



Número 30

mayo 2026 – octubre 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 Complutense Madrid, España

Consejo Científico

ANNALISE ACORN, University of Alberta, Canadá

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

TRIANTAFYLLOS 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

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

ANE RODRÍGUEZ BARRUETA, Universidad Carlos III de Madrid, España

VÍCTOR RODRÍGUEZ ALONSO, Universidad de Alicante, 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>Explicar el delito y el castigo. La motivación de las sentencias en la justicia de menores</i>	12
María José Bernuz Beneitez	
<i>Entre la voluntad popular y la unidad estatal. Hermann Heller, Arnold Köttgen y el funcionariado público profesional en la Alemania de Weimar</i>	35
Nicolás Fraile	
<i>Visiones de la justicia social desde la teoría de la justificación</i>	57
Santiago Gabriel Calise	
<i>El acceso y la incorporación efectiva de la mujer en el Tribunal Constitucional de España</i>	78
Frúela Gonzalo Río Santos	
<i>La naturaleza jurídica de la propiedad virtual. ¿Derecho real o derecho personal en el Metaverso?</i>	111
Olga Alejandra Alcántara Francia, Enrico Marcel Huarag Guerrero y César Carranza Álvarez	

Foro y ágora

<i>La reforma judicial en México (2024). ¿Instrumento de captura política o mecanismo de fortalecimiento institucional?</i>	144
Azucena Serrano	
<i>Inteligencia artificial y transformaciones en la concepción tradicional del trabajo y del empleo. Riesgos, límites y respuestas</i>	175
José Luis Rey Pérez	
<i>La prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público abierto en España y en Europa. ¿Veto genérico o limitaciones «ad casum»?</i>	194
Pablo Zaldibia Luengo	
<i>Derecho a la vivienda e imposición de deberes</i>	218
Horacio-José Alonso Vidal	
<i>La externalización de las fronteras a través de los acuerdos de colaboración con terceros países. Tendencias en la UE</i>	240
Valentina Faggiani	

Voces de Cultura de la Legalidad

<i>Derechos bioculturales</i> Giulia Sajeve	269
<i>Democracia laboral</i> Alfredo Sánchez Santiago y Aitana Torró Calabuig	284
<i>Democracias desenmarcadas</i> Guillermo Santander-Campos	307
<i>Desintegración europea</i> Manuela Sánchez Gómez	323
<i>Percepción afectiva de la corrupción</i> Luis Ramos	337

Releyendo a...

<i>Los cimientos axiológicos de la teoría legal de Zygmunt Ziemiński</i> Marek Smolak, traducido por Benito Grisanti	357
<i>La creación del derecho frente a su establecimiento y aplicación</i> Zygmunt Ziemiński, traducido por Marta Wójtowicz-Weisło	369
<i>La justificación sociotécnica de fórmulas igualitarias de justicia</i> Zygmunt Ziemiński, traducido por Marta Wójtowicz-Weisło	377

Rincón de lecturas

DEBATIENDO

<i>El empleo opaco de IA o algoritmos por los poderes públicos es contrario al Estado de Derecho</i> Andrés Boix Palop	389

BOOK FORUM

<i>'Reinventing' EU legislation to revive the EU? Review of Helen Xanthaki, Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU</i>	409
<i>¿'Reinventar' la legislación de la UE para revivir la Unión Europea? Comentario a Helen Xanthaki, Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU</i> Maria Mousmouti, traducido por Germán J. Arenas Arias	418

<i>La forma de la norma, la tarea de la transposición y la legitimidad europea. Comentario a Helen Xanthaki, Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU.</i>	428
<i>The form of the Law, the task of transposition, and European legitimacy. Review of Helen Xanthaki, Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU</i>	441
Germán J. Arenas Arias	

LA TRIBU DEL JUNCO

<i>Más allá del diálogo sobre la igualdad. Observaciones críticas sobre la diferencia y la desigualdad en Equality de Michael Sandel y Thomas Piketty</i>	454
Eduardo García Ortíz	
<i>Entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada a la educación. Notas críticas sobre Educar para pensar. Del Emilio a la era digital de Rodolfo Vázquez</i>	465
Juan Jesús Garza Onofre y Ainhoa Suárez Gómez	

Presentación

Foreword

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

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10401>

Tengo el honor de presentar el número 30 de *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad* al lector. Ante la completitud del dígito y con cierta mitomanía, en una confesión sincera diré que nunca pensé que llegaríamos tan lejos y espero que los próximos 30 números por venir sigan suponiendo aportes útiles y relevantes para el desarrollo de lo que venimos identificando como una cultura de la legalidad.

Para abrir la presentación de este número habría muchos temas (la verdad es que demasiados) y van desde los intentos de dilución de la legalidad internacional en múltiples *frentes*, tanto institucionales como fácticos, o la proliferación de gobiernos autocráticos y de democracias iliberales, a temas locales como la próxima regularización de inmigrantes en España -frente a tantos discursos críticos con la otredad, cuando no, directamente racistas o xenófobos- o la larga serie judicial de persecución de la corrupción y los notorios y prolongados incumplimientos en los compromisos adquiridos en la lucha contra la misma. En este panorama, entre todos ellos, me voy a limitar a referirme a un libro reciente, parece que llamado a ser el libro del año en Estados Unidos. Su autor es el canadiense de origen chino con formación estadounidense llamado Dan Wang. El pulso central del trabajo es la contraposición de los modelos de dos superpoderes: el chino y el americano. Entre medias, el resto del mundo es preterido como objeto de estudio, aunque hay una referencia al Viejo Continente: «los europeos solo sienten optimismo respecto al pasado, atrapados en su economía de mausoleo porque son demasiado altivos para adoptar las prácticas estadounidenses o chinas» (pp. 5-6). De esta manera, la idea central es que «China es un Estado de ingeniería, que construye a gran escala a una velocidad vertiginosa, en contraste con la sociedad legalista de Estados Unidos, que bloquea todo lo que puede, tanto lo bueno como lo malo» (p. 10). El capítulo I se titula precisamente así: «ingenieros vs juristas» (pp. 12-26) y va desgranando la oposición entre modelos. Parte de la ideológica denuncia de obsolescencia de los referentes políticos clásicos: «me di cuenta de lo inadecuadas que son las etiquetas del siglo XX como «capitalista», «socialista» o, lo peor de todo, «neoliberal». Ya no sirven para ayudarnos a comprender el mundo, si es que alguna vez lo hicieron» (p. 13). De esta forma, sostiene que la capitalista América es un conglomerado regulatorio y fiscal con políticas moderadamente redistributivas mientras que en la China socialista «el Estado está aplicando una agenda de derechas que haría salivar a los conservadores occidentales». Bajo esta idea subyace para Dan una cierta preferencia por la emergencia de la segunda frente a la decadencia de la primera. Un segundo nivel comparativo se focaliza en la conformación de las élites políticas con todo el Politburo del Partido Comunista formado por ingenieros, mientras que la mayoría de los



políticos americanos vienen de las Facultades de Derecho, formando, con cierto tono Lincoln, «un gobierno de los juristas, por los juristas y para los juristas» (p.14). El tercer aspecto se refiere a las formas de funcionamiento. Una sociedad de juristas es aquella que se centra «en los litigios y la regulación [en la que] la misión que se establece es detener tantas cosas como sea posible» (p. 15), con dos consecuencias: por un lado, «la superioridad de los procedimientos sobre los resultados (p. 22) y, por otro, «el sesgo sistemático hacia los acomodados» (p. 23). Por su parte, «el principio fundamental del Estado ingenieril es considerar a las personas como agregados, no como individuos» (p. 16). Ello conduce a que «China ha triunfado más que cualquier otro país autoritario en la historia al combinar crecimiento económico y control político (p.24). Finalmente, en un eventual rumbo de colisión entre ambos superpoderes, la prevalencia dependerá de la capacidad de gobernanza de cada uno. Dan apunta a un ecléctico empate, aunque, a mi modo de ver, simplemente se limita a reafirmar el valor de la democracia que, en buena medida, constituía el objeto base de su crítica. Este es el punto de mi discrepancia. La dicotomía de Dan me parece un *remake* de aquella profecía tocquevilliana anunciada en 1830: «Hay hoy en la tierra dos grandes pueblos que, partiendo de puntos diferentes, parecen avanzar hacia el mismo objetivo: son los angloamericanos y los rusos* (...) Para alcanzar su objetivo, el primero descansa en el interés personal y deja actuar, sin dirigirlas, la fuerza y la razón de los individuos. El segundo, concentra en cierta manera todo el poder de la sociedad en el hombre. Uno tiene por principal medio de acción la libertad; el otro la servidumbre. Su punto de partida es diferente, sus caminos son distintos. Sin embargo, cada uno de ellos parece llamado por un designio secreto de la Providencia a tener un día en sus manos los destinos de la mitad del mundo» (I, pp. 389-90). El ruso es ahora sustituido por el chino quien, por demás, era la forma de gobierno del despotismo oriental en los modelos de Montesquieu. En el mejor de los casos, siempre subyace la misma inspiración comteana de una tercera fase superior de la historia regida por el positivismo de la ciencia y la técnica. Sin embargo, el desarrollo, la eficiencia, el crecimiento que definen a estas sociedades ingenieriles esconden siempre tras el brillo de sus alardes técnicos y tecnológicos el alma de la autocracia, tecnocracia y plutocracia y todas ellas tantas veces degeneradas en cleptocracias tendencialmente militaristas. La democracia y el estado de Derecho son, por el contrario, lentos, reiterativos, polémicos e implican, se diría en jerga economicista, costes transaccionales al alza, pero son la mejor versión de Occidente, a pesar de las muchas sombras que este tiene; acreditan ser sociedades más justas -y, como también decía Tocqueville, «su justicia constituye su grandeza y su belleza» (II, p. 390)- y, al menos hasta ahora, han sido también las más prósperas. En definitiva, una sociedad legalista es una sociedad definida por la cultura de la legalidad, una sociedad cuya alternativa es defender la paz, el respeto, el bienestar, el reconocimiento, la sostenibilidad... ¡Sigamos pues!¹

La sección de **Estudios** mantiene su estructura incorporando cinco trabajos de perfiles diferentes. Abrimos el número con las reflexiones de la filósofa y socióloga del Derecho de la Universidad de Zaragoza, María José Bernuz, quien argumenta en favor de introducir una ‘perspectiva de infancia’ en las decisiones judiciales a fin de favorecer su comprensión y aceptación por parte del menor, en especial en la motivación de las sentencias. La segunda aportación viene de la mano de Nicolás Fraile. El teórico de la política argentino recupera las reflexiones de Herman Heller y de Arnold Köttgen en torno al art. 130 de la Constitución de Weimar que definía a la administración pública y analiza las alternativas que cada uno de ellos sostuvieron en torno a su justificación, bien por el carácter pluralista de la voluntad popular el primero

¹ El principio inspirador del recién publicado trabajo de Subirats creo coincide con estas ideas. El conocimiento científico, sostiene, debe articularse con el proceso democrático. Esta sería la idea central.

* Se ha invertido el orden de los términos para mantener la coherencia del resumen.

o bien por el carácter garantista de la unidad del Estado el segundo. La tercera aportación es del sociólogo, también argentino, Santiago Calise quien reconstruye las concepciones de la justicia social para el mundo cívico, el mundo mercantil y el mundo doméstico propuestas por Boltanski y Thévenot, a fin de explorar las formas de justicia desplegadas en el contexto de la sociedad bienestarista y postbienestarista. Fruela Río Santos es el autor de nuestra cuarta aportación. El constitucionalista de la Universidad de Oviedo desarrolla un estudio acerca de la evolución de la incorporación de la mujer al Tribunal Constitucional en España, desde la única representante en su primera conformación al establecimiento de mínimos de paridad por la LO 2/2024. A tal fin, y como indica expresamente, articula un análisis jurídico-dogmático con herramientas de reconstrucción histórico-institucional y de estadística descriptiva, incorporando de manera transversal la perspectiva de género. Finalmente, la sección se cierra con el trabajo colectivo de los iusprivatistas peruanos Olga Alejandra Alcántara, Enrico Marcel Huarag y César Alberto Carranza. Abordando la cuestión de la articulación entre Derecho y realidad virtual (metaverso), sostienen la tesis de que la propiedad virtual no es una categoría de los derechos reales, sino un derecho personal derivado de contratos de uso o licencia entre el adquirente y el propietario de la plataforma. Consideramos que es una gráfica expresión de la potencialidad de la dogmática jurídica ante la revolución tecnológica. En definitiva, todos ellos expresan pluralidad metodológica y concurrencia de enfoques filosóficos, políticos, sociológicos y dogmáticos que la revista propicia.

Los trabajos recogidos en la sección de **Foro y ágora** nos ofrecen reflexiones sobre cuestiones de innegable actualidad. Abrimos la sección con el trabajo de la politóloga mexicana Azucena Carolina Serrano quien trata de la reforma del Poder Judicial en México de 2024. Esta reforma ha suscitado un amplio, encendido e intenso debate que se ha nutrido de las numerosas aportaciones generadas por buena parte de la mejor academia jurídica mexicana. En este trabajo, se defiende que la reforma es parte de una estrategia más amplia de reconfiguración institucional en un contexto populista e introduce mecanismos que incrementan la vulnerabilidad del poder judicial frente al poder político, abriendo la puerta a una subordinación estructural. La segunda aportación corresponde a José Luis Rey. El filósofo del Derecho de la Universidad de Comillas aborda la transformación que para el trabajo y el empleo implica la Inteligencia Artificial. Orienta sus reflexiones en torno a cuestiones como la formación continua, la reducción y redistribución del tiempo de trabajo y la exploración de mecanismos como la renta básica –temática de largo interés para él– o la fiscalidad de la automatización y concluye alegando en favor de la específica humanidad de los trabajos de cuidado. La tercera aportación atiende a las recurrentes polémicas españolas sobre la prohibición del uso público del velo islámico. El administrativista vasco Pablo Zaldibia desarrolla un análisis comparado de la regulación en la materia y sostiene que las únicas limitaciones constitucionalmente posibles son las relativas al velo que cubre el rostro de la mujer y basadas en razones de seguridad pública. La cuarta aportación trata de otra cuestión de indudable actualidad: el derecho a la vivienda. Su autoría corresponde al filósofo del Derecho de la Universidad de Alicante Horacio José Alonso y defiende que constituye un verdadero derecho generador de deberes tanto positivos como negativos que se fundamentan en el equilibrio entre los valores de libertad y solidaridad. Finalmente, la sección se cierra con otra cuestión de notoriedad en la fecha: la externalización de las fronteras en la Unión Europea. Corresponde a la constitucionalista de la Universidad de Granada Valentina Faggiani. Su análisis se centra en los casos de Italia y Dinamarca, abordando también la política de la Unión con otros países. El fondo del análisis supone articular un equilibrio entre seguridad interior y derechos de las personas migradas. Creo que todas estas temáticas son de indudable interés para nuestra materia, acreditan variedad de perspectivas disciplinares y, de últimas, todas ellas son objeto de polémica actual.

La sección de **Voces de Cultura de la Legalidad** mantiene sus cinco entradas con las que el fondo del léxico de la materia alcanza cifra de 250 publicaciones. La primera de ellas, *derechos bioculturales*, es obra de la filósofa política palermitana Giulia Sajeva y continua la saga de voces relativas a cuestiones ecológicas y medio ambientales. Su definición remite a que son derechos colectivos que los pueblos indígenas y las comunidades locales necesitan para mantener –si así lo desean– su relación de custodia con la naturaleza. La segunda voz, *democracia laboral*, viene de la pluma del filósofo político de la *Euskal Herriko Unibertsitatea* Alfredo Sánchez y de la iusfilósofa valenciana Aitana Torró. Su pretensión explícita es ofrecer un marco conceptual introductorio para comprender las diversas aproximaciones al problema de la democracia laboral y su relevancia para el debate político y teórico contemporáneo. En una línea temática con cierta continuidad, el politólogo de la Universidad Complutense, Guillermo Santander, desarrolla la entrada de *democracias desenmarcadas*, en la que parte del concepto de desenmarque propuesto por Nancy Fraser y analiza sus implicaciones teóricas y prácticas para las democracias contemporáneas. Defiende su capacidad heurística para comprender algunos de los retos fundamentales a los que se enfrenta la perspectiva transnacional de las democracias actuales a la hora de vincular la teoría de la justicia y la teoría de la democracia. La cuarta voz, *Desintegración Europea*, corresponde a la internacionalista de la Universidad San Pablo-Ceu, Manuela Sánchez. Este fenómeno se explica a la luz de algunos riesgos que se han producido en la dinámica de la Unión y han supuesto, en distintos sentidos, la crisis del proceso de integración. La autora describe estos riesgos y analiza los componentes del concepto procediendo a distinguirlo de la idea de integración diferenciada. Finalmente, el politólogo de la Universidad Rey Juan Carlos, Luis Ramos, expone la entrada *Percepción afectiva de la corrupción*. Este concepto abunda en los marcos de análisis político, social y cultural que transforman la idea de corrupción en algo más complejo que el abuso del poder público para la obtención de beneficio privado y lo vincula a la instrumentalización y politización, especialmente en los discursos populistas, en la influencia emocional de este tipo de líderes y en la generación de contextos de polarización. En definitiva, pensamos que se trata de cinco aportaciones de interés que se suman al fondo de armario que conforma la publicación de 250 voces.

La sección de **Releyendo a...** se dedica a Zygmunt Ziemiński. Se trata de uno de los filósofos del Derecho polacos contemporáneos más relevantes e influyentes y me temo que poco conocido, incluso, en buena parte de la disciplina hispanohablante. Este extremo me parece que es predicable del grueso de la filosofía del Derecho del citado país. Sin tomar en consideración a los polacos que desarrollaron su carrera en el extranjero, como Georges Kalinowski, Aleksander Peczenik o, en su caso, Alfred Tarski o Leszek Kołakowski, en la literatura en español apenas destaca la excepción de Jerzy Wróblewski, alguno de cuyos trabajos fueron traducidos en los años ochenta. Los maestros del tipo Kazimierz Twardowski, Kazimierz Adjukiewicz o Czesław Znamierowski son tan ignorados como sus discípulos, entre los que apenas suenan los nombres de Tadeusz Kotarbiński, Kazimierz Opalek, Jan Woleński, Zdzisław Ziemba, Maciej Zieliński o Jacek Jadacki. Entre ellos se encuentra Ziemiński del que tan solo se pueden seguir las versiones inglesas de algunos de sus trabajos. Esperamos que esta sección suponga una contribución para solventar este vacío. La selección de textos y el estudio introductorio corresponde al rigor y disponibilidad del profesor Marek Smolak quien ha priorizado las dimensiones axiológicas y metaéticas del autor. Así, publicamos dos trabajos independientes en esa línea y un apéndice relevante. También quiero agradecer aquí la contribución al proyecto realizada por Jorge Alexander Portocarrero de la UNED, así como las traducciones de Marta Wójtowicz-Wcisło de la Universidad de Varsovia y la revisión y edición de Benito Grisanti de la Uc3m.

El **Rincón de lecturas** mantiene su estructura tripartita. El *Debatiendo* recoge, como corresponde a los números pares, la puesta sobre la mesa de un tema de debate. En esta ocasión, la autoría corresponde al administrativista de la Universitat de València, Andrés Boix Palop. Su propuesta, en la senda de la STS de 11 de septiembre de 2025, sostiene explícitamente la necesidad de someter los algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial (IA) empleados por las Administraciones públicas a los mismos estándares de transparencia que las normas reglamentarias y aboga por consolidar un debido proceso tecnológico fundamentado en la transparencia algorítmica más profunda y completa que sea posible. El *Book Fórum*, como también corresponde a los números pares de la revista, recoge los comentarios y críticas que formulan la investigadora del *Institute of Advanced Legal Studies* de la Universidad de Londres, Maria Mousmouti y el investigador de la Fundación Hay Derecho, Germán J. Arenas al relevante trabajo de Helen Xanthaki titulado *Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*, publicado por Edward Elgar en 2024 y que aguardan la respuesta de la autora en el próximo número. A tal efecto, publicamos tanto la versión española como la inglesa de ambos trabajos. Finalmente, la *Tribu del Junco* recoge dos comentarios de libros. El primero es ofrecido por el profesor de la mexicana Universidad Veracruzana, Eduardo García Ortiz, sobre el diálogo entre Michael Sandel y Thomas Piketty recogido en *Equality: What It Means and Why It Matters* y publicado en español el año pasado. El segundo, viene de la mano de Juan Jesús Garza Onofre y Ainhoa Suárez Gómez. Estos profesores de la UNAM, el primero puma en México y la segunda puma en Francia, desarrollan un amplio comentario del trabajo de Rodolfo Vázquez –a mi modo de ver, el más influyente filósofo del Derecho mexicano actual y referente teórico en muchas de las dimensiones en nuestra materia- titulado *Educación para pensar. Del Emilio a la era digital*. En ambos casos, se trata de libros importantes que merecen la atención del lector interesado en las materias de esta revista y a cuya comprensión contribuyen los dos trabajos aquí recogidos.

En definitiva, entregamos al investigador o, simplemente, al lector, un nuevo número de la *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*. Como siempre, esperamos que acumule calidad, interés y oportunidad. Sus páginas recogen, una vez más, las contribuciones de juristas de variadas disciplinas y de filósofos, sociólogos y politólogos; mantenemos una pretensión internacional en su filiación y hemos atendido a una pluralidad temática, una sensibilidad por las cuestiones de actualidad y un cierto aroma por la atención a la Inteligencia Artificial en nuestro ámbito temático. Termino con dos significaciones. La primera es particular y consiste en dar la más sincera bienvenida al Consejo Científico de la revista a la profesora de la Universidad de Alberta de Canadá, Annalise Acorn, agradeciéndole su disponibilidad a integrarse en nuestra comunidad. Estamos seguros de que sus inquietudes como filósofa de las emociones, teórica del Derecho penal y la justicia restaurativa y, de últimas, como feminista servirán de apoyo a la calidad de nuestra publicación. La segunda es general y se refiere a la pretensión de dejar constancia, una vez más, de la tarea sorda pero decisiva de los evaluadores, traductores, editores, gestores, informáticos y demás técnicos que, de manera libérrima y desinteresada, trabajan y hacen posible que hayamos llegado a publicar 30 números de *Eunomía*, una revista para *las buenas normas*, una publicación para la cultura de la legalidad.

