtiéndose su tumba en un lugar de peregrinaje.

M.J. Villaverde narra cómo en estos últimos años Rousseau se considera víctima de un complot universal, sospechando que sus enemigos, que ya han acabado con él, pretenden manchar también su memoria en la posteridad, falsificando su obra y su vida. En esta situación de enajenación mental busca desesperadamente el auxilio de la Providencia, pero cuando trata de depositar una copia de sus *Diálogos* en el altar mayor de Notre Dame, con la esperanza de que algún día pudieran llegar

a manos del rey, y encuentra la verja cerrada, piensa que el complot que sufre en la tierra se ha extendido también a las fuerzas del cielo; se siente abandonado hasta por la divina Providencia. Así lo relata en el apéndice de esta obra *Dialogues. Rousseau juge de Jean-Jacques*. Desesperado, trata de entregar en la calle un escrito titulado «A todos los franceses que aún aman la justicia y la verdad», pero los viandantes que se encuentra lo rechazan. Piensa que el género humano se ha vuelto contra él y así lo expresa en las *Rêveries*. En estas obras autobiográficas y en sus cartas Rousseau repasa los pasos del complot que han jalonado toda su vida hasta llegar a esta situación. El complot lo inició la *secte philosophique* en 1757, lo continuó el Parlamento de París y la Iglesia Católica en 1762, después el Consejo de su patria, Ginebra, los protestantes de Môtiers cuando fue apedreada su casa, el municipio de Berna y, finalmente, Inglaterra (Villaverde, 2025, pp. 126-127). En cartas privadas él se defendía diciendo que había sido un hombre bueno y virtuoso, sin envidia, sin maldad ni deseos de venganza. En la *Lettre à M. de St.-Germain* (febrero de 1770) dice: «Me gusta vivir retirado, me gusta la sencillez, no me gusta tener a mi alrededor sirvientes y, aunque tuviera cien mil libras de renta, no querría ir mejor vestido, ni tener un alojamiento mejor, ni estar mejor alimentado» (Villaverde, 2025, p. 127). Eso sí, reconoce que su gran, pero única falta, gravísima e imperdonable, de la que se había arrepentido y expiado suficientemente, había sido el abandono de sus hijos (*ibid.*).

En esta última fase de la vida y obra de Rousseau, alejado ya de su contacto con los ilustrados, con sus relaciones reducidas a un pequeño círculo de amigos y admiradores fieles, entre los cuales se cuentan algunos nobles, como Conti o el Duque de Luxemburgo, y escritores románticos como Bernardin de St.-Pierre, hay que destacar el avance o la novedad que supone, en la historia de las ideas, la plena irrupción del individuo en el pensamiento moral y político moderno. Hasta entonces en las teorías del hombre y de la sociedad el objeto de conocimiento era el hombre abstracto, la naturaleza humana en su esencia intemporal e inmutable desde los orígenes de la humanidad. Este era el objeto de estudio en las teorías políticas modernas. Rousseau contribuyó a ello con su obra el *Contrato social*, pero pronto vio la inutilidad de esta teoría para la práctica en la vida real del ser humano. De hecho, en el *Emilio*, al final de la obra, cuando el protagonista busca un lugar para instalarse y vivir con su familia el resto de su vida, recibe el consejo de su tutor para que estudie los diversos sistemas políticos que hay en diversos países y elija aquel que sea menos malo, porque si busca vivir bajo un Estado legítimo e ideal (democrático), no lo va a encontrar en la realidad. Debe renunciar a vivir en una «patria», porque esta no existe, y contentarse con vivir en un «país», una sociedad que, aunque imperfecta e injusta, sea la menos mala de las sociedades posibles (Rousseau, 1969, p. 858, *Émile*, V). Sus escritos autobiográficos, especialmente las *Rêveries du promeneur solitaire*, y el propio *Émile*, son una prueba de esta concentración del pensamiento de Rousseau en la idea del individuo como único sujeto real y efectivo de la vida humana, aunque esta deba desarrollarse, por designio natural o divino, en un medio social. La subjetividad y la individualidad como elementos centrales de la modernidad, desde el *cogito* cartesiano hasta el *Dasein* heideggeriano, o el más cercano «hombre de carne y hueso» de nuestro Unamuno, han ido ocupando progresivamente el centro de la realidad en el mundo moderno y esta tendencia se ha ido acentuando cada vez más en el pensamiento contemporáneo postilustrado. Los escritos de la última etapa de Jean-Jacques nos muestran este triunfo del individuo como una unidad integral de mente y cuerpo (razón, imaginación, sentimientos, voluntad) y como núcleo esencial, emotivo-activo, de la realidad humana³.

³ Me permito un pequeño *excursus* para aclarar lo anterior. El *leitmotiv* de la metafísica heideggeriana es que en la historia del pensamiento occidental se ha producido un «olvido del ser». De sus reflexiones se desprende que dicho olvido ha consistido en dejar de preguntarse «qué es lo que es». Y lo que es, el

3. ¿Es Rousseau un antiilustrado? La Contrailustración

La última reflexión nos hace volver a la pregunta de si Rousseau era un ilustrado o un antiilustrado. Para responder a esta pregunta es necesario tener un concepto de lo que es la antiilustración y eso es lo que hace M.J. Villaverde en el último capítulo de su libro, en el que empieza preguntándose: «¿Quiénes eran los *antiphilosophes*?». Para responder, se remonta al momento, ya descrito, en el que Voltaire regresa a París en honor de multitudes poco antes morir, en 1778, representando así el triunfo de la Ilustración. Los *antiphilosophes*, que ya venían manifestando desde hacía dos décadas sus posturas contrarias a los enciclopedistas, llamándoles despectivamente «cacouacs», cargaron de nuevo contra el Patriarca de todos ellos. Algunos escritores y clérigos, entre ellos el canónigo de Notre Dame, el abate Beauregard, se manifestaron contra el regreso de Voltaire y alertaron al rey del peligro que suponía la vuelta y enaltecimiento de un hombre que toda su vida se había dedicado a atacar al trono y al altar, y muy especialmente a la Iglesia católica. Estos hombres se llamaron *antiphilosophes* y así los llamaban sus adversarios. «Eran clérigos, miembros del *parti dévot*, aristócratas, burgueses, parlamentarios y periodistas que se rebelaban ante el auge del *parti de l'humanité*», o sea, contra el partido de los enciclopedistas, cuyo objetivo era derrocar la monarquía y destruir la religión (Villaverde, 2025, p. 141).

El movimiento antiilustrado, que se formó entonces y tuvo continuidad en el siglo siguiente, no ha sido un objeto de estudio especial por parte de los historiadores, al menos con tanto interés como lo han hecho con los estudios sobre la Ilustración. De hecho, señala Villaverde, el término «contrailustración» fue creado por W. Barrett en 1949 y utilizado mucho más tarde por Isaiah Berlin (*Counter Enlightenment*), incluyendo a aquellos pensadores, franceses y alemanes principalmente, que se oponían al universalismo, racionalismo y materialismo de los pensadores ilustrados (Vico, Hamann, Jacobi, De Maistre, De Bonald), ligados en parte al romanticismo y al nacionalismo triunfantes en el siglo XIX. Otros autores, como R. Wolin y, más recientemente, J. Israel, extendieron aquel movimiento contrailustrado a las expresiones posteriores de irracionalismo, populismo autoritario y protofascismo que tuvieron su culminación en el siglo XX. Pero esta visión no ha estado exenta de polémica, siendo rechazada recientemente por R. Norton. El historiador de la filosofía J. Deprun acuñó el término «antiluces» para señalar a aquellos escritores que no compartían la idea de progreso ni las críticas a la religión cristiana, que fueron muchos e importantes en el siglo XVIII (142-144).

Volviendo al siglo de las Luces, el movimiento antifilosófico, que era muy diverso en sus componentes y en sus ideas, ha sido dividido por D. Masseau en tres corrientes de pensamiento (Villaverde, 2025, pp. 144-145): 1) Los apologistas, divididos entre jansenistas y jesuitas, que se centraban en la defensa de la religión cristiana frente a las tesis anticristianas, bien fuesen deístas, escépticas o ateas, de los pensadores ilustrados. 2) Los escritores políticos que defendían la monarquía, la nobleza y el orden social establecido desde el pasado. 3) Los escritores y literatos de estilo más tradicional, que veían su prestigio amenazado por el éxito de las obras literarias y ensayísticas de los *philosophes*, más atractivas para los lectores y para la opinión pública. Muchos de estos escritores no eran devotos incultos o servidores incondicionales y pagados por el poder político, sino que solían ser gente culta,

ente compuesto de esencia y existencia, es la existencia (*Dasein*) y, en general, el individuo existente. La existencia auténtica es el ser humano individual, cuya tarea esencial es comprender el ser de todos los entes a través de la producción y el lenguaje en el mundo. Así pues, el *Dasein*, el individuo humano, es el centro original, el sujeto y artífice de la realidad del mundo (Heidegger, 2000, § 20, p. 330 ss.). Sobre el concepto moderno de individuo en Rousseau, comparado con el de Sócrates en la antigüedad, véase Prada 2022, pp. 249-253 y 263.

hombres de letras, que colaboraron incluso con artículos en la *Enciclopedia*. Pero lo que tenían todos en común, y por eso son considerados antifilósofos, era su rechazo a las ideas contra la religión cristiana y las tesis materialistas de muchos, no todos, los enciclopedistas e ilustrados. Y precisamente en estos dos puntos podían coincidir en parte con las ideas de Rousseau, aunque en otros temas estaban radicalmente en contra.