Bibliografía

- Dan, W. (2025). *Breakneck. China's Quest to Engineer the Future*, W.W. Norton & Co.
- Subirats, J. (2026). *La brecha entre saber y hacer. Democracias más fuertes con políticas más efectivas*, Cuadernos Anagrama.
- Tocqueville, A. de (1988). *La Democracia en América*, (Tomo I y II), Aguilar.



Explicar el delito y el castigo. La motivación de las sentencias en la justicia de menores*

Explain the crime and the punishment.
The reasoning behind sentencing in
juvenile justice

María José Bernuz Beneitez**

Universidad de Zaragoza

ORCID ID: 0000-0001-7723-5172

mbernuz@unizar.es

Cita recomendada:

Bernuz Beneitez, M.J. (2026). Explicar el delito y el castigo. La motivación de las sentencias en la justicia de menores. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 12-34.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10371>

Recibido / received: 10/07/2025
Aceptado / accepted: 30/10/2025

Resumen

El texto analiza el sentido de la motivación en las sentencias en la justicia de menores, destacando su papel en la transparencia, legitimidad y percepción de justicia por parte de los adolescentes. De forma genérica, la Constitución española exige la motivación de las sentencias para garantizar su racionalidad. En la justicia de menores, esta motivación adquiere un valor añadido de carácter pedagógico, que puede contribuir a que los adolescentes comprendan el castigo, la protección de los bienes jurídicos que implica la tipificación penal de un comportamiento y, en definitiva, a consolidar una cultura de la legalidad entre quienes han cometido delitos. Dado que los menores de edad tienen un pensamiento más impulsivo y a corto plazo, la forma en que se les comunica la decisión es clave para la aceptación de la decisión y la responsabilización por los hechos

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto del Laboratorio de Sociología Jurídica "Políticas públicas y derechos humanos: un análisis de su eficacia en Aragón y su contexto" (S09_23R), concedido por el Departamento de Ciencia, Universidad y Sociedad del Conocimiento del Gobierno de Aragón 2023-2025; así como del Proyecto "Responder a la victimización organizacional e institucional: un análisis comparado de investigación-acción" (PID2024-156801OB-I00, Mi mayor agradecimiento a D. Oliver-Lalana y A. García Inda que leyeron a conciencia y propusieron mejoras en el trabajo.

** María José Bernuz Beneitez es profesora de Filosofía del Derecho e Investigadora del Laboratorio de Sociología Jurídica en la Universidad de Zaragoza.

cometidos. La falta de claridad en la comunicación puede generar desconfianza y percepción de injusticia, condicionando su cooperación con el sistema. Por ello, se defiende la incorporación de una «perspectiva de infancia» en la justicia, que adapte el lenguaje y los procedimientos a este grupo de población. Para verificar el estado de la cuestión en la práctica, se ha realizado un estudio exploratorio con sentencias de juzgados de menores de diferentes provincias. El objetivo es abrir un debate sobre la necesidad de identificar métodos que mejoren la comprensión y aceptación de las decisiones judiciales por parte de las personas menores de edad.

Palabras clave

Motivación, justicia de menores, legitimidad institucional, responsabilización.

Abstract

The text analyses the meaning of motivation in judicial decisions in juvenile justice, highlighting its role in transparency, legitimacy and the perception of justice. Generally speaking, the Spanish Constitution requires the motivation of sentences in order to guarantee their rationality. In juvenile justice, this motivation acquires an added value of a pedagogical nature, which can contribute to adolescents' understanding of punishment, the protection of legal assets implied by the criminalisation of a behaviour and, in short, to consolidating a culture of legality among those who have committed crimes. Given that minors are more impulsive and short-term thinkers, the way in which the decision is communicated to them is key to their acceptance of the decision and responsibility for the acts committed. Lack of clarity in communication can generate mistrust and a perception of injustice, conditioning their cooperation with the system. For this reason, the incorporation of a 'children's perspective' in the justice system is advocated, adapting language and procedures to this population group. In order to verify the state of the issue in practice, an exploratory study has been carried out of sentences from juvenile courts in different provinces. The aim is to try to identify methods to improve the understanding and acceptance of court decisions by minors.

Keywords

Motivation, juvenile justice, legitimacy, responsabilisation.

SUMARIO. 1. Introducción 2. El sentido de la motivación: describir-justificar *versus* explicar 3. La motivación de las decisiones judiciales en la justicia de menores: (sin)razones para una (des)consideración específica 3.1. ¿Por qué prestar atención a la motivación? 3.2. ¿Qué motivar? 3.3. ¿Cómo motivar? ¿Quién debe motivar? 4. Una incursión en la práctica de la motivación escrita y oral en los juzgados de menores 5. Conclusiones

1. Introducción

Si pensamos que el Derecho surge para dar respuesta a una necesidad social y una reivindicación colectiva, podemos asumir que las disposiciones que las canalicen no necesitan mayor aclaración. El sentido del Derecho es claro y, cuando comprendemos las normas, las acatamos más espontáneamente. Sin embargo, no siempre es así. En ocasiones, el legislador desea transformar la sociedad y abanderar valores e intereses no compartidos por toda la población. En ese caso, si la transformación implica cambios sociales e institucionales a medio plazo, será preciso dar una prórroga para su conocimiento y asunción social y para la adaptación que requiere su implementación. En todo caso, habrá que prever una labor de pedagogía más intensa que permita justificar la norma ante quienes se resisten a aceptarla. Cuando esa norma tipifica penalmente comportamientos, con castigos restrictivos de derechos, la justificación de la norma deberá reforzarse. Más aún cuando estamos ante una norma concreta, como lo es la sentencia, que impone un castigo. En ese caso, el juez deberá

dar razones tanto de la decisión finalmente adoptada, como de las previas sobre el supuesto fáctico y las premisas normativas.

Motivar nos coloca ante la obligación y la responsabilidad de dar razones de lo que hacemos, nos ayuda a ordenar el pensamiento y a decidir qué hacer, reclama que organicemos nuestros actos de una manera racional y de forma que sea justificable para una hipotética audiencia ante la que responder. La motivación de lo que hacemos, pensamos o decidimos forma parte de las relaciones sociales, tanto públicas como privadas, genera confianza y se integra como una etapa necesaria en todo acto de comunicación social, porque no solo importa lo que hacemos o pensamos, sino las razones por las que lo hacemos. Cuando entendemos que el otro es digno de consideración y respeto, debemos justificar lo que hacemos de manera que esa persona pueda comprenderlo. Así pues, la motivación tiene un sentido para quien quiere o debe motivar, así como para el destinatario de la argumentación. Interesa en este trabajo el sentido de la motivación en el ámbito judicial. En este ámbito, la Constitución española ha sido clara al respecto y exige en su artículo 120.3 que las decisiones judiciales estén motivadas, como una manera de controlar la racionalidad y razonabilidad de las sentencias y verificar la imparcialidad del poder judicial.

El trabajo se centra en el sentido de la motivación en una jurisdicción especializada como es la de menores porque se asume que, cuando los destinatarios son adolescentes, esa motivación tiene también una función pedagógica que puede contribuir a que el menor de edad comprenda la importancia de los bienes protegidos por el delito que se le imputa y la justificación del castigo que se le impone. Se trata de una función pedagógica crucial si tenemos en cuenta que una de las finalidades de la justicia de menores es educativa y responsabilizadora. Podemos aceptar que es más educativa una sanción que se comprende que la que se impone, y que esa comprensión fomentará una cultura de la legalidad entre quienes cometen delitos. En esa misma línea pedagógica de la motivación, y teniendo en cuenta que se trata de una población con necesidades específicas, se defiende que no solo importa si se motiva, sino cómo se hace. E importa porque la forma de motivar presupone que quien decide ha pensado y tomado en consideración el elemento vocativo de su decisión y aspira, en este caso, a que las personas menores de edad que han cometido delitos entiendan las razones que la respaldan¹.

En consecuencia, este trabajo asume que es importante que el ciudadano a quien se dirige la decisión judicial comprenda las razones que la justifican, porque así se mejora la transparencia y la comunicación con las instituciones y se incrementa el sentimiento de justicia². La historia nos muestra que el poder puede imponerse mediante la fuerza, pero solo se consolida cuando se entiende como legítimo y, por eso mismo, el poder tiende a imponerse por la convicción antes que por la fuerza. En el ámbito del poder judicial, como se ha mostrado por la psicología social (Tyler, 1990), el tránsito y la experiencia del ciudadano por las instituciones judiciales pueden ser trascendentes y generar una impresión que será positiva o traumática. En el ámbito más preciso de la justicia de menores, el Comité de los derechos del niño (OG, 27, p. 2), indica que «la justicia para los niños tiene que ver tanto con la forma en que

¹ Como indica Andrés Ibañez (2000, p. 31), «El lenguaje forense de hoy nos sirve, por tanto, para decir, pero a la vez dice mucho de nosotros mismos. Y, en particular, el lenguaje de las sentencias, traduce o expresa una forma de entender la jurisdicción».

² Resulta interesante la reflexión de Zagrebelski (2005, p. 4) cuando asegura que el sentimiento «no tiene que ver con la justicia sino con la injusticia». Se podría decir que podemos ponernos más rápidamente de acuerdo en lo que resulta injusto. Reyes Mate (2011, p. 66) indica que «la justicia solo puede ser una reflexión sobre la injusticia» (p. 66), proponiendo una reflexión más experiencial que especulativa, sobre la justicia.

se trata el asunto como con el resultado». De manera que ese sentimiento de justicia o injusticia se nutre de una diversidad de elementos entre los que se integran el sentido de la decisión final, pero también el respeto de los derechos y garantías procesales o el haber sido tratado con dignidad.

Cuando prevalece ese complejo (y en parte subjetivo) sentimiento de justicia, las propias instituciones serán comprendidas como justas, sus decisiones como adecuadas y legítimas, el ciudadano colaborará más espontáneamente en su cumplimiento y, en definitiva, fomentará una justicia más eficaz y efectiva. Así lo ratifica el propio Comité de los derechos del niño cuando indica que: «Un proceso justo en el que los afectados han sido escuchados conduce a una mayor aceptación y compromiso con los resultados de las decisiones tomadas, aumenta la justicia percibida subjetivamente y defiende la dignidad de los niños al reconocer sus derechos, deseos, sentimientos y experiencias» (OG, 27, p. 54). Por ello, es importante prestar atención a «cómo diseñar un procedimiento equitativo que proporcione a quien interviene en él el debido reconocimiento y respeto como agente racional (perspectiva normativa)» (Turégano, 2024, p.18). Una motivación de la decisión que ofrezca una información clara sobre la propia decisión y sobre las razones que la fundamentan pueden contribuir a consolidar el derecho a un juicio justo, a reforzar ese sentimiento de justicia y la confianza en las instituciones judiciales entendidas como imparciales.

Si la motivación parece importante en la eficacia de la justicia penal ordinaria, creemos que lo es mucho más en la justicia de menores. Como ha mostrado la investigación en neurociencia y en psicología (Steinberg, 2009)³, los menores de edad se encuentran en una fase de madurez y formación específicas que determinan su forma de razonar y de actuar. Se ha verificado que tienden a pensar a más corto plazo, son más impulsivos y, en consecuencia, les hace estar más pendientes del proceso y de la interrelación con los actores judiciales y sociales que de las consecuencias del mismo. También se ha afirmado que, para niños, niñas y adolescentes, el sentimiento de justicia se conforma con elementos de justicia distributiva, procedimental y también interpersonal e informacional (Bernuz, 2014). Si la opacidad del Derecho es contraria al principio de publicidad de las normas y puede ofender la dignidad de las personas, la falta de claridad en las comunicaciones judiciales (y también administrativas) puede hacer que el o la adolescente se sienta 'mal tratado', le haga desconectar del proceso, le lleve a percibir a las instituciones y sus decisiones como escasamente legítimas y a obedecerlas por la presión de la sanción, más que por convicción. Cuando eso es así, la intervención desde la justicia de menores pierde una oportunidad para lograr que su objetivo principal, la responsabilización del adolescente por el delito cometido, tenga un mayor recorrido. Sobre todo, porque, para que los objetivos educativos de la intervención judicial se cumplan, es precisa una mínima convicción por parte del menor. Por ello, dado que la decisión no siempre va a ser del gusto de todos, es preciso mostrar que el proceso seguido para llegar a ella es correcto, racional y razonable⁴.

La consideración de niños, niñas y adolescentes como un grupo de población con necesidades específicas e intereses propios ha promovido que se empiece a

³ Una buena síntesis sobre la incidencia de la falta de competencia de los menores en el ámbito judicial se puede ver en Grisso et al. (2003).

⁴ De ello se muestra convencido el Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010) cuando indica que «con el fin de ganarse la confianza y el respeto del menor hacia la sentencia dada, el abogado debe hacer un esfuerzo especial por explicar al niño por qué se ha desoído su opinión o por qué se ha tomado la decisión en cuestión, al igual que se hace con los adultos» (§, p. 48).

reclamar que se juzgue con «perspectiva de infancia»⁵. Desde la Convención de los derechos del Niño (en adelante, CDN) y sus Observaciones Generales (especialmente 24 y la 27), pasando por las *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños* (2010), son muchas las instituciones internacionales que requieren una adaptación de las instituciones y sus intervenciones a la población infanto-juvenil con la que deben intervenir. El objetivo de este trabajo es reflexionar sobre el sentido de la motivación en la jurisdicción de menores y verificar de qué manera se comunican a los menores de edad las decisiones judiciales. Para ello, aparte de una revisión de la bibliografía sobre el tema, se analizarán varias sentencias de diferentes juzgados de menores ubicados en distintas provincias (proporcionadas por cendoj)⁶, para conocer si presentan alguna especialidad de forma o contenido con relación a las sentencias en los juzgados penales ordinarios. También se hace una propuesta de comunicación más sencilla tomando como referencia una sentencia en lenguaje fácil para personas con discapacidad intelectual.

2. El sentido de la motivación: describir-justificar *versus* explicar

En otro contexto, Malem Seña (2001, p. 389) indicaba que «los jueces no solo deben ser independientes, imparciales, competentes y honorables, sino que también así deben parecerlo a ojos del público»⁷. Y por ello mismo deben demostrarlo a través de sus actos, que, básicamente, se traducen en tomar decisiones razonadas y fundadas en derecho. Así, si la aplicación de las normas generales a los casos particulares siempre ofrece un cierto margen de interpretación y de discrecionalidad, parece necesario exigir a quien decide que evidencie las razones de «la norma que utiliza, la situación fáctica sobre la que se proyecta y la decisión final (el fallo)» (De Asís, 2005, p. 75). Como indica Ferrajoli (2001, p. 623), en el ámbito penal la motivación aspira a mostrar «la naturaleza cognoscitiva y no potestativa del juicio, vinculándolo en derecho a la estricta legalidad y de hecho a la prueba de la hipótesis acusatoria». Así, la motivación nos permite valorar las decisiones judiciales como racionales y razonables y determinar si el juez es buen técnico, sin necesidad de pedirle nada más.

Asimismo, la motivación permite realizar valores constitucionales. Así, materializa la seguridad jurídica que se espera del Derecho y que realizan las instituciones judiciales cuando lo aplican. Como indica Del Real (2023, p. 286-287), se crea «un clima de confianza en el tráfico jurídico y en la relación de los destinatarios del Derecho con el sistema jurídico y el poder (...) la seguridad jurídica es un valor jurídico “procedimental” que pretende crear las condiciones mínimas para la existencia y realización de los “demás” valores jurídicos y derechos que de aquéllos se derivan». Y, finalmente, la realización de los valores constitucionales contribuye a la dignidad humana. En relación con el tema de la seguridad está el de la legitimidad institucional. En primer lugar, la motivación evita la arbitrariedad que contravendría la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales (Pérez Luño, 2009, p.168-169). Cuando en un Estado de Derecho las instituciones legislativas o judiciales imponen conductas de hacer o no hacer, es preciso que den razones de esa decisión que

⁵ Véase, por ejemplo, el Protocolo para Juzgar con perspectiva de infancia y adolescencia de la Suprema Corte de Justicia de México (2021) en <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/protocolos/archivos/2022-02/Protocolo%20para%20juzgar%20con%20perspectiva%20de%20Infancia%20y%20Adolescencia.pdf>

⁶ Téngase en cuenta que la LO 1/2025, de 2 de enero, de *medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, cambia la nomenclatura de los Juzgados de Menores.

⁷ Villanueva Flores (2024, p. 526) trae a colación cuanto afirma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: «hasta las apariencias importan» (Pabla KY vs. Finland, párrafo 27).

permita comprender el castigo y las razones por las que se impone⁸. En segundo lugar, la motivación da sentido a la escucha, así como a la participación y el acceso del ciudadano a la justicia, que realizan el derecho a un juicio justo⁹. Y es que, entre los elementos que contribuyen a la realización de un derecho a un juicio justo están, entre otros, el derecho a no ser castigado arbitrariamente o el derecho a un tribunal independiente e imparcial que se materializan más eficazmente cuando la motivación es consistente (Declaración Universal de los Derechos humanos, arts. 8-11).

También podemos vincular el sentido de la motivación al que tiene el propio proceso judicial. Para Ferrer (2011, p. 96), aparte de la función democrática del proceso¹⁰, éste se puede entender como una herramienta para resolver conflictos y un método de aplicación de reglas generales. Si lo que pretende es solucionar un conflicto, la motivación irá orientada a convencer a las partes «de manera que facilite la aceptación por ellas de la solución otorgada y, así, ésta alcance una mayor estabilidad como solución del conflicto». En todo caso, para Ferrer, no es tanto el proceso como el Derecho el que debe resolver el conflicto con carácter previo y el proceso debería servir para determinar de qué manera y cuándo aplicar esas normas generales, contribuyendo al logro de justicia formal y seguridad jurídica (Ferrer, 2011, p. 96-100). En el marco de la justicia de menores, parece especialmente importante integrar en la discusión la función pragmática de la motivación que aspira a explicar y convencer a los destinatarios de la decisión, así como a fomentar la obediencia espontánea y la consolidación de una cultura de la legalidad¹¹. E insisto en que ese asentimiento del o de la adolescente, que se produce cuando algo se comprende, es necesario para que las funciones responsabilizadoras, educativas y preventivas de las medidas en la jurisdicción de menores tengan un mayor alcance¹².

En palabras más llanas, Chaves (2021, p. 268) destaca que la motivación cumple las siguientes funciones:

- Fomentar la transparencia del poder público.
- Estimular al juez para que no frivolicé con su labor.
- Retar al juez para que conciencia y razón sostengan su decisión.
- Convencer del acierto a las partes, a los sujetos interesados, a los otros tribunales y, a la opinión pública y a la ciencia.
- Evitar que se emprendan recursos inútiles contra las decisiones, puesto que no hay mejor blindaje que una buena motivación.

⁸ Füller (1967) mencionaba la claridad entre los ocho principios que conforman la moral interna del derecho. Se trata de un rasgo que se ha traducido en la obligación de crear normas que se puedan comprender por sus destinatarios.

⁹ Me parece muy acertada la reflexión de Turégano (2024, p. 14) cuando indica que «las barreras que encierran las personas más débiles no suponen solo dificultades para obtener la satisfacción de sus intereses afectados, sino la incapacidad de incorporar su perspectiva y problemas a la práctica jurídica (...) en la medida en que no estén capacitados para comprender y participar en el procedimiento, su derecho se convierte en "parodia"».

¹⁰ Según Ferrer (2011, p. 96), si asumimos la función democrática del proceso, éste debe servir para convencer a la ciudadanía de que las decisiones tomadas son correctas y, en este sentido, tenderá a justificar la decisión conforme a alguna «preferencia dominante en la sociedad».

¹¹ Moreu (2021) es muy clara al respecto cuando indica que «los juristas tenemos que asumir que la claridad es un requisito de legitimidad del Derecho. Pero, además, la eficacia comunicativa favorece su cumplimiento voluntario. Es preciso actuar a nivel global, mejorando la calidad de la comunicación jurídica (derecho claro) y facilitando la accesibilidad del derecho para sus destinatarios más vulnerables (derecho accesible)». Fuster y Velasco (2024, p. 478) indican que, de alguna manera, cuando el técnico jurídico explica y traduce en términos claros se convierte en docente que contribuye a mejorar la comprensión de los valores jurídicos.

¹² Como asegura Chaves (2021, p. 276), «el mismo Estado de Derecho impone esa triple exigencia de las sentencias, la formal (garantizar la racionalidad al servicio de la seguridad jurídica), la material (la exigencia de justicia o verdad) y la pragmática (la necesidad de aceptación política)».

La Constitución determina que las decisiones judiciales deben estar motivadas, pero deja abierta la respuesta a la pregunta sobre qué es motivar. La bibliografía sobre qué implica la motivación es muy amplia y la pretensión de este trabajo no es hacer una revisión del tema¹³. Para los objetivos del estudio, baste con indicar dos de las tensiones que atraviesan la labor motivacional del juez, como tarea que implica descripción del proceso mental que ha seguido para llegar a una decisión o a su justificación, y la que la califica como una labor de lógica o de retórica. Es clásica la distinción entre motivación como descripción del proceso argumentativo que lleva al juez a tomar una decisión, de la que la entiende como una justificación de las razones de corrección que permiten valorar la decisión como adecuada. También es bien conocida la dualidad y complementariedad entre entender la motivación como una tarea de lógica o de justificación interna, o de retórica o justificación externa, si sirve para argumentar las razones que están tras la elección de cada una de esas premisas (fáctica y normativa) que componen el razonamiento. Se puede asumir, junto con Ferrer (2011, p. 90), que la motivación es la segunda y no la primera acepción dado que «la motivación concebida como expresión de los motivos, las causas de una decisión es un discurso lingüístico descriptivo (...) la justificación pertenece al ámbito de lo normativo y no hay salto posible que permita fundar una conclusión normativa en un conjunto de premisas descriptivas». Asimismo, podemos entender que la entidad de las consecuencias de las decisiones judiciales reclama llevar la motivación a sus cotas más altas, exigiendo tanto una justificación interna como externa de las premisas elegidas para la decisión final. Aunque convencer sea, para Hernández Marín (2013, p. 101-102), una finalidad secundaria de la motivación judicial, frente a la primaria de probar algo, se podría considerar que una motivación que logra convencer será asumida como más legítima.

Una cuestión diferente, pero relacionada con la del sentido de la motivación y su ontología, es 'cuánta' motivación es suficiente para que cumpla con su función y expectativas. En ese sentido, quizás se podría acoger la propuesta de Del Real (2023, p. 292), que sintetiza la doctrina constitucional en relación a la motivación judicial y establece que «una resolución judicial no está fundada en Derecho o no está suficientemente motivada en los siguientes casos: a) ante la carencia absoluta de motivación; b) cuando el razonamiento es arbitrario, irrazonable o incurre en error manifiesto; c) cuando se incumplen las exigencias de motivación reforzadas impuestas en determinados casos; y d) si el Juez no ha tenido en cuenta la ordenación constitucional y legal de los controles normativos»¹⁴. Obviamente, la suficiencia de la motivación dependerá de su contexto, así como de las consecuencias de las decisiones que se impongan (siempre importantes para los destinatarios) o de los objetivos que pretenda la propia motivación. Así, Hernández Marín (2013, p. 102) hace referencia a la argumentación correcta cuando se ajusta a un patrón, regla o principio, pero entiende que esta argumentación debe ser suficiente para convencer, tanto al auditorio hipotético, como a los interesados más directamente por la decisión judicial.

Sea como fuere, tanto si la motivación se identifica con un ejercicio de transparencia hacia las partes del proceso o hacia el resto de la ciudadanía, como si realiza una función pedagógica, lo cierto es que también parece necesario cuidar la forma en que se comunican las decisiones. Como indica Chaves (2021, p. 266), «no

¹³ Baste indicar algunos trabajos sobre motivación judicial tanto de procesalistas como de filósofos del derecho: Aliste Santos 2018; Gascón Abellán 2014; Hernández Marín 2013; Gascón Abellán y García Figueroa 2005; De Asís Roig 2005; Igartua Salaverría 2003; Iturralde Sesma 2003.

¹⁴ El canon de motivación reforzada, en cuanto alude a una extensión de los elementos sobre los que recae la motivación, podría ser particularmente importante en la jurisdicción de menores que, a la hora de tomar una decisión, debe tener en cuenta no solo el delito cometido y las circunstancias de comisión, sino también la situación psicosocial del menor. Vid, e.g., Igartua (2022).

hay lugar para respuestas sin razones porque la paz social y de los litigantes pasa por comprender». Para determinar la forma de la motivación, será preciso determinar si entendemos que son los destinatarios finales quienes deben ser capaces de conocer por si mismos cuál es el sentido de la decisión que les incumbe y sus razones, o consideramos que lo esencial es que la decisión esté justificada para un profesional del derecho, que se encargará de comunicarla eficazmente a las partes. La Comisión de modernización del lenguaje jurídico y judicial, en su informe *Claridad y derecho a comprender* (2011, p. 27), relaciona la claridad «con una necesidad de ajustarse a la competencia léxica del lego en la materia y adecuarse a sus conocimientos y recurrir a un discurso que tenga presente al interlocutor»¹⁵. Y para sustentar ese derecho, Milione (2015, p. 186) antepone la *Carta de Derechos del Ciudadano ante la Justicia*, que indica: «El ciudadano tiene derecho a que las sentencias y demás resoluciones judiciales se redacten de tal forma que sean comprensibles por sus destinatarios, empleando una sintaxis y estructura sencillas, sin perjuicio de su rigor técnico» (art. 7). De una manera más genérica, el ODS 18 hace referencia a la «comunicación clara, ética y responsable» por parte de instituciones y entidades públicas o privadas en su relación con los ciudadanos. Sin embargo, también hay que ser consciente de que integrar claridad y precisión no siempre es sencillo (ni breve).

Ahora bien, si lo que se pretende es materializar el derecho a comprender al que se refiere Carretero (2024a), más que quedarnos únicamente con la idea del lenguaje claro, es preciso avanzar hacia una comunicación eficaz. Esa comunicación requiere algo tan aparentemente sencillo, pero a la vez tan complejo, como que las partes estén dispuestas a la escucha y los operadores judiciales cuenten con las habilidades necesarias para la comunicación en diferentes registros. De hecho, se puede utilizar un lenguaje claro, pero no lograr el efecto comunicativo que se pretende. Como ha destacado Atienza (2001, p. 17), las habilidades que es preciso desarrollar para motivar adecuadamente están detrás de las virtudes judiciales: «El buen juez no es simplemente el que cumple ciertas normas de conducta (y no incurre en responsabilidad penal, civil o disciplinaria), sino el que ha desarrollado profesionalmente ciertos rasgos de carácter que constituyen las virtudes judiciales (...). Digamos que las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial. Así, el principio de independencia exige sobre todo autorrestricción, modestia; el de imparcialidad, sentido de la justicia y valentía; y el de motivación se conecta especialmente con la virtud de la prudencia que, en términos aristotélicos, implica una capacidad (tanto intelectual como moral) para aplicar los principios a los casos concretos».

3. La motivación de las decisiones judiciales en la justicia de menores: (sin)razones para una (des)consideración específica

La justicia de menores, y en su nombre el juez de menores, conoce de los delitos cometidos por adolescentes de entre 14 y 17 años (incluidos) y decide sobre las medidas judiciales, de manera proporcional al delito cometido y adecuadas al interés del menor atendiendo a su situación psicosocial. La pretensión de conjugar la proporcionalidad y la individualización de la medida para fomentar la responsabilidad del menor y responder al interés del menor permite al juez una amplia discrecionalidad decisoria. Son razones sólidas para incrementar las exigencias a la hora de motivar. Además, el hecho de que los destinatarios de la decisión sean adolescentes hace que sea importante cuidar tanto el contenido de la motivación, para que comprendan la razón de su inculpación y el sentido del derecho y del castigo impuesto, como la forma

¹⁵ En el informe sobre *Claridad y derecho a comprender* de la Comisión para la modernización del lenguaje jurídico, en apartado sobre lenguaje escrito (2011, p. 27).

de motivar, que debería adoptar un lenguaje claro, oralmente o por escrito, y ofrecer argumentos fácilmente comprensibles por el menor. La LO 5/2000, en su artículo 38.2, hace suyas estas pretensiones e indica que «el Juez, al redactar la sentencia, procurará expresar sus razonamientos en un lenguaje claro y comprensible para la edad del menor». Así lo ratifica también la reciente LO 5/2024, de 11 de noviembre, de *Derecho a la Defensa* en su artículo 9.3:

El lenguaje se adaptará específicamente para menores de edad cuando sean los destinatarios de los actos, comunicaciones y resoluciones referidas en los dos apartados anteriores. Esta adaptación se realizará, aunque los menores cuenten con asistencia letrada y con la representación de sus progenitores, tutores o defensores judiciales¹⁶.

La trascendencia del tema hizo que también el Comité de los derechos del niño, en la Observación General 24 (2019), *relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*, hiciera referencia a qué y cómo comunicar. Según el Comité:

Las autoridades deben asegurarse de que el niño comprende los cargos, las opciones y los procesos. No basta con proporcionar al niño un documento oficial, sino que se necesita una explicación oral. Si bien los niños deben contar con la ayuda de un progenitor o un adulto apropiado para comprender cualquier documento, las autoridades no deben confiar la explicación de los cargos a dichas personas» (§, p. 48).

Avanzábamos que es importante cuidar los elementos que determinan el sentimiento de justicia de los ciudadanos que transitan por las instituciones judiciales, porque ello contribuye a una mayor colaboración con las instituciones y una obediencia más espontánea de las decisiones. También favorece la conformación de una ciudadanía más madura que obedece (o no) las normas de una manera razonada y crítica. El Comité de los derechos del niño en su OG 27, *sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo*, ratifica que:

Un proceso justo en el que los afectados han sido escuchados conduce a una mayor aceptación y compromiso con los resultados de las decisiones tomadas, aumenta la justicia percibida subjetivamente y defiende la dignidad de los niños al reconocer sus derechos, deseos, sentimientos y experiencias (§, p. 54).

En esta jurisdicción especializada, a la que llegan menores de edad que han cometido delitos, es preciso prestar especial atención a los elementos que conforman el sentimiento de justicia que puede promover la comprensión de la respuesta institucional como justa y el logro de los objetivos de la medida educativa a más largo plazo. Así, junto a la justicia distributiva que los adolescentes suelen identificar más fácilmente con la justicia formal y la proporcionalidad, es preciso tener en cuenta la justicia de los procesos de toma de decisiones. Asegura Turégano (2024, p. 18) que «la evaluación y mejora de los procedimientos no solo depende de que puedan producir resultados justos, sino también de que sean valorados positivamente como procesos». Uno de los elementos que ha sido destacado con más intensidad y que integra elementos de justicia procedimental e interpersonal es el derecho a ser escuchado y su correlativa obligación de informar y de escuchar por parte de las instituciones (Bernuz, 2015). La motivación se encuentra en esa correlativa obligación de las autoridades de mostrar que la palabra y los intereses del menor importan y deben ser considerados; o razonar una decisión que se aparta de los mismos para

¹⁶ Esos dos apartados anteriores se refieren a actos y comunicaciones procesales, así como a las resoluciones judiciales, las del Ministerio Fiscal y las dictadas por los Letrados de la Administración de Justicia.

responder al interés superior del menor. Se diría que, para mejorar el sentimiento de justicia, no es suficiente con motivar y comunicar con lenguaje fácil, sino que al operador judicial se le exige proactividad para asegurarse de que la comunicación ha sido eficaz. Parece necesario profundizar en las razones para cuidar la motivación en la justicia de menores, e intentar responder a las cuestiones sobre qué es preciso motivar y cómo hacerlo, para que el derecho del menor a ser escuchado se realice efectivamente.

3.1. ¿Por qué prestar atención a la motivación?

Las razones para atender a la motivación de las decisiones judiciales en el marco de la justicia de menores, al igual que en la justicia penal ordinaria, se agrupan en torno a dos dimensiones principalmente: una jurídica y otra práctica. La dimensión jurídica de la motivación judicial nos pone en relación con la obligación del juez de evidenciar las razones que nos permiten valorar la decisión como racional y, sobre todo, como razonable¹⁷. Es especialmente importante esta dimensión de la razonabilidad de las decisiones de los jueces de menores porque su margen de discrecionalidad es mayor al tener que atender no solo a factores penales, sino también psicosociales y personales del adolescente¹⁸. En concreto, la LO 5/2000 indica que «el Juez deberá motivar en la sentencia las razones por las que aplica una determinada medida, así como el plazo de duración de la misma, a los efectos de la valoración del mencionado interés del menor» (art. 7.3). Así pues, la normativa entiende que importa, sobre todo, que queden claras las razones por las que se ha impuesto una medida y su duración; en definitiva, su oportunidad.

A medio camino entre la dimensión jurídica y otra más pragmática, la motivación por parte del juez muestra que le importa el ciudadano y quiere que comprenda cómo y por qué se ha tomado una decisión. En el ámbito de la justicia de menores, la motivación hace eficaz el derecho del adolescente a ser escuchado, por cuanto le ofrece una explicación sobre cómo se han tenido en cuenta sus intereses¹⁹. A los menores de edad no solo les importa ser escuchados, sino sobre todo saberse (o "sentirse") escuchados. La forma de materializar el derecho a ser escuchado del menor determina que éste comprenda su derecho como eficaz y no como cumplimiento de una formalidad y su participación en la justicia como puro 'teatro'. Se podría afirmar que, escuchar primero y motivar la decisión después, implica pensar en el sujeto pasivo de la decisión, tratarlo con dignidad y respeto, explicándole de una forma adaptada a sus capacidades de comprensión si se ha tenido en cuenta su opinión y de qué manera se ha considerado o no²⁰. Se trata de mostrar con actos que

¹⁷ De Asís (2005, p. 152) distingue entre el juez razonable en el ámbito de la validez que se corresponde con una teoría iuspositivista, de uno que lo es en el ámbito de la corrección que se ubica entre las teorías de la justicia. Admite que el plano de la validez y el de la corrección no están tan separados porque la decisión se mueve «en el plano genérico de la aceptabilidad, o, dicho de otra forma, se desenvuelve en el plano de las expectativas de decisión posibles a la vista del sistema jurídico».

¹⁸ En concreto, el artículo 7.2 de la LO 5/2000 indica que: «Para la elección de la medida o medidas adecuadas se deberá atender de modo flexible, no sólo a la prueba y valoración jurídica de los hechos, sino especialmente a la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, puestos de manifiesto los dos últimos en los informes de los equipos técnicos y de las entidades públicas de protección y reforma de menores cuando éstas hubieran tenido conocimiento del menor por haber ejecutado una medida cautelar o definitiva con anterioridad, conforme a lo dispuesto en el artículo 27 de la presente Ley».

¹⁹ Como recuerda Ansuátegui (2023, p. 162), «la eficacia de un derecho depende de circunstancias que trascienden a su declaración constitucional» y van más allá del desarrollo legislativo y reglamentario.

²⁰ El Comité de los Derechos del Niño, en su OG 12 (2009) *sobre el derecho a ser escuchado* indica que «La comunicación de los resultados al niño es una garantía de que las opiniones del niño no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio. La información puede mover al niño a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia». Asimismo, en el Borrador sobre la próxima OG

la persona importa, porque, como apunta Turégano (2024, p. 43), «el status de miembro pleno de la sociedad se comunica a cada individuo por el modo en que son tratados por las autoridades».

Las autoridades (en este caso judiciales) deben ser especialmente cuidadosas y vigilantes de las situaciones de especial vulnerabilidad que se producen cuando los ciudadanos llegan ante las instituciones y que, con un especial cuidado y atención, son evitables o, al menos, reducibles. Para Turégano (2024, p. 103), «son las estructuras e instituciones las que generan la vulnerabilidad». Y es que remover los obstáculos que impiden el conocimiento del derecho es responsabilidad institucional. No hacerlo atenta contra el derecho al acceso a la justicia que, permite a los ciudadanos reclamar y realizar sus derechos²¹. La adaptación a las capacidades de cada persona podría limitar las situaciones de injusticia epistémica que se producen cuando el sujeto, individual o colectivamente considerado, no tiene las herramientas para comprender lo que ocurre, ni para comunicar su experiencia, que queda silenciada (Turégano, 2024, p. 113-ss). Algo que se produce, y se ha analizado, en los casos de personas migrantes o de quienes tienen una discapacidad intelectual²². Pero que también puede acaecer cuando se trata de personas menores de edad. La propia CDN sintetiza el sentido de todas las intervenciones con menores que han cometido delitos en general y de la motivación en particular. Así, establece que:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad (art. 40.1).

La dimensión didáctica y pragmática de una motivación convincente y consistente en las decisiones judiciales en la justicia de menores es la que interesa visibilizar en este trabajo, dado que ha sido la menos explorada. Entiendo que hay una doble dimensión didáctica: por un lado, en la motivación fáctica, porque se coloca al adolescente ante la evidencia de su culpabilidad; por otro, en la motivación normativa, porque muestra (o se debe mostrar) el sentido del delito cometido y la importancia de los bienes jurídicos afectados, así como las razones que avalan la justicia de la medida impuesta, en tanto proporcionada a la gravedad del delito y sus circunstancias e individualizada a su situación psicosocial²³. Esta dimensión tiene

27 sobre el derecho del niño al acceso a la justicia y a un recurso efectivo deja claro que «debe presumirse que un niño tiene la capacidad de formarse y expresar opiniones, y que estas opiniones deben tenerse debidamente en cuenta en función de la edad y madurez del niño» (OG 27, 15.d). En esa línea puede decirse «deben tenerse debidamente en cuenta las opiniones del niño, y deben explicársele los motivos en caso de que sus opiniones no puedan tenerse en cuenta» (OG 27, p. 45).

²¹ La OG 27 determina que «Los niños pueden enfrentarse a obstáculos para acceder a la justicia y a un recurso efectivo debido a (...) las adversidades inherentes a un sistema de justicia diseñado para adultos, incluidas las restricciones de edad legal, el uso de un lenguaje difícil y la falta de procedimientos adaptados» (§, p. 4). Podemos imaginar fácilmente que un menor de edad en un entorno hostil, estresante y que le coloca ante un panorama incierto, como lo coloca el sistema penal, y con un planteamiento cortoplacista, renunciara a su derecho a comprender la decisión porque lo que quiere es cerrar el asunto con la mayor premura posible.

²² Sobre la relación entre vulnerabilidad de origen y provocado por el acceso (o no) a la justicia de personas con discapacidad intelectual resulta bastante completo el análisis de De Lorenzo García (2023).

²³ En concreto, Ramírez (2015, p. 164) asegura que «la función didáctica, por su parte, muestra que, cuando los jueces cumplen el deber de motivar sus decisiones de manera íntegra, permiten que sus destinatarios sepan no solamente que la norma jurídica, general y abstracta se cumple en el caso concreto que protagonizan, sino que además saben por qué se deben cumplir (...) las normas son mensajes que tratan de influir en el comportamiento de sus destinatarios; el éxito en la comunicación del mensaje radica, en buena medida, en la capacidad del emisor (por ejemplo, el juez) de hacer inteligible

sentido desde la perspectiva de la eficacia y la obediencia al derecho, porque se cumple más espontáneamente y con mayor convicción lo que se comprende que lo que se impone²⁴. Como apuntan Rimbault y Galliano (2011, conclusiones), «las ambiciones pedagógicas de los nuevos pedagogos se basan principalmente en el deseo de contribuir a una mejor comprensión del Derecho por parte de sus destinatarios y permitir así una aplicación más eficaz del mismo»²⁵. Y en la justicia de menores, la eficacia de las decisiones judiciales contribuye a lograr los objetivos de responsabilización y reinserción de los menores y, a medio plazo, a evitar la consolidación de carreras delictivas.

Como apuntaba, desde hace una década el legislador ha sido sensible a esta dimensión pragmática, cuando la administración de justicia se dirige a determinados colectivos que entiende en situación de vulnerabilidad social y también judicial. La normativa se ha centrado especialmente en las personas migrantes cuando tienen un escaso conocimiento del lenguaje del país, así como de su sistema judicial o de los derechos que les amparan. También se ha mostrado sensibilidad en el trato a personas con discapacidad intelectual, adaptando la legislación y las sentencias (totalmente o en parte) a lenguaje fácil²⁶. Sin embargo, no ocurre así cuando se trata de menores de edad con conflictos judicializados. Si es cierto que el proceso, los derechos, objetivos y principios de la justicia se han adaptado a la población menor de edad que comete delitos, también lo es que la sentencia judicial sigue manteniendo una estructura y forma similar a la que prevalece en la justicia penal ordinaria. Es importante insistir en la función de la motivación en el acompañamiento que deben realizar todas las instituciones que trabajan con infancia y adolescencia en la conformación de ciudadanos responsables y críticos. Así, si esta dimensión didáctica o pedagógica es importante en cualquier jurisdicción y contribuye a legitimarla ante los ciudadanos, lo es mucho más cuando se trata de una institución que interviene con personas menores de edad que han cometido delitos. En esa línea de acompañamiento, la motivación contribuye a reducir la vulnerabilidad (evitable) de la infancia y la adolescencia que se genera cuando transitan por las instituciones judiciales, percibidas como hostiles. Me parece muy oportuna la afirmación de Barranco (2023, p. 20) cuando subraya que «la vulnerabilidad no supone una debilidad individual de quienes conforman el grupo, sino que se trata de la situación que resulta de cómo estas personas son consideradas socialmente».

Ahora bien, vistas algunas de las razones que avalan la motivación de las decisiones en la justicia de menores, es preciso detenernos en cuestiones más prácticas que tienen que ver con qué y cómo motivar. Son interrogantes que se han

por el lenguaje (mediante la motivación de su sentencia) que las conductas que ordena no sólo se ajustan a una pauta normativa, sino que actualizan un bien o un valor». Jan (2011) también insiste en la necesidad de publicitar la opinión de los jueces (en su texto los jueces constitucionales) para que los ciudadanos, que deben obedecer las normas, comprendan su sentido.

²⁴ Esta vinculación entre motivación y eficacia del Derecho y de las decisiones judiciales la recoge Ramírez (2015, p. 161) cuando indica que «la concreción de la justicia formal por la motivación de una sentencia facilita la eficacia del derecho porque, cuando el juez vincula explícitamente hechos con hipótesis normativas para llegar a la imposición de determinadas consecuencias, los destinatarios del mandato judicial toman mayor conciencia, o incluso quedan convencidos, acerca del hecho de la imputación, es decir, que sus conductas acordes o discordes con la norma jurídica generan un efecto legalmente anticipado».

²⁵ También se advierte de que «demasiada pedagogía podría atentar contra la propia legitimidad» (Rimbault y Galliano, 2011, conclusiones)

²⁶ Véase, p.e., *Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* de 2015: <https://www.aecemco.es/publicaciones/ley-general-discapacidad-lectura-facil.pdf>. También la *Ley de Derechos y Garantías de las personas con discapacidad* en Aragón en formato de lectura fácil (2019): <https://www.aragon.es/documentos/d/quest/leydchosgarantiaspersonasdiscapacidadlecturafacil>. Como muestra de sentencia en lenguaje fácil en el que la víctima tenía una discapacidad intelectual, vid. Sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Vigo de 14 noviembre de 2024.

resuelto en parte por la doctrina cuando se trata de población adulta, pero no tanto cuando estamos ante población en situación de vulnerabilidad. Para que la motivación tenga los efectos que comentamos, no solo es preciso determinar qué se debe motivar porque le permite al adolescente entender que se le ha escuchado y comprender la corrección de la medida, sino que hay que cuidar la forma en que se comunica la medida judicial. Como indica Ramírez (2015, p. 157), la motivación no solo se refiere «a la presencia de razones que justifican un fallo, sino también al acto de comunicar tales razones mediante el lenguaje»²⁷. Como avanzaba antes, empieza a haber conciencia de la necesidad de adaptar las instituciones y la motivación en el caso de personas que no comprenden el idioma o personas con discapacidad intelectual. Y ya hay experiencias que dan cuenta de cómo comunicar de manera clara y eficaz en esas situaciones. También la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* insiste en la comunicación mediante lenguaje claro cuando se trata de menores de edad víctimas de violencia. Sin embargo, no hay tanta (conciencia) sobre cómo hacerlo cuando estamos ante menores de edad que han cometido delitos²⁸. Así pues, se trata de revisar la bibliografía existente para determinar qué resulta esencial motivar en la sentencia, si únicamente el fallo o también los hechos probados o los fundamentos de derecho. También nos interesa determinar cómo comunicar de manera eficaz, o si resulta más adecuado comunicar por escrito, oralmente, o mediante ambos.

3.2. ¿Qué motivar?