De esta forma, Rousseau recibía críticas, pero también algún pequeño elogio de los más moderados de estos escritores, por supuesto excluyendo totalmente a los del primer grupo. Aquellos antifilósofos que centraban su labor en la lucha contra el materialismo y el ateísmo estaban más cerca de Rousseau, pero solo coincidían con él parcialmente en estas cuestiones. Por ejemplo, el abate Bergier, que dedicó un libro a refutar el deísmo, valoraba la oposición de Rousseau al materialismo y ateísmo de algunos ilustrados. Pero, al mismo tiempo, destacaba las contradicciones de Rousseau por su intolerancia, no solo contra los ateos, sino también contra los católicos y los que rechazaban los dogmas de la religión cívica que él había propuesto en el *Contrato social*, además de negar la libertad religiosa a las mujeres. Al mismo tiempo, criticaba a Rousseau por su deísmo anticristiano (Villaverde, 2025, pp. 152-153). Otros, como el jesuita Nonotte, que defendía la tolerancia civil en temas neutros, pero proclamaba la intolerancia en temas religiosos, acusaba a los *philosophes* de ser intolerantes contra todos los que no compartían sus ideas. Analizando las ideas de Voltaire y Rousseau, el jesuita consideraba a este último más peligroso, porque «razona mejor y se muestra más respetuoso con la virtud y las costumbres, aunque no por ello sus libros contienen ‘menos blasfemias e impiedad’» (Villaverde 2025, p. 151; entrecorillado en el original). He aquí una muestra de que, en temas religiosos, el deísmo de Rousseau era visto por los antiilustrados como el mayor peligro para la religión cristiana, más aún que el deísmo convencional y los ataques furibundos de Voltaire contra la religión católica. Esto nos da una idea de cómo la antiilustración se ensañaba a gusto con Rousseau, incluso en aquellos temas que podía compartir con él, como el antiateísmo. Pero es que resulta que el ateísmo y el cristianismo eran una causa de división importante entre los propios ilustrados.

En resumen, no hay una definición clara de lo que eran las Luces y las Anti-Luces, ni de la barrera que dividía a ambos bandos. Y esto se puede decir más aún de las diferencias que había internamente dentro de cada uno de los bandos. Así las cosas, en los últimos años se ha ampliado mucho el concepto y el campo de la Ilustración, tanto en sus caracteres comunes como en las diferencias que enfrentaban a los ilustrados, incluso a los ilustrados franceses, unidos por un elemento aglutinador como era la Enciclopedia. Como dice la autora, haciéndose eco de estos estudios, en la ilustración encontramos cristianos seguidores de la ortodoxia, deístas, ateos, tolerantes e intolerantes, racionalistas e irracionales, monárquicos y republicanos. Y hay una ilustración católica y otra protestante, judía, jesuita, benedictina, metodista, mística y hasta hasidim (Villaverde, 2025, p. 162, citando a D. Mc Mahon). Una prueba de ello la tenemos en las sesiones que durante varios años ha dedicado el Seminario de la Ilustración a indagar los diversos aspectos e ideas de autores ilustrados de varias tendencias, así como de autores antiilustrados y también a exponer las distintas formas de Ilustración que se han desarrollado en diversos países, algunos de ellos no occidentales⁴.

⁴ Una pequeña muestra de estas sesiones viene recogida en el libro sobre el progreso y las Luces, editado por López Sastre, Martínez Mesa, Rodríguez García y Sánchez-Mejía (2023).

4. Conclusiones y debate

4.1. Conclusiones del libro

Tras este magnífico estudio de investigación histórica de las relaciones de Rousseau con sus contemporáneos, la autora responde a la pregunta que se hacía desde un principio. La respuesta a aquella pregunta fue respondida en tiempos de Rousseau por sus coetáneos de manera contradictoria, pues sus compañeros ilustrados creían que era un traidor y se había pasado al enemigo, mientras que los antifilósofos seguían considerándolo un enciclopedista más, aunque tuviese sus diferencias con ellos, pero en ningún caso podían verlo como uno de los suyos. En la actualidad, los historiadores consideran a Rousseau un autor «complejo, contradictorio e inclasificable» (Villaverde, 2025, p. 162) dentro del pensamiento de su siglo y tampoco se ponen de acuerdo sobre su adscripción a uno de los dos bandos, aunque, en mi opinión, durante el siglo XX se le ha visto siempre más cercano a la Ilustración que al pensamiento conservador o reaccionario de su tiempo. En resumen, que Rousseau era más ilustrado que antiilustrado.

Tras repasar algunas opiniones más recientes, Villaverde extrae y formula las siguientes conclusiones. 1) La obra de Rousseau se basaba en «una cosmología, una metafísica y una filosofía moral marcadamente diferentes de las de los *philosophes*» (Villaverde, 2025, p. 165). Esta diferencia nacía de su propia naturaleza y de su experiencia vital, que había formado su carácter, su concepción del mundo y sus valores de forma muy distinta a la del resto de escritores de su generación. Como cita al principio de los *Dialogues*: «Aquí soy un bárbaro porque estas gentes no me entienden» (ibid.; citando a Rousseau, 1959, p. 657). 2) Su mayor originalidad reside en el ámbito de la filosofía moral. Los ilustrados, siguiendo el utilitarismo de moda, basaban la moralidad en el interés, Rousseau la basaba en el instinto y la piedad. Rechazaba el hedonismo materialista y buscaba el principio de la moral en la conciencia, en el sentimiento y la fe. 3) En el ámbito religioso defendía un deísmo peculiar, con una firme fe en la Providencia, aunque se alejaba de los dogmas tradicionales de las confesiones religiosas, especialmente del fanatismo devoto. 4) Rechazaba la exploración científica de la naturaleza, basada en la observación y la experimentación, manteniendo la visión de un mundo ordenado según designios finalistas. Mantenía la visión dualista cartesiana del mundo, dividido en dos ámbitos separados, el espíritu y la materia. 5) Su rechazo al progreso de las ciencias y las artes se debía a que lo consideraba pernicioso y contrario a la mejora moral de la humanidad. 6) Lo anterior le llevaba a una visión conservadora, incluso reaccionaria, de la mujer, a pesar de que vivía en un ambiente proclive al reconocimiento de la igualdad entre los sexos y al fomento del desarrollo intelectual de las mujeres con vistas a su autorrealización. Villaverde dedica un amplio espacio a detallar los numerosos escritos de autores ilustrados sobre esta temática, que en aquel tiempo era totalmente novedosa para la historia del pensamiento (Villaverde, 2025, pp. 167-188). 7) En el ámbito político la gran aportación de Rousseau fue la idea de la voluntad general que, sin embargo, no fue un término de su invención. También utilizó la idea de patria y un concepto incipiente de nación, que serían desarrollados por la Revolución francesa y durante el siglo XIX. Sus escritos políticos aplicados así lo confirman. Pero esta visión estaba más anclada en el patriotismo antiguo grecorromano (Esparta) que en una visión de futuro como la que desarrollaron después los revolucionarios franceses. Su idea de fomentar el patriotismo a través de la educación, las fiestas y las tradiciones, podía suponer también un conflicto con las ideas de fraternidad universal de muchos ilustrados (Villaverde, 2025, pp. 191-192).

Finalmente, la autora examina el legado de Rousseau, sus aspectos positivos y negativos. Entre los negativos cita la influencia que ejerció la obra del ginebrino en líderes políticos autoritarios, como Robespierre y los jacobinos, que le entronizaron en el Panteón y utilizaron sus ideas, así como en otros gobernantes posteriores, Simón Bolívar, Fidel Castro o Pol Pot, que afirmaron leerle con interés e incluso trataron de aplicar sus ideas en sus países (Villaverde, 2025, pp. 183-194). Entre los aspectos positivos señala su denuncia de la desigualdad y del dominio aristocrático, la crítica de la hipocresía de las élites, la defensa del plebeyo o del pueblo, el amor a la naturaleza, sus ideas sobre educación natural y la sensibilidad de sus obras literarias y autobiográficas, donde apela al sentimiento, la empatía y la comprensión del otro. En resumen, Rousseau «fue un moderno, a pesar de que sus ideas no siempre lo fueran y de que sus propuestas fueran irrealizables» (Villaverde, 2025, año, p. 195).

4.2. Apuntes críticos

La investigación desplegada por M.J. Villaverde en este estudio tiene una utilidad enorme para conocer los detalles de las relaciones de Rousseau con sus contemporáneos, detalles que no solo nos revelan sus rasgos de personalidad y el carácter de sus desavenencias, sino que, sobre todo, sacan a la luz los grandes conflictos y contradicciones de la sociedad moderna, cuando estos pensadores estaban creando un *corpus* filosófico que iba a incidir de manera crucial en la historia del pensamiento hasta nuestros días. Esta investigación nos permite además descubrir nuevos puntos de vista sobre las ideas ilustradas y antiilustradas, que están de lleno presentes en la actual fase de la modernidad. Aquí solo pretendo hacer unos breves apuntes críticos, alternativos a las conclusiones que se exponen en el libro.

Las conclusiones obtenidas me parecen discutibles en algunos puntos. Es difícil responder con claridad a la pregunta de si Rousseau pertenecía al bando de los ilustrados o al de la Contrailustración, porque los numerosos estudios realizados, sobre todo en los últimos años, nos hablan de muchas tendencias o corrientes en ambos lados, más o menos incluidas en las tres grandes corrientes que J. Israel ha documentado en su monumental obra: radical, contestada y moderada⁵.

1) No se puede afirmar que Rousseau fuese un ilustrado más, pero tampoco que fuese un contrailustrado, un enemigo de la Ilustración, ni que estuviese situado en un punto intermedio equidistante de ambos bandos o fuera de ellos. De las investigaciones realizadas en este libro se desprende que Rousseau fue un ilustrado desde el principio, cuando inició su amistad con Diderot, participando en su círculo de amigos y colaborando con la Enciclopedia, llegando así hasta su ruptura con él en 1757. Fue entonces cuando inició un camino propio, alternativo, diferente, pero no radicalmente enfrentado a los presupuestos e ideas de la Ilustración. Las diferencias ideológicas expresadas en sus dos primeros discursos no supusieron una ruptura ni personal ni de ideas con los ilustrados. Además, por sus lecturas y por sus escritos, Rousseau participaba de lleno en las ideas progresistas de la época. Sus lecturas versaban sobre los autores políticos y juristas del derecho natural (Grocio, Hobbes, Spinoza, Locke, Pufendorf, Barbeyrac, etc.), sobre los escritores clásicos grecorromanos y los literatos modernos de los siglos XVI, XVII y XVIII.

2) Tampoco se puede decir que se pasó al bando enemigo a partir de sus querellas con los enciclopedistas. La disputa más prolongada y dura la tuvo con Voltaire, que se consumó definitivamente con él y con todo el movimiento ilustrado a su regreso de Inglaterra, tras su ruptura con Hume (1767). Pero hemos visto que la

⁵ *Radical Enlightenment* (2001), *Enlightenment Contested* (2006), *Democratic Enlightenment* (2011).

querella con Voltaire fue ante todo una cuestión de tipo personal, por envidias y diferencias profundas en sus caracteres. En cuestiones ideológicas, sus disputas se limitaban al lujo y los espectáculos, que Rousseau rechazaba y Voltaire aplaudía (*Lettre à d'Alembert*), así como a la preferencia de Voltaire por los ricos y poderosos y a los temas de la fe en la Providencia y el deísmo, en los que los dos autores tenían ideas más próximas entre sí que con los ilustrados radicales. Por lo tanto, Rousseau no era menos ilustrado que Voltaire, pero ambos sí fueron los mayores enemigos personales de la época.

3) Finalmente, Rousseau no puede ser encuadrado en el bando de los antiilustrados, porque los apologistas y devotos lo consideraban su mayor enemigo, los escritores cercanos al absolutismo rechazaban sus ideas republicanas e igualitarias y los escritores literarios tradicionales sostenían puntos de vista contrarios en temas morales y religiosos⁶. A pesar de su visión populista o asamblearia de la democracia, negando los partidos políticos y la representación parlamentaria, Rousseau no habría aceptado nunca los regímenes autoritarios o totalitarios que se le han atribuido, ya que su lucha ideológica fue contra la desigualdad social, contra la tiranía política y por un Estado democrático, basado en la soberanía popular, consagrado hoy en todas las constituciones del mundo. Por otro lado, sabemos que los dictadores han recurrido siempre a justificar su poder absoluto apoyándose en grandes filósofos (Rousseau, Marx, Nietzsche) o en grandes religiones.

Este libro aporta una información muy valiosa que nos permite concluir que Rousseau compartió con los enciclopedistas desde el principio sus principales *objetivos* (libertad, felicidad, moralidad, justicia, racionalidad, progreso, legitimidad del poder político, etc.), pero se fue separando de ellos y tomando un camino distinto o contrario en lo referente a los *medios* que ellos proponían para alcanzar aquellos objetivos. 1) Rousseau rechazaba el uso de la razón instrumental, encaminada al dominio y control del mundo natural y social. En su lugar, proponía un uso de la razón guiada por el sentimiento y la conciencia moral. 2) Como medios para alcanzar la libertad, la felicidad y el progreso, los ilustrados proponían la riqueza, el poder, las ciencias, las artes, el lujo, etc. Rousseau proponía una vida sencilla, pobre, transparente, en intimidad e igualdad con los otros seres humanos, gozando de la libertad que da la naturaleza, huyendo de la hipocresía y falsedad social, del lujo y los artificios sociales, en el campo, lejos de la opresión del poder político. Este estilo de vida fue la causa principal de su ruptura con los ilustrados. 3) Para alcanzar aquellos fines los ilustrados proponían medios o instrumentos ideológicos en el ámbito religioso, moral y pedagógico: la creencia en un Dios acorde con la ciencia y la moral burguesa, un deísmo de origen cristiano o bien un ateísmo materialista con fuerte base científica experimental; una moral utilitarista acorde con la nueva economía y el progreso material; una educación basada en la razón para formar al burgués y al ciudadano. Rousseau, en cambio, proponía un deísmo peculiar, ligado a una religión cívica acorde con su propuesta política de la voluntad general. Su propuesta moral partía de la conciencia y el corazón, los sentimientos de amor de sí y de piedad que, desarrollados por la razón, llevaban a la autonomía moral, pero al mismo tiempo proponía una moral familiar, basada en los sentimientos y costumbres tradicionales, de corte patriarcal, como vemos en la *Nueva Eloísa*. Su teoría de la educación partía de la naturaleza y utilizaba su guía hasta llevar al individuo a la vida social. En estos ámbitos ideológicos de la religión, moral y educación se manifiesta el aspecto más conservador, o menos ilustrado, quizás, del pensamiento rousseauiano.

⁶ De hecho, en el pensamiento reaccionario español y en la etapa de la dictadura franquista, Rousseau era visto como un enciclopedista revolucionario, igual que Voltaire y Diderot (Viñao 2013, p. 436 ss.).

¿Cuál puede ser el motivo por el que Rousseau se alejó del movimiento ilustrado y se opuso a él en algunas de sus propuestas teóricas, como estas que hemos señalado? Una primera respuesta está en su personalidad: su origen plebeyo, sus primeras experiencias como huérfano y exiliado en su infancia y juventud, así como su extrema sensibilidad y capacidad imaginativa están en la base de su comportamiento. Al entrar en contacto con la sociedad parisina aristocrática y burguesa su pensamiento derivó hacia un rechazo psicológico y una búsqueda filosófica de soluciones para los problemas de la sociedad moderna. Donde sus contemporáneos solo veían riqueza, felicidad, poder, belleza y un progreso infinito de las ciencias, las artes y la economía, Jean-Jacques veía el pueblo, los campesinos, los sirvientes, los miserables de las ciudades, los oprimidos por el poder político, por los nobles y por las Iglesias, la pobreza y la humillación a que vivía sometida la mayoría de la población. Él lo sintió en su propia carne. Rousseau descubrió *avant la lettre* los defectos más graves del pensamiento ilustrado. Aquí solo voy a recordar dos obras contemporáneas que han señalado algunos de estos defectos, para los que Rousseau había previsto algunos remedios.

En la *Dialéctica de la Ilustración* (1944, 1967) Adorno y Horkheimer hicieron una crítica demoledora de algunos aspectos del pensamiento ilustrado, entre los cuales hay uno en el que ya había incidido Rousseau: la crítica a la razón instrumental, porque la razón no es solo un medio para conocer y dominar el mundo, como planteaba el pensamiento ilustrado. Rousseau ya anunciaba que la razón se basa en y está unida a los sentimientos naturales del hombre: la unión de sentimiento y razón en la mente humana es hoy ya un tópico, olvidado por el racionalismo utilitarista del siglo XVIII. La razón que conoce para dominar es distinta de la razón que conoce para comprender: esta última puede dirigirse a diversos objetivos, como, por ejemplo, la empatía, la compasión o la fraternidad con otros seres humanos; este era el concepto de razón que Rousseau empleaba en el ámbito moral y político. Veamos cómo el pensamiento de Rousseau tiene su reflejo en algunos fragmentos de la *Dialéctica de la Ilustración*, una obra de nuestro tiempo:

La Ilustración, en el más amplio sentido de pensamiento en continuo progreso, ha perseguido desde siempre el objetivo de liberar a los hombres del miedo y constituirlos en señores (...) La superioridad del hombre reside en el saber, de ello no cabe la menor duda (...) Bacon ha captado bien el modo de pensar de la ciencia que vino tras él (...) El saber, que es poder, no conoce límites, ni en la esclavización de las criaturas ni en la condescendencia para con los señores del mundo (...) Lo que los hombres quieren aprender de la naturaleza es servirse de ella para dominarla por completo, a ella y a los hombres (...) Poder y conocimiento son sinónimos (Horkheimer y Adorno 1994, pp. 59-60).

La segunda es la obra de Judith Shklar, autora de una monografía sobre Rousseau, cuyas tesis compartimos ampliamente. Ella destaca aquel aspecto que resultaba extraño o conflictivo para muchos ilustrados: la valoración del sentimiento como elemento esencial del pensamiento y la acción política. Partiendo del origen de la modernidad, cuando Hobbes decía que todos somos hijos del miedo y la política está para eliminar ese miedo del mundo humano, Shklar establece que el objetivo principal que tienen las democracias liberales es acabar con el miedo de sus ciudadanos y, ante todo, acabar con la crueldad y el sufrimiento al que están sometidos muchos de ellos, en bastantes casos también por parte de los propios poderes públicos. En este objetivo la obra de Rousseau estableció unos fundamentos muy claros, al hablar de un sentimiento original común a todos los hombres, arraigado en su naturaleza, que es la piedad o compasión hacia los que sufren. Shklar lo destaca en su libro.

Jean-Jacques Rousseau no fue un filósofo profesional ni nunca pretendió serlo. Su gran logro había consistido en ser el único «pintor de la naturaleza e historiador del corazón humano» (Shklar 1969, p. 1) (...) La desigualdad era para él siempre una experiencia intensamente personal, una manifestación de crueldad y poder, por una parte, y de servilidad y miedos correspondientes, por otra (p. 19) (...) Lo que [el ser humano] necesita no es más claridad de entendimiento, sino fuerza emocional. Este poder se llama voluntad (p. 72) (...) Rousseau no tenía ningún respeto por la alta cultura, no solo porque era moralmente corrupta, sino porque era una parte esencial de la sociedad desigualitaria. Los artistas y poetas simplemente tejían «guirnalda de flores para cubrir las cadenas de hierro» que aplastaban al pueblo (...) Y ¿qué es un cortesano, un literato o cualquier otro, sino un criado? En realidad, la nobleza entera es un *corps de valets* (pp. 110-111)⁷.

Estos textos son una pequeña muestra de cómo Rousseau fue un pensador que, aun partiendo del movimiento ilustrado, al cual perteneció en un principio, ejerció la crítica contra ciertas tesis de este movimiento y avanzó algunos de los problemas que se cernían sobre las sociedades del futuro, o sea, la sociedad actual: la explotación sin límites de la naturaleza, el aumento ilimitado de la desigualdad, el control de la sociedad por los ricos y poderosos, la anulación del individuo, la impotencia de la razón instrumental para resolver los problemas humanos, el incremento de lo artificial sobre lo natural y, sobre todo, el olvido de los sentimientos originarios del amor de sí y la compasión por los semejantes.

Bibliografía

- Adorno, Th.W. y Horkheimer, M. (1994). *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos filosóficos*. Trotta.
- Heidegger, M. (2000). *Los problemas fundamentales de la fenomenología*. Trotta.
- Israel, J. (2013). Rousseau y la idea de la Providencia divina. En J. López Hernández y A. Campillo Meseguer (Eds.), *El legado de Rousseau 1712-2012* (pp. 21-30). Editum.
- L'Aminot, T. (2013). La réception de Rousseau en France de 1950 à aujourd'hui. En J. López Hernández y A. Campillo Meseguer (Eds.), *El legado de Rousseau 1712-2012* (pp. 31-51). Editum.
- López Hernández, J. (2020). *La teoría del Estado en sus fuentes: De Maquiavelo a Marx*. Tecnos.
- López Sastre, G. et al. (coords.) (2023). *Las luces del progreso y la conciencia de la Modernidad*. Tecnos.
- Prada García, A. de (2022). *El proceso de Sócrates: Del "nosotros" al "yo". Contra el prejuicio individualista no percibido*. Àpeiron.
- Rorty, R. (1983). *La filosofía y el espejo de la naturaleza*. Cátedra.
- Rousseau, J.-J. (1969). *Émile ou de l'éducation*, en *Oeuvres complètes*, IV. Gallimard.
- Rousseau, J.-J. (1967). *Lettre à d'Alembert sur son article Genève*. Garnier-Flammarion.
- Rousseau, J.-J. (1966). *Du Contrat social*. Garnier-Flammarion.
- Rousseau, J.-J. (1959). *Rousseau juge de Jean-Jacques. Dialogues*, en *Oeuvres complètes*, I. Gallimard.
- Shklar, J. (1969). *Men and citizens. A study of Rousseau's social theory*. Cambridge University Press.