Como ya hemos apuntado, la hipótesis principal sobre la que se construye este trabajo es que la motivación en cualquier jurisdicción, pero especialmente en la justicia de menores, tiene una importante función de pedagogía y socialización jurídica que contribuye a la legitimidad de la institución y de la propia decisión que se impone a los menores de edad, pero también al fortalecimiento de una cultura de la legalidad que podría promover la integración social de niños, niñas y adolescentes y el apartamiento de una (hipotética) carrera delictiva. Laveaga (2006, p. 55) destaca que los tres indicadores esenciales de socialización jurídica (y de la eventual integración del individuo) son la conformidad, la obediencia y la participación social. Sobre la relación entre socialización jurídica y cultura de la legalidad, Martínez Pichardo et al. (2020, p. 46) indican que la socialización jurídica «implica la internalización de conocimientos sobre el sistema jurídico que rige la sociedad, es decir, el procesamiento de la información relacionada con el ordenamiento jurídico que los individuos reciben, categorizan, interpretan y acomodan de acuerdo con las creencias, valores y conocimientos que prevalecen en determinado contexto social conformando así la representación social del derecho». Todo ello contribuye a un acatamiento de las normas posconvencional que se apoya más en la convicción de su corrección que en la sanción (Pichardo, 2000, p. 47-48)

Sin embargo, no hay que olvidar otra razón más básica que tiene que ver con la función de mostrar la norma que encierra la disposición e indicar a los ciudadanos lo que tienen que hacer y las consecuencias que podrían derivarse del incumplimiento. Para Vives Ruíz (2024, p. 146) es claro que «el Derecho, y específicamente la ley, contiene disposiciones normativas que, para que puedan trasladarse a la conducta de sus destinatarios, deben ser previamente comprendidas por ellos». En esa línea, recuerda acertadamente González Ordovás (2024, p. 33)

²⁷ Sigue el autor indicando que: «Con esto se pretende vincular la motivación de la sentencia con la necesidad de democratizar el lenguaje judicial que, como se sabe, es una manera de cumplir con las exigencias de la transparencia» (Ramírez, 2015, p. 157).

²⁸ Es pionero el proyecto «Hablemos claro» desarrollado por el Grupo en Criminología y delincuencia juvenil de la Universidad Castilla-La Mancha, dirigido por Esther Fernández Molina. Vid.: <https://www.uclm.es/grupos/crimijov/transferencia/hablemos-claro>

que el derecho establece la obligación de cumplirlo y, aunque no obliga a conocerlo, si que indica que el desconocimiento no puede ponerse como excusa para desobedecerlo²⁹. Así pues, como indica Carretero (2024b, p. 65), «lo que impone la lógica es que esas normas, primero, y esas resoluciones producidas en el seno de la justicia, después, se comuniquen de tal modo que resulten comprensibles».

Ahora bien, sabemos que la decisión judicial engloba una buena cantidad de decisiones parciales a lo largo del procedimiento, que tienen que ver tanto con la declaración de los hechos como probados, como con las disposiciones que, interpretadas, sirven para dar una respuesta al supuesto, así como con la propia decisión final. Ya se ha comentado que el derecho a que las decisiones estén motivadas no significa que haya que motivar exhaustivamente todos los extremos. De hecho, entre otras, la STC 13/2001, de 29 de enero, indica que:

De acuerdo con una consolidada doctrina constitucional, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a obtener una decisión fundada en Derecho, no es exigible un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener de la cuestión que se debate, sino que basta con que el Juzgador exprese las razones jurídicas en las que se apoya para tomar su decisión, de modo que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que vengan apoyadas en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, esto es, la *ratio decidendi* que determina aquélla (FJ 2).

En la perspectiva en que ubicamos el trabajo, la motivación como herramienta pedagógica, es importante determinar en qué es preciso incidir para que ésta cumpla con su función. Y quizás habría que distinguir entre aquellos extremos que es preciso motivar para lograr explicar las razones de la culpabilidad y las consecuencias penales que implica, de una parte, y, de otra, lo que los menores de edad deberían comprender para sentirse escuchados, para que su derecho a un juicio justo se perciba efectivo y se mejore la legitimidad institucional³⁰. Consecuentemente, habrá que adaptar a la capacidad de comprensión del menor aquellos aspectos que creamos que deben comprender.

En toda decisión judicial parece claro que es tan importante la determinación mediante pruebas de la *quaestio facti* como la conformación precisa de la *quaestio iuris*. Por ello, las operaciones esenciales que han servido para fijar los hechos y las normas que permiten enjuiciarlos deben quedar claras. La OG 12 (2009) *sobre el derecho a del niño a ser escuchado* es muy concreta sobre los extremos que son precisos clarificar y establece que:

Para participar efectivamente en el procedimiento, el niño debe ser informado de manera oportuna y directa sobre los cargos que se le imputan en un idioma que entienda, así como sobre el proceso de justicia juvenil y las medidas que podría adoptar el tribunal. El procedimiento debe desarrollarse en un ambiente que permita que el niño participe en él y se exprese libremente (§, p. 60).

²⁹ Sobre la doctrina de la inexcusabilidad de la ignorancia de la ley puede verse Oliver-Lalana (2011, p. 137-ss).

³⁰ Como indica Toharia (2014, p. 124), para que podamos hablar de «buena justicia», que contribuya a la confianza en las instituciones, es preciso que esta sea imparcial y eficaz. Para que sea eficaz es preciso tener en cuenta tres aspectos: que sea accesible, es decir, que carezca de cualquier tipo de traba que implique discriminación en la obtención de tutela y protección judicial; que solucione de manera diligente los conflictos que le son presentados; que garantice la puntual ejecución de sus sentencias.

Esa necesidad de comprensión que fomenta la participación del menor de edad llega hasta el final, con la motivación de la decisión judicial, que le permitirá acatar la sentencia o recurrirla.

Así, parece claro que deben comprender los hechos que se les imputa y entender la importancia del bien jurídico que protege el delito tipificado. Además, es obvio que precisan conocer las normas que regulan su comportamiento y las consecuencias que acarrea el incumplimiento. No parece claro si es esencial que conozcan las operaciones técnicas que debe realizar el juez para determinar la norma que le permite resolver el caso³¹, que deberán existir pero que irán dirigidas a los profesionales del derecho y, especialmente, al abogado del menor. Se ha destacado que la decisión «debe estar sustentada en motivos fácilmente comprensibles para ellos, de modo que, de acuerdo con su nivel de desarrollo, puedan entender el resultado del proceso, especialmente cuanto este sea adverso a sus intereses» (Contreras, 2021, p. 159). En todo caso, creo que podemos estar de acuerdo en que deben conocer la decisión que se le impone y comprender las razones que, dentro de la horquilla legal, han decantado al juez por esa medida con una duración determinada y siempre de acuerdo al interés superior del menor. Puede que la medida no resulte del todo satisfactoria para el adolescente o que, incluso, la considere injusta según sus valores o intereses, pero una motivación adecuada puede contribuir a asumirla como razonable. En ese sentido, les interesa comprender la justificación externa teniendo en cuenta la discrecionalidad del juez de menores que, atendiendo al interés del menor, puede imponer distintas medidas y duración en delitos similares. Si el menor de edad identifica más fácilmente la justicia con la proporcionalidad y la equidad, será preciso explicar especialmente esta distancia en la reacción punitiva.

También hay que indicar que las razones que avalan el interés motivacional y los aspectos a justificar pueden ser diferentes según la tipología delictiva o el perfil del menor. Así, en menores de edad reincidentes es importante que tengan claro el delito por el que se le acusa, porque quizás no recuerden el delito concreto por el que se les impone una medida. O, en delitos en que están implicados varios menores, deben conocer la razón por la que están ante el juez, y si lo están en calidad de investigado, cómplice o testigo, entre otros. En todo caso, a todos ellos les importa conocer el fallo, esto es, la medida o medidas que deben cumplir y las razones principales por las que se ha tomado esa decisión.

Aunque el trabajo se ha centrado en la motivación de la sentencia, es preciso dejar constancia del resto de las motivaciones parciales implícitas en las actuaciones que se producen a lo largo del proceso y que el adolescente debería conocer para poder participar en el proceso. De hecho, se hace referencia al derecho a comprender y éste no se extiende solo a la sentencia o al fallo. Comprender la importancia de sus derechos, la función de los actores con los que se relaciona, las consecuencias de las decisiones que adopta le permitirán una mayor participación en el juicio y tendrá la percepción de que el juicio ha sido justo. Esa diversidad de momentos y de cuestiones, junto a la motivación de la decisión judicial, sobre las que es preciso razonar y explicar, hacen que debamos reflexionar sobre la forma de motivar, cómo motivar y quién debe hacerlo.

³¹ Para De Real (2023, p. 303) «la motivación del relato normativo de la sentencia (Fundamentos de Derecho) ha de incluir: a) la “justificación” de por qué se traen a la sentencia unas “normas jurídicas” y no otras; b) la “justificación” de por qué se utilizan unos “métodos de interpretación” (y no otros) para obtener el significado de esas normas traídas para aplicar al caso sus consecuencias jurídicas; y c) la “justificación”, a través unos u otros “criterios de argumentación”, de “la solución que se aplica finalmente al caso” según los métodos de interpretación seleccionados por el operador».

3.3. ¿Cómo motivar? ¿Quién debe motivar?

Motivar la decisión judicial es, como indicamos, argumentar las decisiones que se han ido tomando hasta llegar al fallo. No solo se trata de utilizar los materiales jurídicos adecuados o los modos de razonamiento correctos, sino que también interesa la forma (lingüística o no) de hacerlo para lograr una comunicación eficaz, que permita al menor comprender las razones tras la decisión y entender que su derecho a ser escuchado se ha realizado integralmente. Como sintetizan Montolío y Tascón (2020), «queremos entender porque queremos comprender». Es evidente que la eficacia de la comunicación dependerá de un emisor sensible a la capacidad de comprensión del receptor del mensaje, en el caso del menor de edad, más reducida para asimilar el lenguaje técnico y entender las instituciones judiciales. De ahí que el derecho a comprender sería:

Aquel que corresponde a los ciudadanos a la hora de exigir de los poderes públicos el esfuerzo institucional que sea preciso para que puedan, sin necesidad de conocimientos jurídicos, ser entendidos los actos, orales o escritos, que son realizados para la correcta elaboración, interpretación o aplicación de las leyes (Fuster-Fabra y Velasco, 2024, p. 474).

Además, está ante un juez de menores que le va a imponer una medida judicial educativa, pero, en todo caso, restrictiva de sus derechos y libertades. Como indica la Comisión para la modernización del lenguaje judicial, sin discriminar según el tipo de juzgado o la población enjuiciada³²:

En contextos como el judicial, una argumentación tiene que cumplir unos requisitos determinados, para hacer de ella algo racional y, además, eficaz y comprensible. Así, cuando el jurista se propone escribir una argumentación, tiene que tener en cuenta, por lo menos, dos reglas fundamentales:

- El orden de la argumentación ha de ser claro y natural. Por ello, es conveniente que el texto siga uno de estos dos esquemas: (a) al inicio deben ponerse todas las premisas y, al final, la conclusión; o, al revés, (b) la conclusión debe ir al principio y, tras ella, las premisas que la apoyan.

- Es necesario que el texto proporcione indicaciones al lector sobre cuáles son las premisas y cuál es la conclusión a la que conducen³³.

Indicábamos antes que, en el caso más específico de la justicia de menores, las Directrices del Comité de Ministros sobre Justicia adaptada dedican un apartado a la motivación e indican que «a la hora de dictar sentencia, la motivación debería facilitarse de tal forma que el niño pueda comprenderla perfectamente. Este extremo adquiere si cabe más importancia cuando se trata de niños con necesidades educativas especiales o un bajo nivel de alfabetización» (2010, IV, p. 55). Se trata de un derecho a una información adaptada que también apunta la LO 5/2024 cuando establece que «en el caso de menores de edad, deben adaptarse los mecanismos existentes para que la información sea adecuada a su edad, madurez e idioma» (art. 6.1). Estas exigencias a la hora de motivar, reclaman que se determine sobre quién recae la responsabilidad de comunicar de manera eficaz. Las *Directrices sobre Justicia adaptada* (2010, §, p. 75) parecen asumir que quienes deben comunicar al menor las decisiones tomadas son el abogado, el tutor o representante legal, sin hacer ninguna alusión al juez de menores. Se indica, más precisamente que «el abogado del niño, su tutor *ad litem* o su representante legal debe comunicar y explicar la

³² En p. 44 de la sección de Lenguaje escrito.

³³ Se puede ver también el *Libro de estilo de la justicia* dirigido por Muñoz Machado (2017).

decisión o sentencia al niño en un lenguaje adaptado a su nivel de comprensión, y proporcionar información necesaria sobre posibles medidas que se podrían tomar, como una recursos o mecanismos de queja independientes». Sin embargo, no resulta descabellado sostener que tendrá más impacto en el menor de edad que sea el propio juez(a) quien le de razones sobre su decisión.

4. Una incursión en la práctica de la motivación escrita y oral en los juzgados de menores

Las hipótesis planteadas en el trabajo exigían una aproximación, aunque fuera con carácter exploratorio y tentativo, a la realidad de la motivación en las sentencias de los juzgados de menores. De entrada, se optó por acudir al CENDOJ para hacer una selección de sentencias. El problema fue que este organismo no publica todas las sentencias y las publicadas estaban distribuidas muy desigualmente desde un punto de vista geográfico, dado que algunas provincias sí que tenían un buen número de sentencias y otras no publicaron ninguna. También se observaba una diferencia entre algunos años que contaban con bastantes sentencias (entre 2012 y 2015 una media de 150 sentencias por año) y desde 2016 hasta 2025 poco más de una sentencia (de media) por año. Pese a la dificultad, para conocer más de cerca qué se motiva y cómo se comunican las sentencias por escrito en la justicia de menores, parecía esencial revisar algunas sentencias de juzgados de menores. En concreto, se analizaron 30 inicialmente y a la vista de que no había diferencia con las sentencias de juzgados penales ordinarios, se estudiaron más en profundidad doce sentencias de juzgados de diferentes provincias³⁴.

Como digo, el análisis de la estructura y lenguaje utilizados en la muestra de sentencias, indica que no hay una diferencia sustancial con la argumentación fáctica y jurídica realizada en las sentencias dictadas por juzgados penales ordinarios. Parece lógico que, para respetar la seguridad jurídica, la estructura y razonamiento sea similar al de la jurisdicción penal ordinaria. Sin embargo, el lenguaje utilizado sigue siendo muy técnico y en absoluto adaptado a un lego en derecho, y menos aún si es menor de edad. En todo caso, hay que indicar que sí que se aprecia una diferencia sustancial entre las sentencias dictadas en audiencia y las que se dictan por conformidad, siendo éstas últimas más breves, claras y centradas en el relato de los hechos y en la descripción de la medida³⁵. Dado que hay acuerdo, parece obvio que sean estos dos extremos los que se entiendan como esenciales, para que el adolescente comprenda la intervención y las razones de la misma. Son las propias sentencias las que indican que, al ser dictadas por conformidad, se evita la argumentación en los fundamentos jurídicos. Como muestra, el juzgado de menores de Girona destaca que:

Tenint en compte el que s'ha exposat en el fonament jurídic anterior, no cal exposar els fonaments legals i doctrinals de la qualificació jurídica dels fets declarats provats, del grau de perfeccionament de la infracció criminal, de la participació de l'acusat en els fets, ni la concurrència de circumstàncies modificatives de la responsabilitat penal (FJ 3º, SJME GI 134/2015).

³⁴ En concreto, se trata de las siguientes sentencias identificadas por el Roj: SJME B 3/2024 (expediente de reforma); SJME SS 2/2024 (expediente de reforma); SJME H 1/2024 (expediente de reforma); SJME CE 2/2023 (expediente de reforma); SJME T 1/2023 (expediente de reforma); SJME GC 1/2022 (expediente de reforma); SJME A 1/2020 (expediente de reforma); SJME ZA 1/2018 (expediente de reforma); SJME M 1/2016 (procedimiento abreviado); SJME L 142/2015 (procedimiento abreviado); SJME GI 134/2015 (abreviado); SJME GR 1/2010 (procedimiento abreviado).

³⁵ Es interesante saber que, en 2022, según los datos de la FGE, las conformidades supusieron el 79% de las sentencias condenatorias a menores (Montero Molera, 2025, p. 1).

Así pues, la comunicación eficaz exigirá que el menor de edad comprenda las razones (en especial, las pruebas fácticas) por las que se le acusa de algo y el fundamento y contenido de la medida judicial que se le impone. Se podría pensar que el lugar ideal para sintetizar esas razones sería el fallo. Sin embargo, en la inmensa mayoría de los fallos de las sentencias de juzgados de menores no se aprecia una adaptación a lenguaje claro para que el menor pueda comprender las condiciones de cumplimiento de la medida y las razones (legales y psicosociales) por las que se impone. Y en la mayoría de ellas se confía en que alguien le comunicará estos extremos. Así, se solicita la notificación de la sentencia a «las partes» (SJME L 142/2015; SJME GC 1/2022), «al Ministerio Fiscal y a las partes e interesados» (SJME CE 2/2023), «a los menores, a sus representantes legales, así como al Ministerio Fiscal y a los Letrados personados» (SJME M 1/2016), «al menor interesado, a su representante legal, Letrado, Ministerio Fiscal y perjudicados que no hubieren renunciado al ejercicio de sus acciones, así como a la Delegación Provincial de Justicia» (SJME H 1/2024). Se podría colegir que la sentencia se dirige al abogado, una figura mediadora entre el mundo del derecho y judicial y el ajeno al mismo, que será el encargado de explicarle al adolescente los extremos que estime pertinentes para un cumplimiento adecuado de la medida (Fernández Molina, 2013). En ningún caso parece dirigirse al menor de edad.

Para intentar compatibilizar la necesidad de comunicar de manera comprensible para el destinatario de la decisión, con las objeciones técnicas planteadas por algunos países, las *Directrices sobre justicia adaptada a los niños* del Comité de Ministros del Consejo de Europa indican que:

Si bien la sentencia y su motivación no siempre pueden registrarse y explicarse con palabras adaptadas a los niños, debido a los requisitos jurídicos en vigor, los niños deberían recibir una explicación de dichas decisiones, bien por parte de su abogado bien por parte de cualquier otra persona adecuada (padre, trabajador social, etc.) (2010, §, p. 124).

Algo que requiere que el profesional cuente con las habilidades comunicacionales necesarias: «Los profesionales que tengan un contacto directo con los niños también deben disponer de formación sobre la comunicación con los menores de todas las edades y etapas de desarrollo, y con niños en situaciones de especial vulnerabilidad» (2010, §, p. 15). De manera que se deja abierta la posibilidad a que esa comunicación con los adolescentes se realice por el juez que toma la decisión o por su abogado que, con una formación específica, pueda abordar con éxito la tarea; o por expertos en infancia que puedan informar al menor de las decisiones adoptadas y las razones que las sustentan y que, igualmente, necesitarán una formación jurídica para no perder precisión en la comunicación.

Aunque lo habitual es motivar por escrito y hacerlo de manera similar a la justicia penal ordinaria, lo cierto es que habría que repensar si es la forma más adecuada cuando se trata de comunicar a menores de edad, o si no sería mejor hacerlo oralmente. O, idealmente, hacerlo de manera complementaria por ambas vías. La LO 5/2000 lo permite en su artículo 38.1 e indica que «también podrá ser anticipado oralmente el fallo al término de las sesiones de la audiencia, sin perjuicio de su documentación con arreglo al artículo 248.3 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial». Pero no indica nada sobre el lenguaje a utilizar y si la comunicación podría ser una simple lectura del fallo de la sentencia escrita. Creo que este momento del fallo anticipado es una magnífica ocasión para que el juez explique al menor en términos comprensibles cuál ha sido la decisión y las razones subyacentes. Entrevistas con operadores judiciales muestran que no suele ser habitual este fallo anticipado en audiencia dado que, al finalizar dicha audiencia, la sentencia todavía no

se ha redactado. Sí que se suele comunicar el fallo en los supuestos de sentencia por conformidad en los que también se ratifica la intención de las partes de no presentar alegaciones, declarando la sentencia firme.

Por esa carencia en la práctica, se ha propuesto, la «generación de un nuevo acto procesal que permita hacer efectivo el derecho a la sentencia motivada para NNA [niños, niñas y adolescentes], o que, en estos procesos, además de la sentencia usual, sea oportuno generar también una segunda versión de ella, adaptada para los niños destinatarios de ella» (Contreras, 2021, p. 159). En ese acto específico podrían comentarse los aspectos más relevantes sobre los hechos y su prueba, así como los elementos que se han tenido en cuenta para adoptar la decisión final. Con posterioridad al pronunciamiento de la sentencia, la concreción de la medida y de su contenido se realiza por el educador del Equipo de Medio Abierto, cuando plantea al menor de edad el Plan Individualizado mediante el que se ejecuta la medida.

Para cerrar el trabajo, se ha realizado un intento de traducción a lenguaje claro de un apartado del fallo, de la única sentencia publicada en CENDOJ de 2025 (SJME SE 1/2025) en la que los hechos se dan por probados por conformidad. Se ha tomado como muestra una sentencia en lenguaje claro en la que el demandante era una persona con discapacidad intelectual (vid. nota 2). La sentencia del Juzgado de Menores de Sevilla resuelve el caso de dos menores de edad acusados de la autoría de dos delitos de asesinato (uno consumado y otro en grado de tentativa), y un delito consumado de lesiones graves. Dado que el fallo es idéntico para ambos se reproduce solo el de uno de ellos. En la sentencia se indica lo siguiente:

Que debo imponer e impongo al menor Melchor como responsable en concepto de autor de un delito de asesinato previsto y penado en el artículo 139.1 y 3 del Código Penal, un delito intentado de asesinato del artículo 139.1 y 16 del Código Penal y de un delito de lesiones con instrumento peligroso del artículo 147.1 y 148.1 del Código Penal a la medida de 7 años de internamiento en régimen cerrado con, por aplicación del artículo 28.5 de la LORRPM, abono íntegro del período de tiempo que el menor ha sido privado de libertad de manera cautelar más 5 años de libertad vigilada con asistencia educativa conllevando esta última la prohibición de acercarse a menos de 300 metros o comunicar con la viuda, descendientes y ascendientes del fallecido Alexander, aplicación del artículo 10.2 de la LORRPM con contenido que se expresa en la presente resolución.

Quizás se podría simplificar en este sentido, dirigiéndose directamente al menor:

Melchor:

Los hechos por los que estás aquí son dos asesinatos y unas lesiones, que has reconocido antes. Como son hechos muy graves, se te impone un castigo de 7 años en un centro cerrado para menores. Esto significa que vas a estar en un lugar donde no puedes salir libremente, para que puedas reflexionar sobre lo que has hecho.