⁷ Shklar, 1969. Las citas entre comillas son, respectivamente, de los *Dialogues*, I, y del *Discurso de las ciencias y las artes*, I. El Seminario de la Ilustración de la Fundación Ortega ha dedicado dos sesiones monográficas a estudiar precisamente estas dos obras, la *Dialéctica de la Ilustración* a cargo de la profesora Aina López Yáñez y la obra de Judith Shklar a cargo de la profesora Paloma de la Nuez.

- Starobinski, J. (1971). *Jean-Jacques Rousseau. La transparence et l'obstacle*. Gallimard.
- Trousseau, R. (1977). *Rousseau et sa fortune littéraire*. A.G. Nizet.
- Villaverde Rico, M.J. (2025). *Rousseau visto por sus contemporáneos: odio e idolatría*. Guillermo Escolar.
- Villaverde Rico, M.J. (2022). *Tocqueville. El lado oscuro del liberalismo*. Tecnos.
- Villaverde Rico, M.J. (1987). *Rousseau y el pensamiento de las Luces*. Tecnos.
- Viñao Frago, A. (2013). La recepción de Rousseau en la formación inicial del magisterio primario (España, siglo XX). En J. López Hernández y A. Campillo Meseguer (Eds.), *El legado de Rousseau 1712-2012* (pp. 429-445). Editum.

La ciencia del derecho como problema. Notas sobre *La condición multiparadigmática del derecho*, de Nicolás Salvi

(2024) Bibliotex
Tucumán, 133 pp.

Matías Castro de Achával

Universidad Nacional de Santiago del Estero (UNSE)

Sociedad Argentina de Sociología Jurídica (SASJu)

Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Sociedad (ALADES)

ORCID ID 0009-0007-8341-1428

castrodeachaval@gmail.com

Cita recomendada:

Castro de Achával, M. (2025). La ciencia del derecho como problema. Notas sobre La condición multiparadigmática del derecho, de Nicolás Salvi. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 29, pp. 450-464.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2025.9865>

Recibido / received: 15/07/2025
Aceptado / accepted: 30/09/2025

Resumen

Esta nota crítica discute el libro *La condición multiparadigmática del derecho*, de Nicolás Salvi, una obra que propone repensar el estatuto científico del derecho desde una lectura propia de la epistemología jurídica en clave kuhniana. Frente a la ilusión de una racionalidad única, Salvi describe el campo jurídico como estructuralmente conflictivo, atravesado por tres matrices en tensión: la dogmática-analítica, la empírico-realista y la interpretativa-hermenéutica. La reseña pone en valor la claridad expositiva del texto y su potencia pedagógica, pero también señala un punto pendiente: la necesidad de problematizar con mayor profundidad la racionalidad del cambio teórico en contextos de inconmensurabilidad. Lejos de clausurar el debate, el libro reactiva preguntas centrales sobre la científicidad del derecho y sus condiciones institucionales de producción, al tiempo que deja entrever –aunque no lo tematice de modo directo– una imaginación política del saber jurídico como forma de intervención en el presente.

Palabras clave

Epistemología jurídica, paradigma, inconmensurabilidad, pluralismo científico, Kuhn



Abstract

*This critical review discusses the book *La condición multiparadigmática del derecho* by Nicolás Salvi, a work that rethinks the scientific status of law through a Kuhnian lens within legal epistemology. Challenging the illusion of a single rationality, Salvi depicts the legal field as structurally conflictive, shaped by three competing paradigms: the dogmatic-analytical, the empirical-realist, and the interpretive-hermeneutic. The review highlights the clarity and pedagogical strength of the book, while also pointing to a key issue left open: the need to further address the rationality of theoretical change under conditions of incommensurability. Rather than closing debate, the book reactivates fundamental questions about the scientificity of law and the institutional conditions of its production, while subtly suggesting—though not explicitly theorizing—a political imagination of legal knowledge as a form of engagement with the present.*

Keywords

Legal epistemology, Paradigm, Incommensurability, Scientific pluralism, Kuhn

SUMARIO. 1. Una pregunta olvidada (y los modos de su olvido). 2. Una cartografía didáctica y valiente. 3. El problema de la inconmensurabilidad (y el silencio sobre la racionalidad del cambio). 4. La apuesta por el pluralismo científico (y sus consecuencias institucionales). 5. A modo de cierre: incomodar el saber jurídico.

1. Una pregunta olvidada (y los modos de su olvido)

En *La condición multiparadigmática del derecho* (2024, Bibliotex), Nicolás Salvi se permite hacer una pregunta incómoda, en el doble sentido de lo provocadora y lo anacrónica. Se interroga por el estatuto científico del derecho, pero no en términos de mera pertenencia a una comunidad disciplinar, sino en el sentido más fuerte de una interrogación epistemológica: ¿Puede la teorización del derecho ser pensada como ciencia? ¿Y si lo es, qué tipo de ciencia sería? ¿Una descripción de normas, una reconstrucción empírica o una hermenéutica de principios? ¿Puede hablarse de progreso en ese campo? ¿Qué forma adopta ese progreso? ¿Quién lo valida?

Estas preguntas, en apariencia ingenuas, tienen un largo linaje en la filosofía del derecho (Wroblewski, 1989; Calsamiglia, 1990; Aarnio, 1991; Bulygin, 1991; Peczenik, 2007; Nino, 2007). No obstante, en buena parte del mundo académico jurídico —al menos el argentino— se las ha sepultado bajo una doble lógica: por un lado, la naturalización tecnocrática del conocimiento jurídico como conjunto de competencias profesionales; por otro, una especie de agnosticismo metodológico que tolera el pluralismo sólo mientras no se tematice. Es decir: mientras no se vuelva un problema.

Ese olvido no es casual. Esconde una operación de silenciamiento, una forma de desproblematización activa del saber jurídico que se articula con la reproducción de sus condiciones institucionales. Entonces, retomar el interrogante del estatuto científico del derecho da el pie para correr el velo de la neutralidad académica y hacer visible que toda teoría del derecho —incluso la que se pretende meramente técnica— toma partido, aunque no lo diga. Por eso, el libro de Salvi, en apariencia modesto¹, tiene implicancias mayores. No se contenta con repetir el debate ya trillado entre

¹ Afirma el autor «Los objetivos de este libro nacieron humildes, aunque traten una situación complicada. El problema epistemológico del Derecho es uno de los tres rompecabezas de mayor reflexión en la iusfilosofía junto con el ontológico y el axiológico. Es quizás la cuestión epistemológica el enigma más difícil de resolver, sea para el epistemólogo general como para el jurídico» (Salvi, 2024, p. 121).

positivistas y pospositivistas, ni se limita a lamentar la crisis epistemológica del derecho. Se interna en el problema como quien sabe que toda solución rápida encubre una renuncia a pensar.

Lo hace, además, con una estrategia peculiar. No parte de una defensa de su matriz preferida, ni busca declarar el triunfo de un modelo sobre otros². Se basa, más bien, en la idea de que lo que define a la ciencia del derecho no es su unidad, sino su condición interna de pluralidad conflictiva y competitiva. Para eso recupera la caja de herramientas de Thomas Kuhn (2004), desarrollada en 1962 en su famoso *La estructura de las revoluciones científicas* y en las aclaraciones que suma en su *Posdata* en 1969. Su lectura está enriquecida por una línea poskuhniiana que incluye a Margaret Masterman (1975) –quien sistematiza las múltiples acepciones del término paradigma–, a George Ritzer (1975) –quien traslada el concepto al estudio de la sociología– y a Amparo Gómez Rodríguez (1997) –quien examina críticamente los usos contemporáneos de la epistemología kuhniiana en las ciencias sociales. Esta tríada le permite al autor articular una visión sofisticada del derecho como campo multiparadigmático (Salvi, 2024, pp. 113–117).

Ese desplazamiento no es menor. En lugar de suponer que la ciencia del derecho debe alcanzar algún día un estado de ciencia normal, Salvi –siguiendo a Ritzer– instala una hipótesis más incómoda. La competencia entre matrices es, precisamente, lo que define su normalidad actual. Allí reside la novedad de su planteo. Mientras la mayoría de las clásicas teorías epistemológicas –desde Hans Kelsen (2009) a Alf Ross (1962)– aplicadas al derecho se esfuerzan por identificar el modelo más «científico», «racional» o «acumulativo», Salvi se detiene en el paisaje en ruinas. En la multiplicidad conflictiva, el desacuerdo estructural y la disonancia persistente como rasgo constitutivo.

Sin embargo, no se trata de una renuncia al rigor ni de una celebración *naïf* de la diversidad. El pluralismo que articula el libro no es ecléctico ni relativista. Tampoco un *reboot* del pluralismo epistémico de Boaventura de Sousa Santos (2018). Como explica la epistemóloga Lucía Federico en el prólogo del libro: «las discusiones planteadas en esta obra, al igual que en el ámbito de la filosofía especial de la ciencia, giran en torno a la cuestión de si el Derecho puede considerarse una ciencia y, de ser así, qué tipo de ciencia es» (Federico, 2024, p. 13).

El texto de Salvi es una tesis sobre el modo en que el derecho contemporáneo se produce, se enseña y se valida como saber teórico-científico. Un análisis que exige una cartografía precisa, y que por eso Salvi se toma el trabajo de elaborar con cuidado. Reconstruye tres grandes matrices disciplinarias que coexisten en plena tensión en el campo jurídico: la analítico-dogmática, centrada en la coherencia lógica del sistema normativo (Salvi, 2024, pp. 76–84); la empírico-realista, que observa el derecho como práctica social, inscribiéndolo en dinámicas observables (Salvi, 2024, pp. 84–91); y la interpretativista-hermenéutica, que enfatiza la racionalidad práctica y el juicio axiológico como centro de la labor jurídica (Salvi, 2024, pp. 92–103).

Cada una de estas matrices, como bien destaca Salvi, no solo propone una forma distinta de entender el derecho, sino que presupone una forma distinta de entender el conocimiento, la racionalidad y la legitimidad de su proyecto científico.

² Justamente, Salvi afirma que quiere escapar a este problema al discutir sobre la ciencia del derecho: «Estas diatribas han encontrado dificultad en su diálogo, puesto que las definiciones pueden virar desde definir proyectos posibles que eleven a la al Derecho al estatus de ciencia, o que describan las prácticas científicas ya realizadas por los juristas. Se suma a la cuestión que las definiciones que cada autor realiza de la Ciencia Jurídica suelen estar atadas a su concepto de Derecho, retomando el problema ontológico» (Salvi, 2024, pp. 33-34).

Hay aquí una intuición potente, que a veces se olvida en los debates epistemológicos jurídicos. No hay teoría jurídica sin teoría del conocimiento. Cada forma de describir el derecho implica, aunque no siempre lo diga, una ontología del mundo normativo, una epistemología de la práctica jurídica y una teoría de la validación del saber. Ampliemos las diferencias de cada una:

La matriz analítico-dogmática se presenta como la forma más consolidada y tradicional de estructurar el conocimiento jurídico en el espacio académico continental o de *Civil Law*. Sus referentes teóricos son autores como Hans Kelsen (2009), Norberto Bobbio (1950), y la tradición del análisis lógico del derecho desarrollada por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin (2012), que conciben al derecho como un sistema normativo autónomo, cerrado y autorreferencial. Su objeto privilegiado es el sistema de normas positivas, entendido como una arquitectura interna que puede y debe ser reconstruida con criterios de coherencia lógica. Desde esta perspectiva, el derecho remite a proposiciones normativas formalizadas. La metodología dominante es analítica y deductiva. Se trabaja con categorías lógicas, se sistematizan enunciados normativos y se utilizan herramientas del lenguaje metajurídico para clarificar ambigüedades. La relación con los valores es mínima o nula. El conocimiento jurídico debe mantenerse «libre de juicios de valor», en línea con el positivismo normativista. Como ejemplo representativo, Salvi menciona las versiones más depuradas de la dogmática jurídica clásica, en especial aquellas que, desde una perspectiva metalingüística, reconstruyen subsistemas jurídicos (como el derecho penal, reales o administrativo) con aspiración de completitud y consistencia formal (Salvi, 2024, pp. 76-84).

La matriz empírico-realista propone una ruptura con el modelo lógico-formal, desplazando la atención desde las normas hacia los comportamientos, las instituciones y los efectos sociales del derecho. Sus referentes teóricos van desde el realismo estadounidense de Oliver Wendell Holmes Jr. (2012) hasta el escandinavo de Alf Ross (1963), pasando por desarrollos más recientes como el *New Legal Realism* (Miles & Sunstein, 2008) y líneas correspondientes a la Investigación Empírica del Derecho -IEP- (Pereira, 2020). El objeto de esta matriz ya no es el derecho «en la letra», sino el derecho «en acción»: prácticas jurídicas concretas, los patrones de decisión judicial y el comportamiento estratégico de los actores institucionales. Su metodología es marcadamente inductiva y empírica. Se apoya en estudios de caso, encuestas, etnografías, bases de datos judiciales, análisis de discurso, entre otras herramientas propias de las ciencias sociales. En cuanto a su relación con los valores, tiende a considerarlos variables dependientes. No le interesa juzgarlos sino describir su incidencia sobre el comportamiento legal. Como ejemplares, Salvi menciona investigaciones empíricas sobre tribunales, estudios de litigio estratégico, análisis estadístico de sentencias o evaluaciones de impacto normativo, que ilustran cómo esta matriz produce conocimiento «científico» desde parámetros de observación y contrastabilidad (Salvi, 2024, pp. 84-91).

La matriz interpretativista-hermenéutica, por su parte, se desmarca tanto del formalismo lógico como de la objetivación empírica para centrarse en el carácter normativo situado de la práctica jurídica. Sus autores referenciales incluyen a Robert Alexy (2007), Ronald Dworkin (1989), Gustavo Zagrebelsky (2011) y una parte importante de la filosofía jurídica contemporánea de cuño postpositivista. Su imagen del derecho es la argumentación práctica atravesada por conflictos axiológicos, donde la interpretación y la justificación de principios juegan un rol central. A diferencia de las otras matrices, aquí el derecho no se reduce a reglas ni se agota en hechos. Se construye en el proceso deliberativo que enfrenta casos difíciles en contextos institucionales. Su metodología es hermenéutica y discursiva. La interpretación jurídica se apoya en la reconstrucción sistemática, en la ponderación de principios, en

la identificación de finalidades implícitas y en la coherencia narrativa entre decisiones. La relación con los valores es constitutiva, ya que entienden que el derecho es inseparable de su dimensión ética y política, y su validez depende de su capacidad para ser justificado racionalmente ante una comunidad jurídica. Como ejemplos paradigmáticos, Salvi destaca los modelos de razonamiento judicial en clave principialista, especialmente en discusiones constitucionales o de derechos fundamentales, donde el intérprete/comentador debe justificar sus decisiones apelando a razones públicas (Salvi, 2024, pp. 92-103).

Lo más interesante, sin embargo, es que Salvi no se limita a exponer estas matrices como si fueran opciones intercambiables según la ocasión que el jurista elija utilizar. Por el contrario, muestra cómo cada una intenta imponerse como la matriz legítima del saber jurídico, y cómo, detrás de esa pretensión epistemológica, laten proyectos ético-políticos distintos. El conocimiento jurídico –nos sugiere– no está nunca del todo separado del poder simbólico, ni de los dispositivos institucionales que lo estabilizan, recordando, en cierto punto, a la mirada de Pierre Bourdieu (2001) sobre el derecho.

El mérito del libro, en este punto, es doble. Por un lado, logra mostrar la existencia de una disputa estructural entre formas de racionalidad jurídica sin reducirla a un juego de escuelas o modas académicas. Por otro, se anima a pensar las consecuencias de esa disputa para la pregunta por la cientificidad del derecho. ¿Puede una disciplina estructuralmente dividida reclamar para sí el estatuto de ciencia? ¿O debe resignarse a ser una tecnología normativa, un saber de segundo orden, una práctica sin teoría?

Salvi elige un camino más fértil, aunque desafiante. En lugar de abandonar la idea de ciencia, la redefine. Su propuesta no busca «cientifizar» el derecho a la fuerza, sino pensar qué significa ser ciencia cuando el objeto de estudio es normativo, valorativo y políticamente cargado. Ese esfuerzo por reconceptualizar la cientificidad desde el interior del derecho es, según entiendo yo, el aporte más valioso del libro.

Puede leerse este texto como un intento –aún inicial, pero decididamente valioso– de devolverle a la epistemología jurídica su potencia crítica. Una fuerza que reside en analizar cuáles son las condiciones históricas, conceptuales y políticas que permiten que algo se establezca como conocimiento legítimo en el ámbito teórico del fenómeno jurídico.

2. Una cartografía didáctica y valiente

Uno de los aportes más sólidos del libro de Salvi es su intento de ordenar un campo teórico disperso sin recaer en simplificaciones clasificatorias ni en nostalgias por una unidad disciplinar que, si alguna vez existió –aunque lo dudo–, hoy se presenta como insostenible. Construir una cartografía epistemológica del derecho no es algo sencillo. Exige tomar posición sin ceder al sectarismo, trazar distinciones sin neutralizar los conflictos, y articular pluralidad sin caer en el eclecticismo cómodo. Eso es, precisamente, lo que logra con notable equilibrio a lo largo del texto.

Desde una relectura cuidadosa del modelo epistemológico propuesto por Thomas Kuhn, matizado por sus comentaristas (especialmente George Ritzer), Salvi despliega su tesis central: el campo de la ciencia del derecho, al igual que el de las demás ciencias sociales, se encuentra hoy atravesado por una condición estructural de multiparadigmaticidad. Este no es un estadio transitorio hacia una futura ciencia normal, esta condición se asume como permanente, conflictiva y constitutiva (Salvi,

2024, pp. 121-124). La tesis, en este punto, es fuerte. Estamos ante una competencia constante por el control simbólico del campo.

Lo interesante es que esa afirmación no es la voz del sociólogo de la ciencia que observa el campo jurídico como un objeto extraño y lo somete a una topografía ajena. Es la voz de un jurista que se piensa a sí mismo como parte de ese campo, pero que asume la tarea de mapearlo sin nostalgia ni ceguera. Esa implicación cuasi antropológica situada hace que el mapa que traza Salvi no sea un inventario de doctrinas, ni una sistematización de escuelas, sino una intervención en la definición de qué cuenta como conocimiento científico-jurídico.

Las tres matrices que organiza el libro son formas distintas de concebir qué significa hacer ciencia jurídica, qué cuenta como conocimiento válido, y desde qué racionalidad se justifican las prácticas teóricas, pedagógicas o institucionales (Salvi, 2024, pp. 103-106). Cómo vimos, cada matriz, a su modo, sostiene una imagen distinta del derecho: como sistema normativo coherente, como objeto de observación social o como práctica interpretativa principalista. Cada una propone, también, un marco distinto de teorías, metodologías y relación con los valores. Y cada una, vale decirlo, arrastra una tradición intelectual, un léxico técnico, un dispositivo de formación profesional, una forma de validar la autoridad académica y una concepción sobre qué debe enseñar una facultad de derecho. Como advierte Salvi, «cada subdominio se mantiene suficientemente separado de los demás para no fundirse en uno, pero compiten por el mismo objetivo, que es el de imponerse como el modelo hegemónico de la Ciencia del Derecho entre la comunidad de juristas» (Salvi, 2024, p. 104).

Pero más allá de todo esto, es especialmente valioso observar cómo este esfuerzo no se presenta como una verdadera estructura de antagonismo. Salvi, inspirado en autores de otras disciplinas sociales como Allen Cordero Ulate (2008), se esmera en demostrar el esfuerzo de estas matrices en la disputa por el centro de gravedad de la disciplina científico-jurídica. Demuestra cómo buscan hegemonizar el discurso científico sobre el derecho y cómo construyen sus propios criterios de legitimidad. O sea, un conflicto fundante. Eso, a mi juicio, es una de las fortalezas mayores del texto.

Ahí donde otros autores prefieren el cómodo refugio del pluralismo irénico – ese que admite la coexistencia pero prohíbe la confrontación –, Salvi insiste en que hay lucha. Que la pluralidad de racionalidades no es sólo una constatación empírica, sino una forma estructural de disputa epistémica. El derecho, como espacio científico, no se asemeja a un coro bien afinado sino a un terreno de fricción donde se juegan, al mismo tiempo, visiones del conocimiento, del sujeto jurídico, de la función institucional del saber y de su relación con la política.