El tiempo que ya has estado encerrado hasta ahora se descuenta de esos 7 años.

Cuando termines de cumplir la medida de internamiento, tendrás que pasar 5 años más en libertad vigilada. Eso supone que durante ese tiempo estarás fuera del centro, pero vas a estar acompañado y controlado por personas que te van a ayudar a entender que lo que hiciste estuvo mal y generó mucho sufrimiento, y que necesitas cambiar para vivir en sociedad de forma responsable y sin hacer daño a nadie.

Durante el tiempo que dura la medida, vas a recibir apoyo educativo, aprender cosas nuevas, trabajar en tus emociones y prepararte para tener una vida sin cometer delitos.

Lo que se busca es que cambies los comportamientos que te llevaron a hacer lo que hiciste.

Además, no podrás acercarte a menos de 300 metros ni comunicarte con la familia de Alexander, la persona que falleció, en especial con su viuda, sus hijos o sus padres.

Este castigo no es solo para que pagues por lo que hiciste, sino también para darte la oportunidad de cambiar y mejorar como persona.

5. Conclusiones

Jonathan Swift en *Los viajes de Gulliver* (1726) hacía esta reflexión sobre el universo jurídico y judicial y su distancia con el mundo del resto de los ciudadanos:

He de observar que esta corporación (la de los abogados) posee una jerga o argot propio, que ningún otro mortal entiende, y en el que están escritas todas sus leyes, que ellos tienen especial cuidado en multiplicar, de suerte que la misma esencia de lo que es la verdad, la mentira, la justicia y la injusticia se halla totalmente oscurecida.

Y algo así sigue ocurriendo cuando el ciudadano llega ante las instituciones judiciales y, más aún, cuando se trata de un menor de edad. La justicia sigue primando la precisión, la seguridad jurídica y la comunicación entre profesionales del derecho, sin preocuparse de conectar e integrar al sujeto pasivo de sus decisiones.

Se han ido logrando algunos avances de la mano de la Comisión de modernización del lenguaje jurídico y judicial. Hay que reconocer que se ha evolucionado con paso más firme en el pronunciamiento de sentencias en lenguaje fácil con algunos colectivos como la discapacidad intelectual o la extranjería, por diferentes motivos. Y, cuando se trata de menores de edad, las reformas legales han hecho más hincapié en evitar la opacidad del derecho y de los procesos judiciales con el colectivo de víctimas que con el de los agresores. Los agresores que cometen delitos antes de la mayoría de edad penal y transitan por la justicia de menores se encuentran en ese cruce de caminos al margen de los colectivos atendidos con lenguaje claro para el logro de una comunicación eficaz. De hecho, una revisión de la literatura y la normativa muestra que hay ejemplos de un mayor esfuerzo de comunicación clara por parte del juez cuando el menor es víctima de delito, pero no lo hay cuando ese menor es victimario. Volvemos de nuevo a esa hipótesis de que el delito, sobre todo si es grave, transforma al agresor en adulto y excluye su especificidad.

Sin embargo, realizar ese esfuerzo en la explicación del fallo y de sus razones de una manera adaptada al adolescente no solo tiene una función democrática de aproximar la justicia al ciudadano, evitar la discriminación lingüística y fomentar la transparencia. En la jurisdicción que interviene con menores de edad que han cometido delitos, que el menor escuche y comprenda la medida directamente de quien ha tomado la decisión tiene una función pragmática de lograr que el adolescente entienda la decisión, la asuma como justa, la cumpla más espontáneamente y logre sus efectos responsabilizadores a más largo plazo. Al tiempo que contribuye a promover la cultura de la legalidad cuando el mejor comprende las razones del delito, la importancia del bien jurídico protegido y, en definitiva, el sentido del derecho y las razones de la justicia.

Bibliografía

Aliste Santos, T.J. (2018). *La motivación de las decisiones judiciales*. Marcial Pons.
Andrés Ibañez, P. (2000). La argumentación probatoria y su expresión en la sentencia.



- Estudios de derecho judicial*, 32, 9-34.
- Ansuátegui Roig, F. J. (2023). El acceso a la justicia como elemento del estado de derecho: modelos y evaluaciones. En F. J. Ansuátegui & M. C. Barranco (Eds.), *Acceso a la justicia y vulnerabilidad* (161-180). Dykinson
- Atienza, M. (2001). Ética judicial. *Jueces para la democracia*, 40, 17-18.
- Barranco Avilés, C. (2023). El concepto de vulnerabilidad con respecto al acceso a la justicia. En F. J. Ansuátegui & M. C. Barranco (Eds.), *Acceso a la justicia y vulnerabilidad* (17-43). Dykinson.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2015). El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma. *Derechos y Libertades: Revista de Filosofía Del Derecho y Derechos Humanos*, 33, 67–98.
- Bernuz Beneitez, M. J. (2014). La legitimidad de la justicia de menores: entre justicia procedimental y justicia social. *Indret: Revista Para El Análisis Del Derecho*, 1, 14–25.
- Bernuz Beneitez M.J., Fernández Molina E. (2025). La pedagogía de la justicia de menores: sobre una justicia adaptada a los menores. *Revista española de pedagogía*. 2019;77(273):229-244. [doi:10.22550/rep77-2-2019-02](https://doi.org/10.22550/rep77-2-2019-02).
- Carretero González, C. (2024a). Perspectiva jurídica del derecho a comprender como derecho a recibir comunicaciones comprensibles. *Revista de Lengua i Dret/Journal of Language and Law*, 82, 30-57.
- Carretero González, C. (2024b). El acceso a la justicia y la eliminación de barreras comunicativas. En M. J. González (Coord.), *Los límites del derecho. Ocho reflexiones sobre algunas limitaciones del Derecho* (65-105). Tirant lo Blanch.
- Chaves García, J. M. (2021). *Cómo piensa un juez. El reto de la sentencia justa*. Wolters Kluwer.
- Comisión para la Modernización del lenguaje jurídico (2011). *Claridad y derecho a comprender*.
- Comité de Ministros del Consejo de Europa (2010). *Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa para una justicia adaptada a los niños*.
- Contreras Rojas, C. (2021). Debido proceso e infancia. La participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial a la luz de los Derechos Humanos, con especial referencia al derecho a la prueba y el derecho a la sentencia motivada en clave de infancia. *Estudios Constitucionales*, 19(2), 137-169.
- Cruz Marquina, M. C. (2023). Justicia adaptada. Trato diferenciado y especializado a niñas, niños y adolescentes para garantizar su acceso a la justicia. ¿Quiénes y cómo podemos hacerlo? *Revista de la Escuela Federal de Formación Judicial*, 53, 174-195.
- De Asís, R. (2005). *El juez y la motivación en el Derecho*. Dykinson.
- De Lorenzo García, R. (2023). Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y su tutela constitucional. Apuntes sobre la necesaria reforma del art. 49 de la CE. En F. J. Ansuátegui & M. C. Barranco (Eds.), *Acceso a la justicia y vulnerabilidad* (239-271). Dykinson
- Del Real Alcalá, J. A. (2024). Deber de motivación de las sentencias judiciales en el estado constitucional: dimensiones y problemáticas. *Anuario de Filosofía del Derecho*, 39, 281-314. <https://doi.org/10.53054/afd.vi39.10155>
- Fernández Molina, E. (2013). Una aproximación a la figura del abogado en la justicia de menores. *Cuadernos de Política Criminal*, 109, 217–242.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta.
- Ferrer Beltrán, J. (2011). Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales. *Isonomía*, 34, 87-107.
- Fuller, L.L. (1967). *La moral del Derecho*. Trillas.
- Fuster-Fabra Toapanta, J. I., & Velasco Sánchez, J. C. (2024). La difusión de los valores jurídicos y la educación en "derechos". En M. De Prada (dir.), *El derecho a entender el Derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico* (471-487). Tirant lo Blanch.

- Gascón Abellán, M. (2014). *Argumentación jurídica*. Tirant lo Blanch.
- Gascón Abellán, M. & García Figueroa, A.J. (2005). *La argumentación en el Derecho*. Palestra.
- González Ordovás, M. J. (2024). El lenguaje como límite del Derecho: algunas consideraciones sobre eficacia, banalización y pedagogía. En M. J. González (Coord.), *Los límites del derecho. Ocho reflexiones sobre algunas limitaciones del Derecho* (19-64). Tirant lo Blanch.
- Grisso, T., Steinberg, L., Woolard, J., Cauffman, E., Scott, E., Graham, S., Lexcen, F., Reppucci, N. D., & Schwartz, R. (2003). Juveniles' Competence to Stand Trial: A Comparison of Adolescents' and Adults' Capacities as Trial Defendants. *Law and Human Behavior*, 27(4), 333–363.
- Hernández Martín, R.L. (2013). *Razonamientos en la sentencia judicial*. Marcial Pons.
- Igartua Salaverria, J. (2022). La despistada función epistémica de la «motivación reforzada». *Diario La Ley*, 10139, 3
- Igartua Salaverria, J. (2003). La motivación de las sentencias, imperativo constitucional. *Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*.
- Iturralde Sesma, V. (2003). *Aplicación del derecho y justificación de la decisión judicial*. Tirant lo Blanch.
- Jan, P. (2011). Publiciser les opinions des juges : une exigence pédagogique pour interioriser le droit. En P. Rimbault & M. Hecquard-Théron (Éds.), *La pédagogie au service du droit* (261-273). Presses de l'Université Toulouse Capitole. <https://doi.org/10.4000/books.putc.448>
- Laveaga, G. (2006). *La cultura de la legalidad*. Instituto de Investigaciones jurídicas.
- Malem Seña, J. (2001). ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 24, 379-403.
- Martínez Pichardo, P. J., Hernández Oliva, A. V., & Benítez Treviño, V. H. (2020). La socialización jurídica, mecanismo fundamental en el proceso de construcción de la cultura de la legalidad. *Ciencia Jurídica*, 9(17), 41–56. <https://doi.org/10.15174/cj.v9i17.326>
- Milione, C. (2015). El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: Reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico. *Estudios de Deusto*, 63(2), 173-188. [https://doi.org/10.18543/ed-63\(2\)-2015pp173-188](https://doi.org/10.18543/ed-63(2)-2015pp173-188)
- Montero Molera, A. (2025). *El instituto de la conformidad en la justicia de menores*, Tesis doctoral, UCLM.
- Montolío Durán, E., & Tascón, M. (2020). El derecho a entender: la comunicación clara, la mejor defensa de la ciudadanía. Catarata
- Moreu Carbonell, E. (2021). *La lucha por el derecho fácil*, IberlCONNECT.
- Muñoz Machado, S., Lesmes Serrano, C., Gutiérrez Ordóñez, S., Raigal Pérez, E., & García Gutiérrez, M. (Eds.). (2017). *Libro de estilo de la Justicia*. Espasa
- Oliver Lalana, D. (2011). *Legitimidad a través de la comunicación: un estudio sobre la opacidad y la publicidad del derecho*. Comares.
- Pérez Luño, A. E. (2009). ¿Qué significa juzgar? *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 32, 151-176.
- Ramírez García, H. S. (2015). Motivación de la decisión judicial. Una aproximación a sus fundamentos éticos. *Revista de Justicia Electoral*, 16, 151-169.
- Rimbault, P., & Galliano, L. (2011). Synthèse. La pédagogie en droit : pour qui et pour quoi faire ? En P. Rimbault & M. Hecquard-Théron (Éds.), *La pédagogie au service du droit* (421-431). Presses de l'Université Toulouse Capitole. <https://doi.org/10.4000/books.putc.467>
- Mate, R. (2011). Tratado de la injusticia (1ª ed.). Anthropos.
- Steinberg, L. (2009). Adolescent Development and Juvenile Justice. *Annual Review of Clinical Psychology*, 5, 47-73. [doi: 10.1146/annurev.clinpsy.032408.153603](https://doi.org/10.1146/annurev.clinpsy.032408.153603)
- Toharia, J.J. (2014). Cultura de la legalidad y buena justicia. En I. Wences, R. Conde y A. Bonilla (Eds.) *Cultura de la Legalidad en Iberoamérica: Desafíos y*

- Experiencias* (119-136). FLACSO Secretaría General.
- Turégano Mansilla, I. (2024). *Barreras en el acceso a la justicia y desigualdad social*. Dykinson.
- Tyler, T. (1990). *Why people obey the law*. Yale University Press.
- Villanueva Flores, R. (2024). Jueces virtuosos. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 48, 519-540.
- Vives Ruíz, F. (2024). El precio de la oscuridad. En M. Prada (Dir.), *El derecho a entender el derecho. Alcance y límites del lenguaje jurídico* (145-170). Tirant lo Blanch.
- Zagrebelsky, G. (2005). La justicia como 'sentimiento de injusticia'. *Jueces para la democracia*, 53, 3-6.

Entre la voluntad popular y la unidad estatal. Hermann Heller, Arnold Köttgen y el funcionariado público profesional en la Alemania de Weimar*

Between people's will and the unity of the State. Hermann Heller, Arnold Köttgen, and the professional civil service in Weimar Germany

Nicolás Fraile

Universidad de Buenos Aires

ORCID ID 0000-0002-1133-4255

nfraile@sociales.uba.ar

Cita recomendada:

Fraile, N. (2026). Entre la voluntad popular y la unidad estatal. Hermann Heller, Arnold Köttgen y el funcionariado público profesional en la Alemania de Weimar. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 35-56.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10373>

Recibido / received: 08/05/2025
Aceptado / accepted: 23/01/2026

Resumen

Este artículo se propone contribuir a la reflexión teórico-política en torno al funcionariado público a partir de la obra de dos importantes juristas y teóricos del Estado de la Alemania de Weimar: Hermann Heller y Arnold Köttgen. En particular, se analizan sus concepciones divergentes acerca de si el cuadro administrativo debe hallarse al servicio de la voluntad popular, tal como esta se expresa gubernamentalmente, o si, antes bien, debe servir al Estado entendido como una magnitud unitaria conforme a su expresión institucional. A tales efectos, se restituyen los principales lineamientos del debate weimariano en torno a la relación entre voluntad popular y Estado, atendiendo especialmente al artículo 130 de la Constitución, en el que se regulaba al funcionariado público. Seguidamente, se examinan las contribuciones de ambos autores y se

* Este trabajo fue realizado gracias a una estancia de investigación en el Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Gotinga, financiada por una beca del Servicio Alemán de Intercambio Académico (DAAD). El autor agradece especialmente a la Prof. Dra. Tine Stein y a la Dra. Verena Frick, así como al par evaluador por sus comentarios.

muestran las consecuencias teórico-políticas de sus posiciones, para finalmente extraer algunas consideraciones acerca de su actualidad.

Palabras clave

Burocracia, teoría del estado, democracia, estatismo, administración pública.

Abstract

This article aims to contribute to the political-theoretical consideration of the professional civil service, drawing on the work of two significant jurists and state theorists from Weimar Germany: Hermann Heller and Arnold Köttgen. Their contrasting views are analysed regarding whether the administrative body should serve the popular will as expressed by the government, or whether it should instead serve the state as a unitary entity as defined institutionally. To this end, the main guidelines of the Weimar debate on the relationship between the will of the people and the state are revisited, with particular focus on Article 130 of the constitution, which regulated public service. The contributions of both authors are then examined, revealing the theoretical and political consequences of their positions. Finally, some conclusions are drawn about their relevance today.

Keywords

Bureaucracy, state theory, democracy, statism, public administration.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Consideraciones preliminares sobre la voluntad popular y el funcionariado público en la Alemania de Weimar. 3. Hermann Heller y la neutralidad del funcionariado. 3.1. Imposibilidad del carácter suprapartidario del Estado. 3.2. Subordinación del funcionariado público a las directivas gubernamentales. 3.3. Neutralización del cuadro administrativo. 4. Arnold Köttgen y el funcionariado como protector de la unidad estatal. 4.1. Protección de la unidad estatal como tarea del funcionariado. 4.2. La comunidad estatal como universal. 4.3. Carácter representativo del funcionariado. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción

A pesar del creciente interés por el Estado que se ha suscitado en los últimos años en el campo disciplinar de la filosofía y la teoría política, las cuestiones relativas a la administración pública han quedado mayormente relegadas. Descontando algunas excepciones (Abad & Amador, 2017; Eiff, 2024; Nosetto, 2024b), el diagnóstico de Wolfgang Seibel (2017) puede extenderse a la teoría política contemporánea: aquí también el cuadro administrativo estatal es considerado, «en el mejor de los casos, poco interesante o, al menos, un asunto de expertos» (p. 15). Ciertamente, puede argüirse que el acercamiento a este tópico se vio dificultado por el carácter ontológico que asumió la reflexión teórico-política en los últimos años (Biset & Farrán, 2011, 2017; Marchart, 2009), así como por la hegemonía de las agendas de la ciencia política empírica en los asuntos relativos a la administración pública (Oszlak, 2006). Sin embargo, ello no excusa a la teoría política de haber recaído en lo que Esteban Amador (2017) denomina «fantasía tecnocrática». Esto es, servirse de una concepción de la burocracia como una máquina ciega que puede prescindir de reflexión teórica o conceptual, pues sólo es susceptible de intervenciones técnicas. A juicio de este autor, cada vez que la filosofía y la teoría política indagan el cuadro administrativo del Estado

entra en juego el viejo prejuicio mecanicista que arrastra la palabra burocracia, según el cual en el Estado implementar es aplicar ciegamente un procedimiento. «Ciegamente» quiere decir «automáticamente», y por eso se critica la «obediencia

ciega» como algo indigno de un ser humano. El burócrata es parte de una máquina que, como suele ocurrir con las máquinas, no piensa. Los decisores deciden y los agentes «aplican». Éstos son correas de distribución, piedras de un edificio, pero no «piedras vivas» (2017, p. 58).

Si esto es correcto, puede afirmarse que, en la filosofía y la teoría política, el funcionariado es considerado una instancia meramente ejecutiva, que se limita a obedecer y aplicar mecánicamente órdenes que le vienen dadas. Ahora bien, cabe preguntarse: el cuadro administrativo del Estado, ¿se encuentra condenado a aquellas consideraciones maquinales? ¿Es posible indagar otras vías de reflexión y modos de concebir el cuadro administrativo? En caso afirmativo, ¿cuáles son?

Este trabajo indaga la posibilidad de reflexionar teórico-políticamente sobre el funcionariado estatal. Para ello, se propone recuperar la obra de dos juristas que, a pesar de sus significativas diferencias, coinciden en que el cuadro administrativo no es una máquina ni un aparato, sino un cuerpo político cuyo papel y sentido deben ser examinados: Hermann Heller y Arnold Köttgen. Aunque sus trabajos no han sido objeto de mayor indagación en el mundo hispanoparlante,¹ sus consideraciones pueden contribuir a la delimitación y comprensión de un problema significativo para los cuadros administrativos, a saber: si se tratan de una herramienta subordinada a las fluctuaciones de la voluntad popular –tal como esta se expresa sucesivamente en los comicios electorales y en las formaciones gubernamentales que surgen de ellos–, o si, en cambio, expresan un punto de vista que, aunque fundado en la soberanía del pueblo, debe preocuparse por la preservación de la unidad política. Estas dos comprensiones del papel del funcionariado público, que pueden colegirse de las posiciones de Heller y Köttgen, constituyen el objeto de este artículo.

A riesgo de adelantar los argumentos, me permito indicar que el trasfondo de esta tensión es el artículo 130 de la extinta Constitución de la República de Weimar, que declaraba a los agentes estatales «funcionarios al servicio de toda la comunidad». ¿Qué significa esto? Por un lado, Heller entendía que este artículo llamaba al cuadro administrativo a subordinarse a la voluntad popular, tal como esta era expresada por el gobierno. Sin embargo, dadas las tendencias imperantes a la partidización y politización en las filas de la burocracia, esta subordinación no resultaba tan sencilla, sino que requería un complejo trabajo de despolitización por parte del cuadro administrativo a fin de constituirse como un cuerpo neutral. Por otro lado, Köttgen tenía una comprensión distinta del mismo artículo. A su juicio, el problema más acuciante eran las tendencias centrífugas y facciosas que se expresaban en el pluralismo político-partidario de la República de Weimar. Dado que estas fuerzas pluralistas eran representadas en el parlamento y que, a su vez, este órgano era el que proponía el gobierno, la subordinación del cuadro administrativo a las directivas gubernamentales podía redundar en la reproducción del carácter centrífugo y faccioso de la sociedad en el interior del Estado. En vista de ello, el servicio a la comunidad debía adquirir un sentido diferente, a saber: el de proteger la unidad estatal frente a dicho pluralismo y preservarla como un órgano suprapartidario. Así, mientras Heller se inclina por una comprensión según la cual el funcionariado público debe resguardar la voluntad popular tal como esta se expresa de manera pluralista, Köttgen se inclina por una en la que el funcionariado debe resguardar la unidad del Estado.

¹ Ciertamente, la obra de Heller ha recibido una atención considerable en el mundo hispanoamericano: así lo muestra su recepción en España (López Pina, 1984) y, por ejemplo, la temprana lectura de su obra que hizo Arturo Sampay en Argentina. Sin embargo, sus reflexiones sobre el cuadro administrativo estatal no encontraron mayores comentarios. El caso de Köttgen es distinto, ya que la totalidad de su obra permanece prácticamente desconocida en el ámbito hispanoparlante.

En lo que sigue, interesa acercarse a esta tensión y ganar claridad sobre el papel y el sentido que ambos autores le atribuyeron al funcionariado público. A estos efectos, en el apartado 2 contextualizo los conceptos y debates de la época que resultan relevantes para la cuestión aquí tratada. En particular, destaco las discusiones existentes en torno a la voluntad popular y clarifico el significado de la noción «funcionariado público profesional» [*Berufsbeamtentum*], utilizada tanto por Heller como por Köttgen para referirse al cuadro administrativo del Estado. Seguidamente, en los apartados 3 y 4, indago los escritos de estos dos autores en los que se planteó abiertamente la pregunta por el cuadro administrativo estatal, a la vez que destaco el modo en que interpretaron la relación entre voluntad popular y unidad estatal. Por último, en el apartado 5, recapitulo los argumentos y formulo algunas reflexiones generales en torno a la actualidad de estas obras.