Otro punto destacable es el carácter didáctico del libro. No es fácil, en nuestro medio, encontrar trabajos que logren exponer con claridad debates de alta densidad teórica sin sacrificar complejidad ni caer en simplificaciones. Salvi consigue ese equilibrio. El texto puede funcionar como puerta de entrada a la epistemología jurídica tanto para estudiantes como docentes, pero también como plataforma de discusión para quienes ya trabajan dentro del ámbito de la filosofía del derecho. Esa virtud didáctica se apoya en una estructura lógica rigurosa, donde cada capítulo despliega una hipótesis, delimita un problema y avanza en su desarrollo con transparencia argumental.

Esa claridad no implica diluir los conceptos. Por el contrario, es una apuesta a que la complejidad puede pensarse sin oscuridad. Que se puede enseñar epistemología jurídica sin convertirla en un galimatías. Que se puede explicar Kuhn y

Popper y las tensiones entre escuelas teóricas de derecho sin rebajar su espesor ni abusar del tecnicismo. Pensando que buena parte de la producción académica jurídica oscila entre el ensayo impresionista y la tesis encriptada, esa apuesta por la inteligibilidad constituye, también, una forma de valentía intelectual.

Pero hay además una virtud menos evidente, y sin embargo igual de importante. Me refiero al coraje teórico. La academia está dominada por la cautela retórica, por los gestos de consenso o por la repetición de lugares comunes sobre cualquier discusión. Y Salvi, a pesar de esto, se anima a sostener una tesis polémica. No comenta desde la distancia, no se refugia en la exégesis de autores canónicos, sino que inscribe su propia observación en un debate que autores tan afamados como Manuel Atienza (2017) dan por cerrado e infértil.

Eso, hoy en día, no es menor. Intervenir teóricamente en el campo jurídico implica exponerse. Es desafiar sentidos estabilizados, poner en cuestión jerarquías tácitas, interrumpir acuerdos pedagógicos y problematizar hábitos institucionales que, por más inerciales que parezcan, reproducen criterios de autoridad y exclusión. El autor asume ese riesgo.

La fotografía textual que ofrece Salvi puede leerse también como una invitación a repensar los planes de estudio, los programas de formación, los modos de evaluación y las formas mismas de enseñar a pensar jurídicamente. Si la ciencia del derecho está atravesada por racionalidades en pugna, entonces la enseñanza jurídica no puede reducirse a una transmisión unilateral. Debe asumir el pluralismo como una condición a problematizar. La multiparadigmaticidad, más que ser un diagnóstico desesperanzado, se vuelve aquí la base para una pedagogía crítica. Una forma de enseñar a reconocer los marcos desde los cuales se piensa, se interpreta y se argumenta; una que no tema el conflicto, sino que lo habilite como instancia formativa.

3. El problema de la inconmensurabilidad (y el silencio sobre la racionalidad del cambio)

Como se ha intentado evidenciar, si algo hace potente la apuesta teórica de esta obra es su decisión de abandonar la fantasía de unidad epistemológica. Salvi no intenta salvar la cientificidad del derecho desde una teoría fundacional, ni reducir su diversidad a una mera variedad de enfoques compatibles. Por el contrario, asume que lo que hay son paradigmas en competencia, proyectos epistémicos inconciliables, estructuras de racionalidad que no se traducen entre sí. Ese reconocimiento lo lleva a enunciar la coexistencia conflictiva de matrices como una condición estructural del conocimiento jurídico actual.

Sin embargo, hay un punto que queda apenas esbozado –y que, sin embargo, resulta decisivo–: el problema de la inconmensurabilidad. Salvi lo menciona (Salvi, 2024, pp. 58–59 y 124), lo reconoce como rasgo del modelo kuhniano, pero elude profundizar en sus consecuencias. Él mismo lo admite: «no nos inmiscuimos en nuestra investigación sobre esta temática, ya que escapa a los objetivos de nuestro trabajo» (Salvi, 2024, p. 59). Y es una lástima, porque es precisamente allí donde el modelo más nos obliga a pensar. La inconmensurabilidad, lejos de ser un mero matiz técnico, es el núcleo de la provocación kuhniana: su modo de cuestionar el relato iluminista del progreso científico como acumulación lineal, su forma de dramatizar los conflictos epistémicos como rupturas en las condiciones mismas de posibilidad del conocimiento.

Como se sabe, Kuhn (2004, p. 233) introdujo la noción de inconmensurabilidad para dar cuenta de la imposibilidad de traducir entre sí los términos, problemas y criterios de validación de paradigmas distintos (Melogno, 2014). No se trata sólo de que cada paradigma ofrezca respuestas diferentes a las mismas preguntas, sino de que plantea preguntas distintas, desde marcos conceptuales no equivalentes. Así, la «revolución científica» no sería un avance racional acumulativo, sino un cambio de matriz. Un giro en el modo mismo de constituir objetos, problemas y soluciones. Un cambio que, además, no puede ser justificado desde fuera de ese nuevo marco, porque los criterios de evaluación son precisamente los que cambian.

Este diagnóstico, trasladado al campo jurídico, plantea un problema agudo. Si las matrices en pugna no comparten criterios comunes de validación, ¿cómo evaluar la productividad de una teoría jurídica? ¿Desde dónde juzgar su relevancia o su eficacia cognitiva? ¿Qué significa «progreso» en una ciencia jurídica que ya no puede apelar a un paradigma único? ¿Cómo pasar de una matriz a otra sin recaer en una lógica de conversión, voluntarismo o puro decisionismo?

Más aún: ¿cómo se enseña, ¿cómo se discute, ¿cómo se legisla en un campo que no comparte ni siquiera los criterios básicos de qué cuenta como argumento válido? Cuando una corriente considera que el centro de la actividad jurídica es la coherencia lógica del sistema normativo y otra que lo fundamental es la capacidad explicativa del derecho en contextos sociales concretos, ¿hay alguna instancia que pueda oficiar como mediadora? ¿O toda tentativa de comparación será vista como colonización, como subsunción del otro a los propios términos?

Es aquí donde la lectura kuhniana de Salvi podría haberse enriquecido mediante un contrapunto sistemático con la propuesta de Imre Lakatos (1978). A diferencia de Kuhn, quien no abunda en precisiones muy claras sobre los momentos de cambio de paradigmas, Lakatos intenta reconstruir una noción de racionalidad científica sin retornar a un criterio universal o trascendental. Su noción de programa de investigación reemplaza la imagen de una teoría aislada por la de un entramado teórico complejo: un núcleo duro de hipótesis fundamentales, que se mantiene estable, rodeado por un cinturón protector de hipótesis auxiliares susceptibles de ajuste. Para Lakatos, el progreso científico no se produce por una súbita revolución conceptual, sino por la evolución comparativa entre programas, algunos de los cuales muestran una capacidad heurística creciente —son progresivos—, mientras que otros se tornan degenerativos, limitándose a explicar *ad hoc* anomalías o casos residuales (Lakatos, 1978).

Este modelo ofrece una alternativa fértil para pensar el cambio teórico en contextos de pluralismo disciplinar como el jurídico. En lugar de asumir que las matrices compiten en términos inconmensurables —como sugiere Kuhn—, Lakatos permite evaluar sus desarrollos sin reducirlos a un patrón externo. El aporte al debate que propone Salvi podría ser, entonces, doble. Por un lado, la noción de progreso queda preservada, sin requerir un consenso racional absoluto ni una verdad fundacional. Por otro, se habilita una forma de comparación interna entre matrices disciplinares, juzgando su capacidad para generar nuevas hipótesis, resolver problemas relevantes o expandir su alcance sin contradicciones sistemáticas. Así, por ejemplo, un programa de investigación centrado en la ponderación de principios constitucionales podría considerarse progresivo si muestra una productividad creciente como base teórica para la resolución de casos complejos de la praxis, aun cuando sus estándares de validación no coincidan con los del análisis lógico normativista.

No se trataría de decidir qué matriz «tiene razón», sino de observar cuáles exhiben una dinámica teórica vital, capaz de sostener desarrollos coherentes, anticipar objeciones y reformular supuestos sin disolverse. En este punto, la propuesta de Lakatos habilita una racionalidad plural, que admite competencia estructural entre programas. Su inclusión permitiría a la tesis de Salvi ganar una dimensión adicional. Esto es, pensar no sólo la coexistencia de las matrices, sino también su productividad diferencial en términos de historia interna del conocimiento jurídico.

En el otro extremo del espectro racionalista se ubica Paul Feyerabend (2006), cuya propuesta representa una de las críticas más radicales al pensamiento científico moderno. En *Tratado contra el método*, Feyerabend desafía la idea que sostiene que toda tentativa de prescribir un método único empobrece la creatividad y sofoca el pensamiento. Su tesis –provocadora y muy bien documentada– es que la historia real de la ciencia está llena de rupturas, contradicciones, apropiaciones e incluso violaciones sistemáticas de los principios que después se presentan como canónicos. «Toda metodología tiene sus límites y la única «regla» que sobrevive es el principio «todo vale» (Feyerabend, 2006, p. 290), afirma, inaugurando así una teoría anarquista del conocimiento como reclamo de pluralidad epistémica irreductible.

Para Feyerabend, la ciencia no es un discurso privilegiado por su método, sino una forma de construcción de mundo entre otras, con sus instituciones, sus reglas internas y sus luchas de poder. Lo que se presenta como neutralidad epistémica suele encubrir decisiones políticas, exclusiones disciplinarias y formas de violencia simbólica. Desde esta perspectiva, la tesis de Salvi debería leerse como una toma de posición ante el problema del orden en el saber jurídico. Aceptar la existencia de múltiples matrices disciplinares en conflicto sería una afirmación deliberada de que la diferencia es una condición constitutiva de toda producción jurídica significativa.

Feyerabend permite, así, reconfigurar la idea de pluralismo que recorre el libro de Salvi. Se puede afirmar con su ayuda que no existe un único punto de vista desde el cual adjudicar sentido, verdad o científicidad al derecho. El pluralismo deja de ser una debilidad institucional para convertirse en una fortaleza epistemológica, una condición de posibilidad del pensamiento crítico y de la autonomía disciplinar. Leído con Feyerabend, el modelo multiparadigmático aparece como un espacio abierto de disputa, innovación y reapropiación, donde el conflicto es el motor mismo del conocimiento.