2. Consideraciones preliminares sobre la voluntad popular y el funcionariado público en la Alemania de Weimar

La noción de voluntad popular debe ser remitida, tanto filosófica como jurídicamente, a la soberanía del pueblo. Esto es, a la constatación de que el poder político procede del pueblo y que es este, entonces, el autor de las normas y de las decisiones que se adoptan. La Constitución de la República de Weimar reconocía ese origen en su artículo primero. No obstante, su expresión no estaba exenta de problemas. Si bien aquella constitución preveía mecanismos de democracia directa, como el referéndum y el plebiscito, lo cierto es que, por lo regular, el querer del pueblo se expresaba mediante la representación política. Por lo tanto, quienes se encontraban a cargo de ella se veían ante la exigente tarea de conocer y expresar la voluntad popular. Ahora bien, el órgano representativo por excelencia de la Alemania de Weimar era el parlamento, el *Reichstag*. Sus representantes, si bien sometidos únicamente a su propia consciencia, accedían a sus cargos a través de los partidos políticos y se encontraban fácticamente vinculados a ellos. En consecuencia, sus decisiones e intervenciones, así como su interpretación de la voluntad popular se hallaban mediadas por los propósitos e intereses partidarios. Con esto, eran las organizaciones políticas –los partidos, especialmente– las encargadas de expresar la voluntad del pueblo.

A diferencia de lo que ocurrió en la segunda mitad del siglo XX (Leibholz, 1980), cuando los partidos políticos fueron reconocidos como transmisores de la voluntad popular, su papel en la República de Weimar distaba de ser claro. En principio, existía una serie de prejuicios ampliamente extendidos contra estas organizaciones: dado que se consideraba que perseguían intereses particulares, se las hacía responsables de fragmentar la representación popular y, así, su aceptación por buena parte de los juristas e intelectuales de la época se vio dificultada.² A su vez, a pesar de que apenas se los mencionaba en la Constitución, desempeñaron un papel central en los asuntos públicos, principalmente en la vida parlamentaria y en la

² A juicio de Christoph Gusy (1993), existieron tres maneras típicas en las que la teoría del Estado se posicionó ante los partidos políticos. La primera, que puede considerarse minoritaria, es aquella que se mostraba optimista con respecto a la relación entre Estado y partidos. Representantes de esta posición fueron juristas como Richard Thoma, Hans Kelsen o el propio Hermann Heller, de quien nos ocupamos detalladamente más abajo. Según indica Gusy, el denominador común es la concepción del pueblo como una magnitud plural, atravesada por distintas direcciones de voluntad, a cuya naturaleza se correspondía el Estado de partidos. La segunda es aquella que rechazaba el carácter partidario del Estado alemán y velaba, más bien, por su carácter suprapartidario. Autores como Carl Schmitt, Gerhard Leibholz o el propio Arnold Köttgen pueden ser ubicados en esta dirección. La última, en cambio, es aquella que, si bien rechazaba el pluralismo político-partidario, entendía que se requería de una organización partidaria para expresar al «pueblo verdadero». Representante de esta concepción fueron aquellos intelectuales de ideología *völkisch* que pavimentaron el camino para el nacional socialismo.

formación de gobierno. Heinrich Triepel (1927), quien exploró con mayor sistematicidad el papel de los partidos en la República de Weimar, indicó que, a pesar de ser prácticamente ignorados por el texto constitucional, eran ellos quienes «ponen las cabezas dirigentes del gobierno, los que llenan los puestos ministeriales, los que apoyan los gabinetes, los vigilan, los patrocinan, los apuntalan» (pp. 26-27). A resultas de ello, y pese a los prejuicios existentes, desempeñaban un papel político central.

El carácter partidario del Estado alemán no se expresaba únicamente en el gobierno, sino que alcanzaba también a la función pública. En una reconocida conferencia de 1932, Carl Schmitt traza un cuadro lapidario sobre la situación del funcionariado profesional. En «Estado fuerte y economía sana» [*Starker Staat und gesunde Wirtschaft*] este jurista indica que «Alemania puede ser definida como la tierra de las compatibilidades ilimitadas en la que todo puede conciliarse con todo y donde una persona puede ser simultáneamente miembro del *Reichstag* o del *Landtag*, plenipotenciario del *Reichsrat*, alto funcionario y presidente del partido, entre otros muchos roles» (1995, p. 77). Si bien este testimonio data de un momento en el que la penetración de las organizaciones partidarias en el aparato estatal se encontraba ya avanzada, lo cierto es que expone un problema político-constitucional que se sitúa en el núcleo de las preocupaciones de este trabajo, a saber: la tensión entre la orientación universal del funcionariado y la posibilidad de que asuma puntos de vista político-partidarios. El trasfondo de esta tensión era el ya mencionado artículo 130, que legislaba sobre el funcionariado público. Dada su relevancia, conviene examinar la formulación de este artículo en la Constitución de la Alemania de Weimar.

De los tres párrafos que componen el artículo 130, los más significativos son los dos primeros, cuya formulación resulta contradictoria. El primero concibe al funcionariado público como una clase a cargo de los intereses universales del pueblo al establecer lo siguiente: «Los funcionarios son servidores de la comunidad, no de un partido». El segundo, en cambio, asume un punto de vista diferente al indicar que «[s]e garantiza a todos los funcionarios la libertad de opinión política y de asociación». Como puede observarse, este segundo párrafo reconoce que el funcionario puede tener preferencias políticas particulares. Con ello, no sólo se abre la puerta a la partidización del funcionariado, sino que además se incurre en un punto de vista opuesto al del párrafo inmediatamente anterior. Esta dificultad se vio agravada, además, por el hecho de que a los funcionarios se les reconocían derechos electorales pasivos. Es decir, la posibilidad de postularse a cargos electivos. Como resultado, se produjo una situación político-constitucional en la que no era claro si el funcionariado estaba llamado a asumir aquel punto de vista universal o si, antes bien, podía partidizarse y competir electoralmente. En 1927, un fallo del Tribunal Superior en lo Contencioso-Administrativo de Prusia estableció que las libertades de asociación y opinión mencionadas en el segundo párrafo del artículo 130 podían resultar, en algunos casos, contrarias a los deberes del funcionario. La ambigüedad del fallo, sin embargo, diluyó sus efectos ordenadores y abrió la puerta a una polémica jurídico-constitucional en torno a la siguiente pregunta: ¿puede un funcionario pertenecer a un partido revolucionario?

A efectos de clarificar estas dificultades, conviene introducir el otro concepto que hace a este apartado, el cuadro administrativo. Sobre este punto, en primer lugar, debe destacarse que el cuadro administrativo del Estado ha sido objeto de diversas denominaciones: administración pública, burocracia, servicio civil, entre otras. Quien las examine con mayor detenimiento, puede descubrir que, al menos en el ámbito germanoparlante, estas variaciones no reflejan únicamente la riqueza nominal de la lengua, sino que además traslucen distintas concepciones y valoraciones. Por ejemplo, conforme a la entrada dedicada a estas nociones en el diccionario *Conceptos históricos fundamentales* (Fusco et al., 2004), compilado por Reinhart Koselleck, Otto

Brunner y Werner Conze, la noción de administración pública destaca un sector de la actividad estatal. En particular, aquel que se opone a la legislación y a la judicatura y que persigue como propósito la puesta en acto de las directivas políticas. La noción de burocracia, en cambio, fue objeto de diversos usos polémicos que datan, al menos, de finales del siglo XVIII. Si bien con Max Weber ingresó al campo discursivo de las ciencias sociales, lo cierto es que había sido utilizada originalmente para denunciar el centralismo administrativo napoleónico que había reemplazado al sistema colegiado alemán. Heller y Köttgen, sin embargo, para referirse al cuadro administrativo estatal se sirven de una noción distinta: la de funcionariado público profesional [*Berufsbeamtentum*]. En lo que sigue, conviene avanzar sus características principales.

El contenido semántico del concepto de funcionariado público profesional está lejos de los de administración pública y burocracia. Emparentada con las de cargo [*Amt*] y funcionario [*Beamter*], es posible reconocer tres características en esta noción. La primera es la expresión del Estado como una totalidad. Si bien en sus orígenes el funcionariado era un cuerpo que le debía lealtad personal al príncipe, tras la racionalización moderna terminó por convertirse en un órgano que sirve al Estado entendido como una idea abstracta. Esta idea, justamente, es la que representa la estatalidad como un todo, independientemente de que se encuentre fácticamente fragmentada en una cantidad de oficinas, agentes decisores, poderes, etc. Esta despersonalización también se extendió a la idea del cargo. Este, más que un recipiente a ser ocupado por una persona, comenzó a ser entendido como una magnitud objetiva, a la cual le era propia un conjunto de deberes e, incluso, una dignidad que recibía quien lo desempeñaba. Por lo tanto, la segunda característica de la noción de funcionariado público profesional es la objetividad del cargo. La tercera y última es su naturaleza estabilizadora. Este cuerpo, dada su objetividad y capacidad para expresar la estatalidad como un todo, fue percibido como un órgano que otorgaba durabilidad y estabilidad al Estado. Es esto lo que puede leerse, por ejemplo, en *Doctrina de la administración*, de Lorenz von Stein: «El gobierno requiere de un órgano duradero que ejecute la siempre consistente voluntad del Estado en el cambio de las situaciones externas» (1869, p. 205). Así, a la noción de funcionariado público profesional le son propias las tres características destacadas: la expresión de la estatalidad como un todo, la objetividad del cargo y la estabilización del Estado.

El lector bien puede sospechar que esta noción de funcionariado público es plausible de ser retrotraída a la obra de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, uno de los mayores apologetas de la función pública. En efecto, en sus *Principios de la filosofía del derecho* (2004), los servidores del Estado son reconocidos como una clase universal. Esto es, como una que, «de modo inmediato, tiene en su determinación lo universal como fin de su actividad esencial» (p. 248). Esto presupone no sólo que el Estado expresa el interés y la voluntad general, sino, principalmente, que son sus funcionarios quienes lo corporizan y quienes tienen por tarea mediarlo frente a la sociedad civil, entendida como sede de lo particular (Assalone, 2012). En buena medida, esta comprensión es la que se encuentra anunciada en el primer párrafo del artículo 130 de la Constitución de la República de Weimar. Al considerar a los agentes estatales «funcionarios al servicio de toda la comunidad», se expresa que son ellos quienes están a cargo de los intereses de la totalidad del pueblo. Desde esta perspectiva, la contradicción con el segundo párrafo —en el que se garantiza a los funcionarios la libertad de opinión y asociación— resulta mucho más aguda. Conforme al recorrido trazado aquí, bien puede señalarse que, si la primera parte del artículo remite a la tradición del funcionariado público profesional, la segunda remite a la realidad del pluralismo partidario. Es en este punto donde se configura la tensión central: si el gobierno se forma a partir de mayorías político-partidarias y el funcionariado sigue sus mandatos, ¿actúa este en nombre de la voluntad popular o,

antes bien, en nombre de un partido o una fracción? Para servir a la comunidad en su conjunto, ¿puede el funcionariado reservarse para sí cierta autonomía o esto supondría una lesión de la voluntad del pueblo tal como se expresa electoralmente? A fin de avanzar sobre estos interrogantes, voy a examinar la obra de los autores que aquí interesan.

3. Hermann Heller y la neutralidad del funcionariado

Heller, nacido en 1891 en el Imperio austrohúngaro, se destacó como uno de los grandes profesores de derecho público de la Alemania de Weimar (Meyer, 1984). Si bien de convicciones socialistas, desde su juventud mostró una fuerte predilección por el Estado, la democracia y la vida nacional. Las fuertes críticas a la tradición política bismarckiana expresadas en su tesis de habilitación, *Hegel y el pensamiento nacional del Estado de poder en Alemania* (1992e), no fueron óbice para su valoración del funcionariado público. A su juicio, aquellas corrientes que entienden que el cuadro administrativo debe ser un cuerpo de entusiastas del gobierno o un conjunto de delegados de las bases no resultan admisibles para un Estado de las dimensiones del alemán. Antes bien, considera necesario un cuerpo profesionalizado que, en virtud de su fuerte incidencia política, no puede tener los mismos derechos electorales que el resto de los ciudadanos. Su empresa teórica en torno a esta cuestión discurre, precisamente, sobre la despolitización del cuadro administrativo a fin de configurarlo como un cuerpo neutral, imposibilitado de participar electoralmente y comprometido con la voluntad del pueblo.

A fin de obtener una mirada global sobre los escritos en los que Heller se ocupa del funcionariado, conviene atender lo señalado por Marcus Llanque (2022). Según este importante especialista, existen tres trabajos en los que aquel autor se interesó por el funcionariado público. El primero de ellos, publicado en 1924, se titula «Derechos y obligaciones fundamentales» [*Grundrechte und Grundpflichten*] (1992d) y tiene como objetivo recuperar las principales ideas políticas que informaron el debate constituyente en la República de Weimar, así como explicitar el modo en que ellas se plasmaron en los distintos artículos de la Constitución.³ Si bien el autor se detiene en el artículo 130, lo cierto es que no brinda mayores certezas sobre el problema que aquí interesa: el del funcionariado público y las concepciones subyacentes sobre el Estado y la voluntad popular.

El segundo escrito se titula «El funcionariado en el Estado popular social» [*Der Beamte im sozialen Volksstaat*]. Fechado en 1929, se trata de una conferencia pronunciada en el auditorio de un sindicato de servidores públicos.⁴ En él, si bien se avanzan algunas observaciones acerca de la problemática que aquí resulta de interés, las principales contribuciones giran en torno a asuntos gremiales del cuadro administrativo. Por ejemplo, sus condiciones de contratación y salarios. Dado que estos aspectos exceden el objeto de este trabajo, el texto en cuestión no será el centro del análisis, aunque oportunamente puedan establecerse algunas referencias a él.

Distinto es lo que ocurre con el último escrito que Heller dedicó a esta cuestión. Publicado en 1930 y titulado «El funcionariado público profesional en la democracia alemana» [*Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie*], la reflexión en torno

³ Las ideas políticas a las que hace referencia Heller son tres: la idea liberal, la idea democrática y la idea socialista. Puede comprobarse que el esbozo típico-ideal que realiza el autor en este artículo es desarrollado con mayor exhaustividad en su clásico libro de 1926, *Las ideas políticas contemporáneas* (1992b). En este, a los tres círculos de ideas mencionados, agrega el relativo a la idea nacional.

⁴ Puntualmente, la conferencia fue brindada en el auditorio del Allgemeine deutsche Beamtenschaft (ADB), organización creada en 1922 tras una escisión del tradicional sindicato Deutschen Beamtenschaft (DBB).

a la voluntad popular y su relación con el Estado se encuentra presente ya desde el título. Justamente, es en sus páginas donde puede encontrarse expuesta de manera sistemática la propuesta central de este autor, a la que se hizo referencia previamente. A fin de exponerla con claridad, me permito presentar tres argumentos sobre los que Heller se apoya. Si bien no fueron desarrollados en este orden, entiendo que pueden sistematizarse de la siguiente manera: 1) imposibilidad del carácter suprapartidario del Estado; 2) subordinación del funcionariado público a las directivas gubernamentales; 3) neutralización del cuadro administrativo.

3.1. Imposibilidad del carácter suprapartidario del Estado

El punto de partida de la argumentación de Heller está dado por la naturaleza contenciosa del ser humano y de las sociedades.⁵ A su juicio, allí donde hay vida en común, hay lucha entre facciones y tendencias políticas opuestas. Sin ir más lejos, la comunidad en la que los Estados modernos anclan su soberanía carece de unidad. Esta, en verdad, es un producto artificial de la misma representación política. Ahora bien, a diferencia de la tradición hegeliana antes referida, Heller no considera que el Estado pueda sustraerse a los conflictos que se suscitan en la sociedad y expresar un interés que se encuentra por encima de las partes. Por el contrario, al dirimir públicamente un asunto, recae de manera inevitable en alguna de las corrientes políticas existentes en el sustrato societal. En consecuencia, los juicios, decisiones y tomas de posición estatales revelarían siempre una postura política particular. Si esto es así, el Estado no puede asumir un carácter universal o suprapartidario.

Este rechazo de la universalidad estatal no constituye, ciertamente, una originalidad de Heller. Una posición similar puede encontrarse en la obra de quien fuera uno de sus maestros: Gustav Radbruch.⁶ Este jurista, que se desempeñó como ministro de Justicia del *Reich*, publicó algunos escritos que resultan de gran importancia para la postura de Heller. Dado que permiten exponerla con mayor facilidad, conviene recuperar aquí dos de ellos: «Estado de partidos y comunidad popular» [*Parteienstaat und Volksgemeinschaft*] de 1929 y «Los partidos políticos en el sistema del derecho constitucional alemán» [*Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts*], publicado un año después, en 1930. A juicio de Radbruch, la expresión de un punto de vista suprapartidario no sólo constituye una imposibilidad para el Estado. Además, la postulación de aquel punto de vista es uno de los rasgos distintivos de la ideología autoritaria que, al atribuirle carácter universal a la estatalidad, pretende desligarla del mandato popular. Más precisamente, de su interpretación a manos de los partidos políticos. Según puede leerse en su escrito de 1930,

la indiferencia hacia los partidos en la Constitución del *Reich*, más que en la ideología de la democracia, tiene sus raíces en la tradicional ideología del Estado autoritario

⁵ En la bibliografía secundaria existe una controversia en torno al fundamento de este aserto helleriano. Según Gerhard Robbers (1983), el carácter contencioso del ser humano se fundamenta en su propia naturaleza. Es decir, antropológicamente. Según Wolfgang Schluchter (1968), por el contrario, es la cultura moderna la que vuelve contenciosa a la criatura humana. Quien dio cuenta de esta controversia fue Maximiliano Hernández Marcos (1998), quien indicó que, si bien ambos comentaristas son conscientes de la importancia que tiene la antropología y la cultura para la teoría del Estado helleriana, difieren en el orden de prelación que existe entre ellas.

⁶ La relación entre Heller y Radbruch se remonta a los primeros años de la República de Weimar. Según documenta Hans-Peter Schneider (1984), su vínculo se apoyó, principalmente, en las convicciones políticas compartidas —ambos se enrolaron en el Partido Socialdemócrata Alemán en 1919—, así como sobre el trabajo que realizaron juntos en torno a la educación de adultos. Con el correr de los años, compartieron también una serie de preocupaciones metodológicas y teóricas en torno a la reflexión estatal. Probablemente, el testimonio más claro de la amistad lo constituye el que Heller le haya dedicado a Radbruch su libro *Las ideas políticas contemporáneas*.

[*Obrigkeitsstaaf*], consecuentemente asumida en el nuevo Estado. El Estado autoritario, cuyo gobierno no se apoya en la mayoría parlamentaria, tuvo como fundamento necesario la creencia ideológica en la posibilidad de un punto de vista por encima de los partidos: «La patria sobre el partido». El carácter suprapartidario del gobierno fue, entonces, la leyenda, la mentira vital del Estado autoritario (1930, p. 289).

Como puede seguirse de esta cita, el pretendido carácter suprapartidario encubre, bajo una prédica universalista, el desapego estatal respecto de la voluntad popular, al menos, tal como esta se expresa a través del parlamento y los partidos políticos. A juicio de Radbruch, los actos gubernamentales de un Estado de esta índole son tan particulares y partidarios como los de cualquier otro. Sin embargo, mientras que en los Estados de carácter democrático ese signo partidista es público, en los de carácter autoritario se lo oculta bajo la mencionada pretensión de universalidad. Unas líneas más abajo, con suma plasticidad, Radbruch indica que el gobierno suprapartidario del Estado autoritario se trata, en realidad, de «un gobierno criptopartidario que se distingue del verdadero gobierno partidario únicamente en que sus pilares políticos no son visibles ante los ojos de la esfera pública [*Öffentlichkeit*], sino que son objeto de una diplomacia secreta interna» (1930, p. 289). Si esto es así, el carácter suprapartidario funciona como un velo que encubre el signo político del gobierno y que lo exime de responsabilidad frente a la voluntad popular.

A pesar de no haber utilizado la expresión «criptopartidario», es dable que Heller siguió de cerca el razonamiento de Radbruch. Su acuerdo con la imposibilidad de un punto de vista suprapartidario es clarificado a través de la referencia que hace a la noción «política de Estado» [*Staatspolitik*], es decir, a aquellas directivas políticas que tienen como propósito la salvaguarda del bien estatal o el bien común. Según puede leerse en el escrito «El funcionariado público profesional en la democracia alemana», Heller considera que nociones universalistas como las de bien estatal o común sólo pueden ser comprendidas de manera «perspectivista». Es decir, desde un determinado punto de vista que privilegia el bien de un sector del pueblo por sobre el otro. Si esto es así, existen tantas concepciones del bien común como corrientes partidarias y, en consecuencia, Heller deduce que toda política de Estado es, necesariamente, política de partido. Sobre este punto, afirma lo siguiente: «[N]o hay política de Estado objetiva que sea independiente del partido. Más bien, la razón de Estado o el bien estatal son siempre concebidos por todos los seres humanos de manera perspectivista, desde un determinado punto de vista» (1992a, p. 389). Así, las perspectivas que se pretenden suprapartidarias son, en verdad, puntos de vista informados por posiciones políticas particulares. Por lo tanto, al igual que Radbruch, Heller concluye que los discursos en nombre de la universalidad terminan por encubrir el signo partidario que reviste a toda acción estatal. Este es, entonces, el primer argumento sobre el que Heller apoya su postura: la imposibilidad del Estado de trascender los puntos de vista partidarios y alcanzar la universalidad.

3.2. Subordinación del funcionariado público a las directivas gubernamentales

Si la política suprapartidaria no es posible, ¿entonces el funcionariado público se encuentra inevitablemente partidizado, es decir, incurre en algún tipo de orientación política particular? De ser esto correcto, existiría una contradicción flagrante con lo que fue señalado arriba como la propuesta central de Heller: la despolitización y neutralización del cuadro administrativo. A efectos de desplegar esta propuesta, conviene indicar que la imposibilidad de la política suprapartidaria no conduce, en Heller, al rechazo de toda universalidad. Antes bien, este autor considera que, en un Estado democrático, existe un universal que debe orientar la acción política, a saber:

la voluntad popular.⁷ Es decir, el querer del pueblo en el que se enraíza la soberanía. Si esto es así, si la universalidad existe, entonces es posible que el cuadro administrativo contribuya a ella. Más concretamente, si se pone al servicio de la voluntad popular, el funcionariado se configura, tal como indica la tradición del *Berufsbeamtentum*, como una clase universal.

Ahora bien, a efectos de que esto ocurra, hay dos extremos que el funcionariado debe evitar. El primero es el de la dependencia absoluta del gobierno. A pesar de que Heller entiende que es este el que expresa la voluntad del pueblo, desconfía de aquellos sistemas que, como el *spoils system* norteamericano o el sistema soviético de consejos, convierten la administración en un cuerpo dependiente del favor gubernamental. En su lugar, considera que el funcionariado debe tratarse de un cuerpo estable y profesionalizado. El otro extremo por evitar es el de una autonomía absoluta que redunde en un desapego democrático. Si bien el autor considera que el funcionariado debe contar con cierta independencia en virtud de sus preceptos profesionales, ello no es óbice para señalar que la radicalización de esa tendencia puede conducir a un alejamiento respecto de la voluntad del pueblo. Esto es lo que Heller advierte en su conferencia de 1929, titulada «El funcionariado en el Estado popular social», en la que del propio Köttgen aparece como interlocutor. Quien se acerque a ese texto, puede encontrar la siguiente afirmación: «[D]e ningún modo se debe crear una burocracia independiente, clausurada al resto del pueblo y que, en el sentido de los conocidos consejos de Köttgen, lleve la conducción de los asuntos estatales porque eso sería el inicio de la dictadura» (2023, p. 93). En otras palabras, si el funcionariado se abstrae del pueblo y de su voluntad para tomar decisiones de manera autónoma, se estaría produciendo un quiebre con el principio de la soberanía popular. ¿De qué manera, entonces, el funcionariado público debe ponerse al servicio de la voluntad del pueblo?

La respuesta que brinda este autor toma como punto de partida la distinción entre la decisión política y su realización. En vista de ella, estima que, si el soberano es el pueblo, el funcionariado debe estar excluido de la toma de decisiones y dedicarse exclusivamente a la realización de las directivas políticas. La prerrogativa sobre estas pertenece exclusivamente al legítimo representante popular: el gobierno, órgano electo por el parlamento y nombrado por el presidente del *Reich* para llevar adelante la conducción del Estado. Si el cuadro administrativo se ocupara de la decisión y formulación de políticas, no sólo se estaría violando el precepto de la soberanía popular, sino que además se estaría atribuyendo responsabilidad sobre tareas políticas a cuadros técnicos. La postura de Heller puede leerse con claridad en el siguiente fragmento:

En la democracia es necesaria la subordinación del funcionariado público a la totalidad política del pueblo, sobre todo en lo que hace a que la burocracia encuentre su tarea no en la conducción política, sino en su ejecución [...] Las mejores virtudes de los funcionarios —su precisión meticulosa, su rutina administrativa, su subordinación desinteresada en la realización de encargos concretos y relativamente delimitados, cuya responsabilidad recae sobre sus superiores— devienen peligrosos vicios de conductor político, cuyas decisiones deben ser tomadas por sí mismo, sobre su propia

⁷ Para mostrar, valgan sus reflexiones en *La soberanía* (1992c). Allí, precisamente, estima que lo que fundamenta la vida estatal es la voluntad del pueblo entendido como un cuerpo político unitario y no como un agregado de corrientes de dirección política. Esta consideración, sin embargo, fue atenuada en su obra publicada póstumamente, *Teoría del Estado* (1992f). En ella, tal como sostienen Sergio Raúl Castaño y Cristina Sereni (2016), la decisión estatal, si aspira a la rectitud, requiere de principios jurídicos que exceden el querer del pueblo. La definición relativa a si estos principios suprapositivos son naturales (Castaño, 2017) o culturales (Vita, 2015) se trata de una controversia en la literatura secundaria, como bien señaló Meinck (1984).

responsabilidad, sin el apoyo de sus superiores y frente a las nunca delimitadas posibilidades políticas (1992a, p. 385).

Si esta interpretación es correcta, entonces puede afirmarse que, a efectos de que el funcionariado recupere aquel papel universal y se ponga al servicio de la voluntad del pueblo, el funcionariado debe subordinarse a las directivas gubernamentales. Si, como se sostuvo en el apartado anterior, toda política estatal es política partidaria, la responsabilidad sobre su definición recae enteramente, conforme a Heller, en el gobierno, en tanto representante legítimo de la voluntad popular. Al cuadro administrativo, por su parte, le corresponde una tarea secundaria, pero no por ello menos importante: la de subordinarse a las directivas gubernamentales. Es este, entonces, el segundo argumento sobre el que el autor apoya su postura: la subordinación del funcionariado público al gobierno.

3.3. Neutralización del cuadro administrativo

La subordinación al gobierno, sin embargo, no puede darse de manera inmediata. Antes bien, para que ello sea posible, debe llevarse a cabo un proceso de neutralización y despolitización del funcionariado, orientado a depurarlo de todo interés político o económico extraño a su cargo. A juicio de Heller, existen dos fuentes de politización en el interior de la administración pública. La primera es el patronazgo partidario. Es decir, aquel mecanismo que, a través de los partidos políticos, promueve agentes estatales a efectos de que los intereses particulares de la organización cuenten con un protector en el interior del Estado. La segunda es el patronazgo económico. Con esta, Heller hace referencia a la injerencia que tenían los capitales privados en el funcionariado público. Para su caracterización, conviene recuperar el siguiente pasaje de su artículo de 1930, «El funcionariado público profesional en la democracia alemana»:

Todavía más peligroso es el patronazgo de clase que promueve hombres de Estado de manera anónima e irresponsable. Dado que, en la actualidad, las asociaciones industriales —a fin de asegurar su influjo político— apoyan financieramente las cajas electorales de todos los partidos burgueses, empiezan ellas también a presentar candidatos a funcionarios que tienen que promover intereses empresariales independientemente de su pertenencia partidaria (1992a, p. 387).

Como puede seguirse, no sólo el patronazgo partidario impide la neutralidad del funcionariado público, sino también —e, incluso, con mayor incidencia— el patronazgo económico o de clase llevado adelante por los capitales privados. Tanto uno como otro introducen en el cuadro administrativo intereses ajenos al servicio de la voluntad popular e imposibilitan, consecuentemente, la neutralidad y subordinación del funcionariado al gobierno.

A pesar de distinguir una doble fuente de politización, Heller entiende que aquello que impide la neutralidad de los funcionarios posee un carácter unitario: el mencionado artículo 130 de la Constitución del *Reich*. Conforme a lo sostenido anteriormente, el texto de ese artículo resulta contradictorio, pues, al mismo tiempo que establece que los funcionarios son «servidores de la totalidad», abre la puerta al derecho electoral pasivo y a la libertad de asociación. Es aquí, a juicio de Heller, donde se permite jurídicamente la connivencia con los intereses partidarios y económicos ajenos al servicio público. No sorprende, entonces, que, tanto en el texto de 1929 como en el de 1930, la imparcialidad y neutralidad del cuadro administrativo sean presentadas como las cuestiones más sensibles en la reflexión sobre el funcionariado público. Según puede leerse en la conferencia de 1929, «la más seria de todas las cuestiones concernientes al funcionariado público profesional

es la pregunta por cómo puede evitarse que continúe desapareciendo la confianza en su imparcialidad» (2023, p. 94). Así, frente a la injerencia de intereses partidarios y económicos que minan la subordinación a las directivas gubernamentales, Heller considera que la neutralización y despolitización del cuadro administrativo se vuelven una tarea urgente.

La pregunta que se impone, entonces, es la siguiente: ¿cómo llevar a cabo la neutralización del funcionariado? Dado que la limitación del derecho de asociación puede interferir con las libertades sindicales, Heller establece que, a efectos de neutralizarlo, la supresión del derecho electoral pasivo resulta suficiente. El motivo es que el autor encuentra que el principal peligro para la neutralidad estriba en la posibilidad de que los funcionarios se sometan al voto popular. Si se atiende el tramo final del escrito de 1930, puede leerse con claridad su propuesta: «Sobre los motivos expuestos, la supresión del derecho electoral pasivo me parece una medida soportable para el funcionario y necesaria para el Estado, aunque, por supuesto, no cure todos los males mostrados» (1992a, p. 390). Esta supresión, sin embargo, no debe avanzar sobre el derecho electoral activo, es decir, el derecho a votar. A su juicio, más que limitar la partidización, una medida de esa índole podría acarrear un perjuicio doble. Por un lado, de vetar su participación en las decisiones comunitarias, el cuadro administrativo podría «desinteresarse por la política y, a fin de cuentas, por el Estado» (1992a, p. 390). Por otro lado, la democracia se privaría de una «de las partes del pueblo que se encuentra particularmente familiarizada con las relaciones estatales» (1992a, p. 390). Así, la supresión del derecho electoral pasivo se trata, a juicio de este autor, del requisito para la neutralización del cuadro administrativo. Este es, justamente, el tercer y último argumento sobre el cual Heller apoya su postura.

Aquí encuentra su término el presente apartado. A lo largo de estas páginas he identificado tres argumentos que informan la postura del autor abordado. Según se indicó, Heller considera que las posiciones suprapartidarias no son posibles. Antes bien, quien afirma representar puntos de vista universales tiende a encubrir su particularidad. Esto, sin embargo, no significa que todo sea partidario y que, consecuentemente, el funcionariado público deba politizarse. Si bien las políticas estatales cuentan siempre con un signo partidario, la voluntad popular se presenta, a juicio de Heller, como el universal propio de todo Estado democrático. Con esto, Heller entiende que la posibilidad de que el funcionariado público actúe como una clase universal estriba en su neutralidad e imparcialidad frente a las directivas gubernamentales. Ciertamente, neutralidad no significa convertirse en un aparato técnico: como se señaló recién, el cuadro administrativo debe participar de las decisiones públicas y mantener su interés en los asuntos comunes. Sin embargo, dada su considerable incidencia en los asuntos estatales, debe evitar las politizaciones internas y depurarse de todo interés ajeno a su cargo. Así, en la medida en que el cuadro administrativo estatal se subordine a la voluntad popular, tal como esta es expresada en el gobierno, es posible dar cumplimiento a aquello que prescribe el artículo 130 de la Constitución de Weimar: servir a toda la comunidad y no a un partido.

4. Arnold Köttgen y el funcionariado como protector de la unidad estatal

Köttgen, nacido en 1902, en Bonn, se habilitó en 1928 en derecho público con una tesis que luego sería convertida en libro y que aquí resulta de particular interés: *El funcionariado público profesional alemán y la democracia parlamentaria* [*Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*]. A pesar de que el autor se mantuvo vinculado al derecho administrativo y funcional hasta el final de sus días, en 1967, y de que se reconvirtió en discípulo de Rudolf Smend durante la segunda posguerra (Notthoff, 2008), lo cierto es que nunca alcanzó tanto

reconocimiento como con aquel primer libro. A juicio de Peter Badura (2018), además de la originalidad de sus argumentos, fue el contexto histórico —el fin de la Primera Guerra Mundial y, en particular, el pasaje de la monarquía a la democracia— lo que le otorgó un carácter distintivo. En lo que sigue, interesa recuperar aquel texto, así como otros escritos publicados por este autor durante los tiempos de la República de Weimar a fin de continuar con la reflexión en torno al funcionariado público. A grandes rasgos, puede adelantarse que la posición de Köttgen se destaca por considerar al cuadro administrativo como una fuerza protectora de la unidad política. Más precisamente, como una instancia que, en tiempos de alta fragmentación y atomización parlamentaria, se revela como el soporte por excelencia para el resguardo de la unidad y la actualización de la comunidad estatal entendida como un todo. A efectos de explicitar este posicionamiento, distingo aquí también tres argumentos centrales: 1) protección de la unidad estatal como tarea del funcionariado; 2) la comunidad estatal como universal; 3) carácter representativo del funcionariado.

4.1. Protección de la unidad estatal como tarea del funcionariado

Lo primero que debe considerarse es que, al igual que Heller, Köttgen entiende que el cuadro administrativo no debe involucrarse en la política partidaria. En el texto mencionado, *El funcionariado público profesional alemán y la democracia parlamentaria*, es terminante al respecto: «La política partidaria está vedada para el funcionariado» (1928, p. 115). Ahora bien, la clausura de la política partidaria no implica, inmediatamente, la clausura de la política en general. Por el contrario, entiende el autor que, en virtud de su permanencia y de que carece de vínculos partidarios, el cuadro administrativo se encuentra en condiciones de ser soporte de una política de otra índole, a saber: una política estatal, aquella que Heller había rechazado de plano.

¿Qué entiende Köttgen por política estatal? De su obra puede seguirse que una política estatal es aquella que posibilita y protege la existencia del Estado. Ahora bien, para comprender cabalmente esta postura, es necesario advertir que Köttgen consideraba que, en tiempos de la República de Weimar, un severo peligro se cernía sobre la vida estatal, a saber: el de su disolución. Según puede colegirse, el autor era de la opinión de que la estatalidad alemana tenía su unidad nacional en riesgo y que enfrentaba un proceso avanzado de atomización y disolución social. En su escrito «Escuela y docente en el Estado moderno» [*Schule und Lehrer im modernen Staat*], publicado en 1929, reconoce como «en sí mismo correcto el que la vida política alemana se encuentra, en este momento, bajo el signo de una fuerte atomización social» (1929, p. 254). Un año antes, en el libro mencionado arriba, la responsabilidad sobre esta atomización social era atribuida a los partidos políticos. Más precisamente, a la pluralidad de organizaciones político-partidarias que, con sus intereses egoístas y su diversidad de perspectivas, amenazaban la unidad estatal. A su juicio, esto ponía a Alemania a las puertas del dominio de una pluralidad anárquica de direcciones de voluntad, carente de cualquier noción de orden:

En caso de que la nación sea rechazada, en el lugar que había tomado la idea de Estado de la monarquía absoluta, nutrida de todo su poder autoritativo, se tiene que encontrar una multiplicidad de perspectivas subjetivas, cuya naturaleza privada no puede ser negada por nadie. Bajo estas circunstancias, la unidad anímica del Estado ya no se encuentra asegurada (1928, p. 70).

El diagnóstico aquí expresado, relativo a que la caída del Estado nacional supondría el dominio de aquella multiplicidad de perspectivas subjetivas, guarda un significado fundamental para su noción de política estatal. En efecto, Köttgen entiende por política estatal todo aquello que posibilite la existencia del Estado como una

magnitud unitaria. Dicho de otro modo, se trata de un curso de acción opuesto a la fragmentación y atomización que primaba en aquel momento. Por lo tanto, la política estatal puede definirse como aquella política que se ocupa de las condiciones de posibilidad del Estado y que tiene como propósito trabajar por la preservación de su unidad.

La pregunta que surge, entonces, es cómo se vincula esta noción de política estatal con el funcionariado, a quien el autor identifica como su soporte por excelencia. Ciertamente, al igual que Heller y que la mayor parte de sus colegas, Köttgen entiende que la tarea principal del cuadro administrativo es realizar las directivas gubernamentales. Por este motivo, en su libro de 1928 indica que, «fundamentalmente, como en los tiempos constitucionales, en el Estado parlamentario el funcionariado tiene que sostener al gabinete» (1928, p. 122). Ahora bien, el que esta sea su tarea fundamental no significa que el cuadro administrativo carezca de otras responsabilidades. Justamente, en virtud de la permanencia del funcionariado y de su carencia de vínculos político-partidarios, Köttgen reconoce la existencia de una «misión burocrática» que le es propia. Según indica, el funcionariado

no tiene que preocuparse sólo por los asuntos del gobierno, sino que además tiene que cumplir una misión burocrática propia. Esta misión no está dada al funcionario individual de manera personal, sino que es tomada por la institución burocrática como tal, que así devino en una fuerza política propia y unitaria (1928, p. 122).

Como puede verse, al funcionariado le es propia una misión burocrática. Y bien, ¿en qué consiste dicha misión? A esta altura, el lector se encuentra en condiciones de presumir que esa tarea es la realización de la política estatal. Es decir, de aquellas acciones orientadas a preservar la existencia del Estado como un todo unitario. De esta manera, Köttgen llama al funcionariado «a construir el contrapeso a las fuerzas políticas fluctuantes, tal como están representadas en los partidos» (1928, p. 123). En suma, el primer argumento consiste en la consagración del funcionariado como una fuerza protectora de la unidad estatal.

4.2. La comunidad estatal como universal

¿En nombre de qué debe actuar el funcionariado como contrapeso frente al pluralismo político-partidario? Si lo hace en nombre de intereses burocráticos propios, incurriría en aquello que Heller señalaba como un extremo peligroso: la autonomización y el desapego democrático del cuadro administrativo. Köttgen, sin embargo, entiende que existe una idea universal que puede informar la misión burocrática: la comunidad estatal. A diferencia de Heller, que encontraba la universalidad en la voluntad del pueblo, este jurista entiende que aquello que reviste valor universal es la propia comunidad del Estado. No tanto su voluntad, sino la protección de su fisonomía unitaria, en tanto es ella la que posibilita la decisión y acción conjunta del cuerpo político. En *El funcionariado público profesional alemán y la democracia parlamentaria*, esta comunidad asume un carácter explícitamente nacional. Según indica, «[s]ólo una nación está en condiciones de otorgarle al Estado moderno su consistencia interna, sin la cual nunca fue pensable un accionar político exitoso» (1928, p. 70). Esta idea, precisamente, es la que se opone a la mencionada multiplicidad de perspectivas partidarias que amenazan con la disolución estatal. Tan nítida le resulta esta oposición, que Köttgen no duda en explicitar que, «hoy en día, en la esfera política, el gran rival de la nación es el partido» (1928, p. 69). Como puede verse, la nación —entendida como la comunidad unitaria del Estado— es el universal que se enfrenta al particularismo político-partidario.

El papel de la nación en la protección de la unidad estatal también es destacado en «Escuela y docente en el Estado moderno», de 1929. En ese texto, orientado a justificar la necesidad de una educación de la ciudadanía en instituciones escolares de tipo estatal, Köttgen establece algunos de los lineamientos principales sobre el carácter cultural-nacional que, a su juicio, era propio del Estado alemán. Conviene recuperar el siguiente pasaje:

El Estado alemán se ha replegado hoy en día detrás de la nación, se subordina a ella y encuentra allí su legitimación. Dado que la cultura compartida cultiva el fermento de la comunidad nacional, este factor cultural se ha convertido en la fuerza central del Estado alemán. En mayor medida que antes, el Estado moderno es un Estado cultural. Con ello, la actividad político-cultural no se trata únicamente de una función estatal sobre cuya utilidad pueda discutirse, sino la tarea central a la que no se puede renunciar sin cambiar la esencia del Estado en su fundamento (1929, p. 253).

Como puede advertirse, en este artículo Köttgen no sólo destaca la importancia de la política cultural, sino que además reconoce en la idea nacional –y, particularmente, en la comunidad que funda la nación– aquello que legitima al Estado moderno. De esta manera, la unidad estatal encuentra su sostén en la comunidad nacional.

Ahora bien, dos años más tarde, en 1931, el papel de la nación merma. En el artículo titulado «Kelsen y la democracia» [*Kelsen und die Demokratie*], la comunidad –cuya importancia permanece indiscutida– pierde carácter nacional y se la afirma simplemente como una comunidad estatal. Ante la fragmentación e intensidad propia de aquellos tiempos, la democracia sólo resulta posible si se afirma de nuevo esa comunidad que se deduce de la idea de Estado:

En los tiempos actuales la democracia sólo podrá ser afirmada si se toman en cuenta las presiones de la época a fin de construir, en alguna forma, comunidad; sólo podrá ser afirmada si se deja de negar la idea estatal para poner nuevamente valores comunitarios, quizá no absolutos, pero sí objetivos, en el centro del Estado (1931, p. 106).

Como puede apreciarse, no hay aquí mención alguna a la idea nacional. Sin embargo, la figura de la comunidad estatal opera como un universal análogo a la nación. En particular, es ella la que actúa como un principio universal contra las tendencias atomizadoras y fragmentadoras de la época.

Un año más tarde, en 1932, Köttgen contribuyó al segundo volumen del *Manual de derecho estatal alemán* compilado por Gerhard Anschütz y Richard Thoma. En una de las entradas a su cargo, titulada «El desarrollo del derecho funcional alemán y el significado del funcionariado en el Estado contemporáneo» [*Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentums im Staat der Gegenwart*], la comunidad estatal opera no sólo como fundamento de la organización estatal, sino también como sustento de su carácter democrático. Allí, Köttgen establece que el Estado moderno

descansa sobre una comunidad en sentido propio, que, como tal, tiene en su centro representaciones de valores ideales de algún tipo. El Estado moderno, por lo tanto, no surge del ámbito de un sistema de valores absoluto en sí y por sí, sino que se produce desde las experiencias comunitarias de la corporación y se corresponde con aquellos valores ya mencionados, que conforman el centro de la comunidad estatal (1932, p. 18).

Como puede verse, este fundamento comunitario parece darle unidad al Estado, al mismo tiempo que vincula su organización con las experiencias populares.

De esta manera, más allá de los desplazamientos y figuras diversas –nación, comunidad estatal– a las que apela Köttgen, lo que otorga continuidad a sus esfuerzos teóricos es la noción de comunidad, entendida como un valor universal que justifica la protección del Estado. Así, el segundo argumento se expresa en la idea de la comunidad estatal como un universal.

4.3. Carácter representativo del funcionariado

La pregunta que queda pendiente es la relativa al modo en que se vinculan la idea universal –la comunidad estatal– y el funcionariado. A fin de responderla, conviene detenerse en el último texto al que se hizo mención, la entrada de 1932 titulada «El desarrollo del derecho funcional alemán y el significado del funcionariado en el Estado contemporáneo». En ella, Köttgen establece que el funcionariado, a fin de dar cumplimiento a la misión burocrática que mencionamos arriba, desempeña un papel representativo. Es decir, se ve involucrado en la representación político-estatal que, habitualmente, había sido atribuida al parlamento y la jefatura de Estado. A juicio del autor, aun cuando no se trate de un cuerpo electo, el funcionariado se encuentra en condiciones de expresar aquella idea del Estado como una comunidad. Por lo tanto, a fin de justificar ese carácter representativo, el autor dialoga con el trabajo de dos de los teóricos de la representación más importantes de su época: Carl Schmitt y Gerhard Leibholz.