Lo que sorprende –y se extraña– es que estas discusiones no sean tematizadas de manera más extensa en el libro. Salvi parece intuir sus implicancias, pero opta por mantenerlas en un plano lateral. En sus páginas no encontramos una teoría del cambio teórico ni una reflexión sostenida sobre los criterios que permitirían evaluar –desde dentro de cada paradigma o entre ellos– la solidez, fertilidad o legitimidad de una propuesta jurídica. El resultado es que, si bien se expone con luminosidad el plano del presente, quedan más opacos los mecanismos de tránsito, desplazamiento o eventual hegemonía entre matrices.

Es posible que esto no sea un defecto, sino una consecuencia lógica de la propia tesis. Si el campo jurídico es estructuralmente multiparadigmático, tal vez no haya –ni deba haber– un criterio externo que decida qué paradigma «vence». Pero incluso esa conclusión debería ser elaborada, ya que el riesgo es que el pluralismo epistemológico derive en una forma de tolerancia epistémica caótica, donde toda teoría se vuelve equivalente por el solo hecho de coexistir. Esa equivalencia forzada, paradójicamente, termina reproduciendo la lógica tecnocrática que el libro intenta impugnar.

Mi impresión es que el libro deja abierta esta tensión, y en ello reside parte de su potencia³. Pero también es el punto donde más se reclama una ampliación. Si, como sostiene Salvi, la racionalidad jurídica se juega en múltiples planos (normativo, empírico, interpretativo), entonces la reflexión sobre la racionalidad de la ciencia jurídica no puede quedar implícita. Hay allí un lugar fecundo para nuevas indagaciones: sobre los modos en que los juristas cambian de paradigma, sobre las condiciones institucionales que hacen posible ese cambio, y sobre los conflictos que atraviesan esa transición.

No es un tema menor. Porque si la inconmensurabilidad impide el arbitraje externo, entonces el cambio epistémico se vuelve una cuestión de política del saber. Un territorio de disputas por el sentido, de luchas por la legitimidad y de batallas por la autoridad epistemológica. En ese terreno, el rol de las instituciones académicas, los tribunales, los manuales, las editoriales y los programas de estudio se vuelve central. Allí se decide qué racionalidad se enseña, qué vocabulario se vuelve dominante, qué teoría logra instalarse como horizonte de sentido compartido. Una epistemología jurídica sin teoría del cambio está, en ese punto, a medio camino.

Lo que falta en el texto –y lo que podría desarrollarse a partir de él– sea una «sociología del tránsito paradigmático» aplicada al derecho. No una sociología vulgar de las modas académicas, sino una investigación situada sobre cómo se articulan, chocan, hegemonizan y marginan las matrices en conflicto. Una investigación que observe, por ejemplo, cómo se produce la recepción de una teoría en un tribunal, cómo se institucionaliza una nueva metodología en la enseñanza, o cómo se construye autoridad intelectual en un campo fragmentado.

Salvi ha hecho un trabajo notable en delimitar el campo epistemológico, dibujar sus coordenadas y exhibir sus tensiones. El siguiente paso –al que su libro invita, aunque no lo desarrolle– es pensar qué fuerzas operan en ese campo, cómo se mueven sus actores, qué dispositivos refuerzan o debilitan una matriz frente a otra. Es decir, cómo se produce, se disputa y eventualmente se transforma el conocimiento jurídico cuando no hay reglas comunes ni tribunal externo.

4. La apuesta por el pluralismo científico (y sus consecuencias institucionales)

La situación final para la que nos prepara el libro es la guía para quien prefiere habitar la pluralidad. Su tesis es que no hay, ni debería haber, un único modo de concebir la cientificidad jurídica. Lo que propone no es relativismo, sino una forma exigente y rigurosa de pluralismo. Reconocer que las distintas matrices epistémicas que configuran el derecho contemporáneo no son errores que corregir, sino expresiones legítimas de su complejidad constitutiva (Salvi, 2024, pp. 123-124).

Entonces, en una disciplina donde cada matriz busca hegemonizar el discurso, ocupar posiciones centrales en la formación, marcar los estándares de publicación o determinar qué cuenta como producción válida, la propuesta de Salvi funciona como una intervención desestabilizadora. Precisamente, creo, por exigir rigor ante esto. Si la producción científica del derecho se genera desde matrices diversas, entonces no basta con repetir procedimientos heredados; es necesario explicitar los supuestos que sostienen nuestras formas de conocer, de enseñar, de juzgar y de investigar. Como explica el propio Salvi: «las matrices crean subdominios, donde las teorías son

³ No obstante, el propio Salvi parece reconocer al final de su libro lo que aquí planteo: «Es motivo de reflexiones futuras un análisis más exhaustivo de esas relaciones que hay entre juristas de distintas escuelas. Se debe pensar en la inconmensurabilidad de sus conceptos y en cómo se generan esas dinámicas que hacen al quehacer diario del jurista» (p. 124).

grandes subcomunidades que acumulan conocimiento que titulan como científico, negando la condición de científica a las demás (aunque aceptando el valor de los estudios de las matrices rivales, pero dentro de otro orden gnoseológico distinto al de Ciencia del Derecho)» (Salvi, 2024, p. 115).

Este planteo, que puede parecer abstracto, tiene efectos muy concretos. En el plano de la formación jurídica, por ejemplo, obliga a repensar el currículum no como un mosaico de asignaturas yuxtapuestas, sino como una arquitectura atravesada por tensiones epistemológicas reales. La coexistencia de cátedras que enseñan derecho penal desde la lógica dogmática, derecho constitucional desde una hermenéutica principialista, y derecho laboral desde una sociología crítica, no pueden ser un síntoma de desorden. Puede leerse –a la luz del libro– como una expresión genuina de la condición multiparadigmática de esta ciencia. El problema, más que la propia diversidad, es su situación críptica. O sea, la falta de tematización, el silenciamiento de sus conflictos, el uso funcional de la diversidad como retórica sin consecuencias institucionales.

El pluralismo que Salvi es, sobre todo, una exigencia reflexiva. Vislumbrar que cada posición teórica asume sus condiciones de posibilidad, sus límites y su relación con otras racionalidades posibles. Esta operación de desnaturalización –decir desde dónde se habla, cómo se construyen los objetos, qué tipo de pruebas se consideran válidas– tiene una función pedagógica y política. Formar juristas capaces de moverse entre paradigmas, de reconocer los marcos que estructuran una argumentación, de dialogar con lo distinto sin reducirlo a lo propio. La verdadera traducción y generación del jurista políglota.

Esto implica, entre otras cosas, asumir que la educación jurídica no puede sostenerse en la repetición memorística de manuales, ni en la simulación de consensos que no existen. Requiere enseñar a discutir, a comparar racionalidades, a identificar las reglas del juego que cada matriz propone.

Lo mismo vale para el plano de la investigación. Al ver la producción académica cada vez más atravesada por criterios de visibilidad, indexación y métricas impersonales, la apuesta por una ciencia jurídica plural puede incomodar a quienes buscan estabilizar jerarquías mediante el control del discurso científico y generación de sectas/tribus académicas que escapan a las implicancias prácticas de sus escritos. Reconocer que distintas formas de conocer producen sentidos jurídicos relevantes es cuestionar las formas dominantes de consagración académica. Y eso, como sabemos, no se paga barato en los espacios universitarios.

Las revistas científicas, los sistemas de acreditación, las evaluaciones de carrera, los sistemas de incentivos, todo eso está montado, en gran medida, sobre una concepción limitada del conocimiento jurídico. Una concepción que privilegia ciertas formas de escritura, ciertos tipos de pruebas, ciertos modos de referenciar, ciertos idiomas, ciertos marcos. Salirse de esos formatos puede tener consecuencias. Desde el rechazo de un artículo hasta la marginación institucional. Por eso la propuesta de Salvi –que en apariencia sólo habla de epistemología– toca un nervio sensible. Interroga las condiciones materiales de producción del saber y las estructuras que lo validan.

En este punto, el libro de Salvi es en sí mismo un alegato en favor de la apertura. Una defensa del conflicto como motor de pensamiento. Poder reconocer que las disciplinas jurídicas, como la vida institucional misma, están hechas de capas superpuestas, de fricciones constitutivas, de racionalidades en disputa. En este punto, su tesis se acerca a la tradición de las ciencias sociales críticas (Bourdieu, 2001;

Burawoy, 2005), que han sabido ver en la multiplicidad una fuente de interrogación permanente.

Pero también es algo más. Es un llamado a no replegarse. Salvi se permite la apuesta poco común de sostener que el derecho puede ser objeto de conocimiento riguroso sin que ese conocimiento deba renunciar a su politicidad, a su dimensión crítica, ni a su pluralidad constitutiva. Esa es, ya sin lugar duda, una posición que vale la pena discutir, compartir y continuar.

Ahora bien, como adelantamos en el primer y segundo apartado, esta apuesta tiene consecuencias que el propio texto apenas empieza a desarrollar. Una de ellas es la necesidad de construir dispositivos institucionales capaces de sostener el pluralismo. No basta con reconocer la existencia de múltiples paradigmas. Si el mapeo del autor es correcto, esto implica revisar los modos de evaluación, los mecanismos de legitimación, los formatos de publicación, las políticas editoriales y los criterios de formación de equipos de investigación. Implica pasar del pluralismo como diagnóstico al pluralismo como praxis institucional.

Obviamente, no es una tarea sencilla. El derecho, en su faz académica, está tremendamente atravesado por jerarquías tácitas, autoritarismos argumentativos y mecanismos de consagración que rara vez se explicitan o estudian. El pluralismo, en ese marco, es muy incómodo. Obliga a compartir espacios, justificar elecciones metodológicas y aceptar la parcialidad de los propios enfoques.

En esa clave, la apuesta por el pluralismo científico es la radicalización de la crítica como método. Este permite discutir sin necesidad de eliminar al otro, argumentar sin reducir al interlocutor a una caricatura, polemizar sin decretar la invalidez de toda matriz ajena. Es, en otras palabras, una forma de sostener la exigencia epistemológica sin recaer en fundamentalismos. Una manera de hacer teoría sin pretensión de totalización, pero también sin complacencia.

El derecho necesita, hoy más que nunca, ese tipo de intervenciones. Acciones que se animen a dar cuenta las condiciones de posibilidad de toda situación dogmatizada. A reordenar sus coordenadas, a discutir sus fronteras, a imaginar formas distintas de hacer ciencia jurídica. Operaciones que entiendan que el conocimiento no es una simple representación de la realidad, sino una forma de intervención en ella. Enseñar derecho no es simplemente transmitir un saber consolidado, es igualmente habilitar un pensamiento que lo cuestione, lo dispute y lo renueve.

5. A modo de cierre: incomodar el saber jurídico

La condición multiparadigmática del derecho es un libro que incomoda. En un territorio como el jurídico, donde el saber suele estabilizarse a través de la repetición de esquemas consagrados, incomodar es una virtud epistemológica y política. Lo que genera malestar aquí no es el tono –ajustado, medido y respetuoso hacia el lector– sino la propuesta. Dejar de pensar la ciencia del derecho como una unidad perdida o una meta a conquistar, y empezar a asumir su pluralidad constitutiva como punto de partida.

Incomodar, en este caso, no es generar provocación superficial ni adoptar una pose disruptiva. Es volver pensable aquello que, por habitual, había dejado de ser problemático. Es hacer visible la dimensión conflictiva del conocimiento jurídico, no como una falla a subsanar, sino como su modo propio de existencia. Hay molestia en ver que las certezas teóricas, las metodologías dominantes y las formas habituales

de enseñar derecho no son evidencias naturales, sino resultados históricos de disputas epistémicas que siguen abiertas. Incomodar, entonces, es despertar una conciencia crítica que no se contenta con la descripción de lo dado, sino que se pregunta por sus condiciones de posibilidad.

Salvi recupera la vieja pregunta por el estatuto científico del derecho desde una conciencia crítica de las condiciones históricas que configuran la disciplina actual. De ahí que su lectura de Kuhn esté filtrada por una sensibilidad sociológica y por una voluntad cartográfica. Hay algo en esta apuesta que recuerda –aunque no se explicita– a ciertas intuiciones de Bourdieu (2001). El conocimiento jurídico como forma de poder simbólico, las instituciones académicas como escenarios de consagración diferencial, las matrices epistémicas como proyectos de hegemonía (implícita o explícita). El autor no convierte esto en el centro de su argumentación, pero deja abiertas todas las pistas para que esa lectura pueda hacerse.

La resonancia con Bourdieu creo que no es sólo conceptual, sino también estratégica. Así como Bourdieu reclamaba una «epistemología reflexiva» que incluyera al propio investigador en el campo que analiza, Salvi propone una epistemología jurídica que sepa observar sus propias condiciones institucionales de producción. Que se interroge sobre quién tiene el poder de decirlo, en qué contexto, con qué recursos y con qué legitimidades. Esa mirada reflexiva es la que permite pasar de una epistemología normativa a una epistemología material: una que además de exigir un conocimiento riguroso, se ancla en un terreno social, político y pedagógico concreto.

También es importante el modo en que el texto logra articular precisión conceptual con accesibilidad pedagógica. Es un libro que puede –y debe– circular en múltiples registros: como herramienta para la docencia, como insumo para la investigación, como punto de apoyo para quienes buscan pensar el derecho más allá de la lógica binaria entre dogma y sociología. No es frecuente encontrar textos que, al mismo tiempo, ofrezcan una tesis fuerte y puedan ser leídos por quienes no están iniciados en el lenguaje técnico de la epistemología jurídica. Este equilibrio no es menor, y en buena medida explica la potencia del libro.

No se trata, claro, de una «divulgación» entendida como simplificación, sino de una forma de escribir que respeta al lector. Que le exige sin sobrecargarlo. Que lo interpela sin excluirlo. Una apuesta por hacer de la epistemología jurídica no un rincón especializado de la teoría, sino una herramienta viva para discutir nuestras prácticas cotidianas como juristas.

Este carácter «intranquilo» del libro –que cuestiona lo que damos por sentado, que obliga a revisar nuestras formas de leer y enseñar derecho– lo vuelve especialmente relevante en la coyuntura actual. Porque estamos ante una transformación profunda de los modos de producción, validación y circulación del saber jurídico. La expansión de las plataformas digitales, la irrupción de nuevas formas de escritura académica, la presión de los indicadores cuantitativos, la segmentación de las agendas de investigación, el debilitamiento de los espacios deliberativos en las universidades: todo esto configura un escenario donde la pregunta por qué es ciencia jurídica, cómo se hace, quién la valida y para qué sirve vuelve a adquirir una urgencia ineludible.

Salvi no da respuestas acabadas a esas preguntas, pero sí una disposición teórica para formularlas de nuevo, desde otro lugar. Una disposición que rechaza el repliegue tecnocrático, pero también el escepticismo paralizante. Que no renuncia a la idea de cientificidad, pero que la redefine desde el conflicto y la historicidad. Que

entiende que el derecho, como campo de conocimiento, no puede reducirse a una técnica neutra ni a una pura expresión ideológica, porque es ambas cosas al mismo tiempo. Es técnica, es ideología, es lenguaje, es práctica y es poder. Pensar su estatuto epistemológico implica, necesariamente, hacerse cargo de esa complejidad.

El libro no interpela en tono acusatorio ni panfletario. Presenta el radical desafío común de pensar el derecho desde sus propias condiciones de posibilidad⁴. Reconocer que nuestras formas de investigar, de evaluar, de dictar clase o de escribir artículos responden a marcos epistemológicos que muchas veces no hacemos explícitos. Que no existe tal cosa como una enseñanza «neutra» del derecho, porque toda enseñanza transmite una imagen del saber jurídico, una concepción del conflicto y una idea del papel del jurista en la sociedad.

Por eso este libro no debería leerse sólo como una contribución a la epistemología del derecho, sino como una forma de reactivar una imaginación política del saber jurídico. Una imaginación que no limite la racionalidad a su dimensión instrumental, ni la pluralidad a una mera coexistencia de voces, sino que recupere el conflicto como fuente de sentido y posibilidad. En ese gesto, silencioso pero persistente, el libro de Salvi vuelve a marcar la idea de que toda teoría del derecho es también una teoría del porvenir social. Ese futuro, sin embargo, se construye desde un presente que, como él mismo señala, ya se caracteriza por una investigación continua en el marco de una «ciencia normal multiparadigmática, donde coexisten múltiples paradigmas sociológicos o matrices disciplinares y se debate constantemente de forma intracomunitaria» (Salvi, 2024, p. 117).

Si ese porvenir se anuncia incierto, fragmentado y en disputa, tal vez la tarea más urgente no sea ofrecer respuestas definitivas, sino habilitar espacios donde la pregunta siga viva. Donde pensar el derecho no sea simplemente ajustarse a lo dado, sino aventurarse a imaginar lo que aún no es. Ahí donde otros buscan cerrar el debate para normalizar el campo, *La condición multiparadigmática del derecho* lo reabre para pensarlo. Al hacerlo, nos brinda algo más que un modelo teórico: nos ofrece una forma de estar en el derecho que se asume inestable, conflictiva, y, sin embargo, lúcida.

Bibliografía

- Aarnio, A. (1991). *Lo racional como razonable*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alchourron, C. E., & Bulygin, E. (2012). *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas*. Astrea.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica*. Palestra.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del Derecho y transformación social*. Trotta.
- Bobbio, N. (1950). Scienza del diritto e analisi del linguaggio. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 4(2), 342-67.
- Bourdieu, P. (2001). La fuerza del derecho. Elementos para una sociología del campo jurídico. En P. Bourdieu, *Poder, derecho y clases sociales* (pp.153 –pp.220). Descleé de Bower.
- Bulygin, E. (1991). Dogmática jurídica y sistematización del derecho. En C. Alchourrón & E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho* (pp. 465-484). Centro de Estudios Constitucionales.
- Burawoy, M. (2005). For Public Sociology. *American Sociological Review*, 70(1), 4–28. <https://doi.org/10.1177/000312240507000102>
- Calsamiglia, A. (1990). *Introducción a la ciencia del derecho*. Ariel.

⁴ Aquí podemos encontrar eco al programa de la crítica radical del derecho de Aníbal D'Auria (2016).

- Cordero Ulate, A. (2008). *El paradigma inconcluso. Kuhn y la sociología en América Latina*. FLACSO.
- D'Auria, A. (2016). *Crítica Radical del Derecho*. Eudeba.
- De Sousa Santos, B. (2018). Epistemología del Sur: un pensamiento alternativo de alternativas políticas. *Geograficando*, 14(1), 1-6. <https://doi.org/10.24215/2346898Xe032>
- Dworkin, R. (1989). *Los derechos en serio*. Ariel.
- Federico, L. (2024). Prólogo. En N. Salvi, *La condición multiparadigmática del Derecho* (pp. 13-16). Bibliotex.
- Feyerabend, P. (1986) *Tratado contra el método*. Tecnos.
- Gómez Rodríguez, A. (1997). T.S. Kuhn y las ciencias sociales. *Endoxa*, 1(9), 139–166.
- Holmes, O. W. (2012). *La senda del Derecho*. Marcial Pons.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría Pura del Derecho*. Eudeba.
- Kuhn, T. S. (2004/1962). *La estructura de las revoluciones científicas* (2ª ed.). Fondo de Cultura Económica.
- Lakatos, I. (1989). *La metodología de los programas de investigación científica*. Alianza.
- Masterman, M. (1975). La naturaleza de los paradigmas. En I. Lakatos & A. Musgrave (Eds.), *La crítica y el desarrollo del conocimiento* (pp. 79–117). Grijalbo.
- Melogno, P. (2014). Elección racional entre inconmensurables (I): condiciones iniciales. En P. Melogno (Comp.), *Cambio conceptual y elección de teorías* (pp. 149–176). Facultad de Información y Comunicación, Universidad de la República.
- Miles, T. J., & Sunstein, C. R. (2008). The new legal realism. *University of Chicago Law Review* 75, 831.
- Nino, C. S. (2007). *Algunos modelos metodológicos de ciencia jurídica*. Fontamara.
- Peczenik, A. (2007). *Scientia Juris: Legal doctrine as knowledge of law*. Springer.
- Pereira, G. (2020). La incorporación de la investigación empírica a la agenda de enseñanza del derecho. *Derecho y Ciencias Sociales*, (22), 114–143. <https://doi.org/10.24215/18522971e071>
- Ritzer, G. (1975). Sociology: A multiple paradigm science. *The American Sociologist*, 10(3), 156–167.
- Ross, A. (1963). *Sobre el derecho y la justicia*. Eudeba.
- Salvi, N. (2024). *La condición multiparadigmática del derecho*. Bibliotex.
- Wróblewski, J. (1989). *Contemporary models of legal sciences*. Polish Academy of Sciences.
- Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. Trotta.