Es sabido el influjo que tuvo la teoría de la representación de Schmitt durante la República de Weimar (Accarino, 2003; Duso, 2019; Novaro, 2000). Además de tratarse de una de las principales contribuciones al así denominado «debate alemán» o «berlinés» sobre la representación política, sintetizó una fórmula clásica sobre la tarea representativa.⁸ Frente a aquellas corrientes que entendían la representación como la expresión de determinados intereses y preferencias de los electores, Schmitt sostiene en su *Teoría de la constitución* que representar es «hacer visible y presente un ser invisible a través de un ser públicamente presente» (2017, p. 210). En otras palabras, se trata de llevar a la escena pública una idea que no es inmediatamente visible y que, en condiciones democráticas, es la del pueblo como unidad. Esto mismo constituye el núcleo de la conceptualización de Gerhard Leibholz. En su libro *La esencia de la representación*, este autor establece que representar consiste en que «algo que realmente no está devenga presente, existente», en «hacer concurrir nuevamente algo que no está en el tiempo actual» (1966, p. 26). Al igual que Schmitt, entonces, Leibholz entiende que la representación supone hacer visible un cuerpo político en la vida pública. Más precisamente, supone hacer presente la imagen del pueblo como unidad.

Esta mención a la teoría de la representación de Schmitt y Leibholz reviste importancia dado que Köttgen la recupera inmediatamente. A su juicio, que el funcionariado posea carácter representativo implica que también se encarga de hacer presente y visible una idea que, por sí misma, está ausente: la idea de la comunidad estatal, tal como fue tratada arriba. Según puede leerse en la entrada de 1932, este autor postula que

desde los días de la monarquía, el funcionariado alemán puede ser reconocido a través del permanente fundirse de la persona del funcionario en una idea representada

⁸ El debate alemán sobre la representación política refiere al conjunto de discusiones que mantuvieron autores como Carl Schmitt, Gerhard Leibholz, Rudolf Smend, Hermann Heller o Friedrich Glüm a finales de la década de 1920. En ocasiones, ha sido denominado directamente «debate berlinés» (Henkel, 2011, p. 351) en virtud de que todos ellos se desempeñaban en instituciones y facultades de la capital alemana. Algunas de las principales contribuciones de este debate fueron sumariadas por Cristina Senigaglia (2022).

por el Estado [...] Si, como han dejado en claro los trabajos de Leibholz y Carl Schmitt, a la esencia de la representación le corresponde el devenir visible a través de un representante de un valor ideal que, por sí mismo, no está realmente presente, entonces el funcionario alemán pertenece a las figuras representativas dentro de la organización del Estado (1932, p. 6).

Con estas palabras, Köttgen declara al cuadro administrativo estatal como un cuerpo representativo. Si bien en la cita recién referida no se explicita cuál es la idea que se hace presente en la representación, hacia el final del artículo precisa sin ambigüedades. Aquello que el funcionariado representa es la idea misma de Estado: «[E]l carácter del funcionariado alemán está dado [...] por aquel sistema de valores que, en el centro del Estado, determina los puntos rectores de la acción estatal: la idea de Estado» (1932, p. 19). Así, a juicio de Köttgen, es esta idea comunitaria la que el funcionariado presenta en el espacio público.

Existe, sin embargo, una dificultad no menor en el planteo de este autor respecto del carácter representativo del funcionariado. Según puede colegirse, uno de los requisitos que tanto Schmitt como Leibholz señalan para la representación política es la independencia jurídica y el mandato libre. A juicio de estos teóricos, quien representa no puede hallarse sujeto a delegación previa o comisión alguna que restrinja su margen de acción. Antes bien, debe encontrarse en condiciones de ejercer plenamente su libertad y no hallarse sometido más que a su propia conciencia. Ciertamente, tanto la independencia jurídica como el mandato libre pueden constatar en las figuras de los escaños parlamentarios o, incluso, en la del presidente del *Reich*. No ocurre lo mismo con el funcionariado. En tanto se encuentra subordinado a las directivas gubernamentales, se trata de un cuerpo político dependiente de otro y que, como tal, carece de autonomía. Por lo tanto, si se atienden los requisitos señalados por Schmitt y Leibholz, el carácter representativo del funcionariado resulta difícil de sostener.

A pesar de ello, Köttgen se permite introducir una diferencia significativa en su comprensión de la representación política, destinada a resolver esta dificultad. Según indica, no puede negarse que la independencia y libertad de conciencia se tratan de condiciones necesarias para la representación. Sin embargo, a su juicio, estos requisitos no necesariamente deben traducirse en independencia jurídica. Dicho de otro modo, la posición legal del cuerpo político no determina de manera inmediata su libertad espiritual. Antes bien, el funcionariado demuestra que, aun hallándose jurídicamente vinculado al gobierno, puede contar con una independencia espiritual propia. Precisamente, esta independencia es reconocida en la misma Constitución de Weimar, en la primera parte del artículo 130, donde se establece que «los funcionarios son servidores de la comunidad, no de un partido». Por lo tanto, haciendo referencia a aquel artículo, Köttgen reprocha a Schmitt y Leibholz una interpretación errónea de la independencia del representante:

En lo que hace a este asunto, la independencia interna del representante es ciertamente una *conditio sine qua non* de toda representación. Sin embargo, esta independencia interna es interpretada de manera incorrecta por Schmitt y Leibholz como independencia jurídico-formal. Con esto se pasa por alto que aquella absorción de la persona en determinadas imágenes ideales de valores, propia de la representación, no tiene que ver en lo más mínimo, en el seno de la organización estatal, con la posición jurídica de la persona [...] Al establecer al funcionario como «servidor de la comunidad» en oposición al partido político, la constitución quiso evitar una dependencia interna de esa índole (1932, p. 8).

Como puede observarse, para Köttgen es la independencia espiritual del funcionariado, garantizada por la propia constitución, la que resulta decisiva. En virtud

de ella, puede afirmar –contra la interpretación de Schmitt y Leibholz– que el cuadro administrativo se trata de un cuerpo representativo. Es decir, que se encuentra en condiciones de expresar una idea que no se halla inmediatamente visible: la de la comunidad estatal. Con esto, entonces, queda desarrollado el tercer y último argumento relativo a la función representativa que Köttgen atribuye al funcionariado.

Este es el fin del presente apartado. A lo largo de estas páginas examiné tres argumentos con los que Köttgen sostiene que el funcionariado público no debe limitarse a ejecutar las directivas gubernamentales, pues cuenta con una misión propia: la protección de la unidad estatal. En tiempos de atomización y fragmentación político-partidaria, es el cuadro administrativo el responsable de representar en el espacio público la idea de la comunidad estatal, en la que Köttgen encuentra cifrado el valor universal de la vida en común. A su juicio, el funcionariado público no debe orientarse exclusivamente por la voluntad popular tal como es expresada en el gobierno, pues este, al hallarse compuesto por partidos y corrientes pluralistas, podría conducir a la disolución de la comunidad. Antes bien, el funcionariado debe hallarse al servicio de la idea de Estado, entendida como aquella comunidad estatal que posibilita la acción y decisión conjunta. De este modo, puede deducirse que la tarea del funcionariado público no consiste en ejecutar ciegamente las directivas gubernamentales, sino en reinterpretarlas y traducirlas conforme las exigencias de la comunidad estatal, actuando como una fuerza preservadora de la unidad del Estado. En opinión de Köttgen, sólo así es posible dar cumplimiento a aquello que indica el artículo 130 de la Constitución de Weimar: servir a toda la comunidad y no a un partido.

5. Reflexiones finales

Se señaló en la introducción de este artículo que, a pesar del creciente interés que se suscitó en los últimos años por el Estado, la administración pública pervive como un objeto relegado y poco interesante. Haciendo uso de la «fantasía tecnocrática» enunciada por Esteban Amador (2017), se indicó que, en la mayoría de los acercamientos, el cuadro administrativo estatal es considerado una máquina que se ajusta de manera automática al ordenamiento institucional y que, en todo caso, es susceptible de capacitaciones y mejoras técnicas. Frente a este diagnóstico, y a fin de dejar de lado aquellas fantasías tecnocráticas que convierten la administración pública en una máquina ciega, el presente artículo tuvo como propósito reflexionar teórico-políticamente sobre el funcionariado público. En particular, sobre la relación entre voluntad popular y unidad estatal tal como aparece formulada en la obra de dos importantes juristas: Hermann Heller y Arnold Köttgen.

Si bien existen menciones y referencias cruzadas entre ambos, el análisis se orientó principalmente a restituir sus comprensiones del funcionariado público profesional sobre el trasfondo del artículo 130 de la Constitución de Weimar. Dicho artículo establece, en su primera parte, que el cuadro administrativo debe actuar al servicio de toda la comunidad y no de un partido, mientras que, en su segunda parte, habilita la libertad de asociación y el derecho electoral pasivo. Es en este punto donde se cifra la diferencia principal en la concepción de la voluntad popular y el Estado: mientras que la primera parte del artículo constitucional pretende dar continuidad a la tradición del funcionariado público profesional, entendido como un cuerpo que expresa los intereses universales de la comunidad política, la segunda parte aproxima el funcionariado público al pluralismo político-partidario que regía sociológicamente en la República de Weimar.

Las obras de Heller y Köttgen manifiestan un acuerdo fundamental: la segunda parte del artículo 130 constituye, ciertamente, una amenaza al carácter universal del

funcionariado. Sin embargo, en el contexto del pluralismo centrífugo que asolaba la Alemania de Weimar, esa universalidad es entendida de manera diametralmente opuesta. Mientras que Heller la remite a la voluntad popular, Köttgen la asimila a la idea de la comunidad estatal. Esta diferencia, que en principio puede parecer nominal e insignificativa, tiene consecuencias políticas y jurídicas sensibles. A juicio de Heller, si el funcionariado pretende actuar como un cuerpo universal, debe depurarse de todo interés político y económico para servir sin reservas las directivas gubernamentales. A juicio de Köttgen, en cambio, la universalidad estriba en la protección de la unidad del Estado, tarea que el funcionariado puede llevar a cabo representando la idea comunitaria. Así, mientras que el primero quiere configurarlo como un cuerpo neutral, el segundo pretende instituirlo como un dique de contención frente al pluralismo. Como puede apreciarse, la comprensión de la universalidad que subyace a uno y otro difiere sustantivamente: en un caso se la identifica con la expresión gubernativa-parlamentaria de la voluntad popular; en el otro, con la unidad institucional del Estado.

Probablemente, la sensibilidad política contemporánea se encuentra mucho más cerca de la concepción de Heller que de la de Köttgen. Durante las últimas décadas, las agendas científicas y políticas sobre el cuadro administrativo han pretendido configurarlo como un cuerpo neutral al servicio del gobierno, subordinado al régimen democrático. Ahora bien, la perspectiva de Köttgen no debería ser descartada tan rápidamente. Si, como indica Wendy Brown (2020, 2023), vivimos en tiempos nihilistas, en los que, en ocasiones, la voluntad popular –entendida como la decisión mayoritaria del pueblo– puede conducir a la destrucción del Estado, de los preceptos de igualdad y de las condiciones mismas que posibilitan la vida en común, entonces la perspectiva de Köttgen encuentra una renovada actualidad. Como fue señalado arriba, este jurista sostiene que el Estado no puede reducirse sin más a la democracia electoral, en virtud de que la idea que lo informa –la de la comunidad estatal– trasciende el pluralismo partidario y las tendencias políticas imperantes. Si esto es así, la concepción de un órgano estatal que opere como una fuerza preservadora, cuya tarea consiste en frenar los efectos destructivos y nihilistas de determinadas expresiones de la voluntad popular, puede constituir un significativo servicio teórico-político frente a los dramas de nuestro tiempo.

Ciertamente, una concepción así podría incurrir en un riesgo que ya fue señalado por Heller: si se desatienden las expresiones pluralistas de la voluntad popular, podría producirse un desapego democrático tan peligroso como el nihilismo activo al que se acaba de hacer referencia. El desafío, entonces, se torna más complejo, en tanto enfrenta dos extremos igualmente problemáticos: por un lado, una reflexión sobre la voluntad popular que desatienda sus condiciones de posibilidad institucionales; por otro, una reflexión sobre la unidad del Estado que prescinda de su constante legitimación democrática. Ahora bien, a pesar de lo voluminoso del desafío, probablemente aquello que permita enfrentarlo con mayor holgura sea una figura clásica de la tradición jurídico-política: la del Estado democrático de derecho. En la medida en que inscribe el régimen democrático en el interior de un ordenamiento institucional, este cuenta con una variedad de resortes jurídico-políticos a los que apelar y, de ese modo, se encuentra en condiciones de contrapesar el carácter fluctuante de la voluntad popular a través de aquellos elementos permanentes y estabilizadores de la estatalidad. Al conjuntar ambas dimensiones, como ha sido señalado, «los desvaríos nihilistas de la democracia pueden resultar contenidos por la estructura sociológica y jurídica del Estado» (Nosetto, 2024a, p. 71). En suma, si los dramas de nuestro tiempo nos conducen a tomar este camino de reflexión, entonces las contribuciones de Heller y Köttgen, en la medida en que permiten reflexionar sobre el funcionariado público entre la voluntad popular y la unidad estatal, pueden prestar un servicio invaluable a la hora de fortalecer el Estado democrático de derecho.

Bibliografía

- Abad, S., & Amador, E. (2017). *El fantasma en la máquina. Sobre la formación de los agentes estatales*. Hydra.
- Accarino, B. (2003). *Representación. Léxico de política*. Nueva Visión.
- Amador, E. (2017). Marionetas y actores. Sobre la formación, la técnica y el representante. En *El fantasma en la máquina. Sobre la formación de los agentes estatales* (49-88). Hydra.
- Assalone, E. (2012). La caracterización de la burocracia en los Principios de la filosofía del derecho de G. W. F. Hegel. Los inicios de la reflexión filosófica sobre la administración pública. *Revista de Humanidades*, 25, 29-44.
- Badura, P. (2018). Arnold Köttgen (1902-1967). En M. Kilian, H. A. Wolff, & P. Häberle (Eds.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts. Deutschland - Österreich - Schweiz* (731-740). De Gruyter.
- Biset, E., & Farrán, R. (2011). *Ontologías políticas*. Imago Mundi.
- Biset, E., & Farrán, R. (2017). *Estado. Perspectivas posfundacionales*. Prometeo.
- Brown, W. (2020). *En las ruinas del neoliberalismo. El ascenso de las políticas antidemocráticas en Occidente*. Tinta Limón.
- Brown, W. (2023). *Tiempos nihilistas*. Lengua de Trapo.
- Castañó, S. R. (2017). *Hermann Heller y el valor de la vida política*. Centro Iberoamericano de Investigaciones Jurídicas y Sociales.
- Castañó, S. R., & Sereni, A. (2016). La legitimidad del poder en la filosofía política de Hermann Heller. *Philosophia*, 76(1), 9-35.
- Duso, G. (2019). *La representación política*. UNSAM Edita.
- Eiff, L. (2024). *La línea de sombra. Pensar el Estado, reformar la democracia*. Universidad Nacional de General Sarmiento.
- Fusco, S. A., Koselleck, R., Schindling, A., Walter, U., & Wunder, B. (2004). Verwaltung, Amt, Beamter. En *Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 7* (1-96). Klett-Cotta Verlag.
- Gusy, C. (1993). Die Lehre vom Parteienstaat in der Weimarer Republik. *Der Staat*, 32(1), 57-86.
- Hegel, F. G. W. (2004). *Principios de la filosofía del derecho*. Sudamericana.
- Heller, H. (1992a). Das Berufsbeamtentum in der deutschen Demokratie. En *Gesammelte Schriften II* (pp. 379-391). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (1992b). Die politischen Ideenkreise der Gegenwart. En *Gesammelte Schriften I* (pp. 267-412). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (1992c). Die Souveränität. En *Gesammelte Schriften II* (1927.^a ed., pp. 31-278). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (1992d). Grundrechte und Grundpflichten. En *Gesammelte Schriften II* (pp. 281-317). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (1992e). Hegel und der nationale Machtstaatsgedanke in Deutschland. Ein Beitrag zur politischen Geistesgeschichte. En *Gesammelte Schriften I* (21-240). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (1992f). Staatslehre. En *Gesammelte Schriften III* (81-395). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Heller, H. (2023). Der Beamte im sozialen Volksstaat. En H. Buchstein & D. Jörke (Eds.), *Hermann Heller. Kämpfen für die Demokratie* (89-96). Europäische Verlagsanstalt.
- Henkel, M. (2011). *Hermann Hellers Theorie der Politik und des Staates. Die Geburt der Politikwissenschaft aus dem Geiste der Soziologie*. Mohr Siebeck.
- Hernández Marcos, M. (1998). El problema de la política como ciencia en Hermann Heller. *Res Publica. Revista de Historia de las Ideas Políticas*, 2, 69-107.

- Köttgen, A. (1928). *Das deutsche Berufsbeamtentum und die parlamentarische Demokratie*. Walter de Gruyter & Co.
- Köttgen, A. (1929). Schule und Lehrer im modernen Staat. *Deutsche Blätter für erziehenden Unterricht*, 56(32-34), 245-265.
- Köttgen, A. (1931). Kelsen und die Demokratie. *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 90(1), 97-107.
- Köttgen, A. (1932). Die Entwicklung des deutschen Beamtenrechts und die Bedeutung des Beamtentum im Staat der Gegenwart. En R. Thoma & G. Anschütz (Eds.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts, II* (1-19). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Leibholz, G. (1966). *Das Wesen der Repräsentation und der Gestaltwandel der Demokratie in 20. Jahrhundert*. Walter de Gruyter & Co.
- Leibholz, G. (1980). Representación e identidad. En K. Lenk & F. Neumann (Eds.), *Teoría y sociología críticas de los partidos políticos* (205-227). Anagrama.
- Llanque, M. (2022). Hermann Heller, das Berufsbeamtentum und das etatistische Politikverständnis. En *Hermann Hellers demokratischer Konstitutionalismus* (119-143). Springer-Verlag.
- López Pina, A. (1984). Wiederbegegnung mit Hermann Heller. Ideologische Basis und materiell-ökonomische Bedingungen der Rezeption in Spanien und Lateinamerika. En C. Müller & I. Staff (Eds.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933* (153-182). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Marchart, O. (2009). *El pensamiento político posfundacional. La diferencia política en Nancy, Lefort, Badiou y Laclau*. Fondo de Cultura Económica.
- Meinck, J. (1984). Rechtsnorm und allgemeiner Rechtsgrundsatz. Die Rechts- und Souveränitätslehre Hermann Hellers im Richtungsstreit der deutschen Staatsrechtslehre. En C. Müller & I. Staff (Eds.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933* (621-653). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Meyer, K. (1984). Hermann Heller. Eine biographische Skizze. En C. Müller & I. Staff (Eds.), *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933* (65-87). Nomos Verlagsgesellschaft.
- Nosetto, L. (2024a). Poderes públicos, territorio, población. La democracia en la teoría del Estado. *Bordes. Revista de Política, Derecho y Sociedad*, 9(35), 63-71.
- Nosetto, L. (2024b). *Respublica christiana. Arqueología de la autoridad*. Las Cuarenta.
- Notthoff, T. (2008). *Der Staat als «geistige Wirklichkeit». Der philosophisch-anthropologische Aspekt der Verfassungsdenkens Rudolf Smend*. Duncker & Humblot.
- Novaro, M. (2000). *Representación y liderazgo en las democracias contemporáneas*. Homo Sapiens Ediciones.
- Oszlak, O. (2006). Burocracia estatal: política y políticas públicas. *POSTData*, 11, 11-56.
- Radbruch, G. (1930). Die politischen Parteien im System des deutschen Verfassungsrechts. En *Handbuch des deutschen Staatsrechts, I* (285-294). J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Robbers, G. (1983). *Hermann Heller: Staat und Kultur*. Nomos Verlagsgesellschaft.
- Schluchter, W. (1968). *Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat. Hermann Heller und die staatsrechtliche Diskussion in der Weimarer Republik*. Kiepenheuer & Witsch.
- Schmitt, C. (1995). Starker Staat und gesunde Wirtschaft. En *Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916-1969* (71-85). Duncker & Humblot.
- Schmitt, C. (2017). *Verfassungslehre*. Duncker & Humblot.
- Schneider, H.-P. (1984). Positivismus, Nation und Souveränität. Über die Beziehung zwischen Heller und Radbruch. En *Der soziale Rechtsstaat. Gedächtnisschrift für Hermann Heller 1891-1933* (585-602). Nomos Verlagsgesellschaft.

- Seibel, W. (2017). *Verwaltung verstehen. Eine theoriegeschichtliche Einführung*. Suhrkamp.
- Senigaglia, C. (2022). El concepto de representación en la República de Weimar. *Perspectivas Revista de Ciencias Sociales*, 7(14), 57-76.
- Triepel, H. (1927). *Die Staatsverfassung und die politischen Parteien*. Verlags-Aktiengesellschaft.
- Vita, L. (2015). La noción de principios jurídicos en la teoría del derecho de Hermann Heller. *Isonomía*, 43, 49-75.
- Von Stein, L. (1869). *Die Verwaltungslehre*. Verlag der J. G. Cotta'schen Buchhandlung.

Visiones de la justicia social desde la teoría de la justificación*

Visions of social justice from the theory of justification

Santiago Gabriel Calise

CONICET – Universidad de Buenos Aires. Instituto de Investigaciones Gino Germani (IIGG).
Buenos Aires, Argentina

ORCID ID 0000-0002-8085-2953

c_santiago_g2000@yahoo.com.ar

Cita recomendada:

Calise, S.G. (2026). Visiones de la justicia social desde la teoría de la justificación. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 57-77.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10368>

Recibido / received: 28/08/2024
Aceptado / accepted: 31/03/2025

Resumen

El objetivo del artículo es reconstruir las posibles definiciones de la justicia social desde los mundos doméstico, mercantil y cívico, desde la teoría de la justificación de Boltanski y Thévenot. A partir de allí, se analizarán las definiciones de justicia social connotadas a la sociedad bienestarista y posbienestarista. Desde el mundo doméstico, se propone un compromiso con el mundo industrial. En el mundo mercantil, se denuncia la justicia social como opresora de la libertad individual. Según el mundo cívico, se debe buscar tener en cuenta el bienestar general de la sociedad. En el Estado de Bienestar la justicia social queda ligada a la norma, mientras que en la sociedad posbienestarista, se observan varias definiciones en disputa.

Palabras clave

Mundo doméstico, mundo mercantil, mundo cívico, Estado de bienestar, compromiso.

Abstract

The purpose of this paper is to reconstruct the possible definitions of social justice from the domestic, market, and civic worlds, from Boltanski's and Thévenot's theory of justification. Additionally, this article will analyze the definitions of social justice inherent in both welfare and post-welfare societies. The domestic world proposes a compromise with the industrial world, while the market world denounces social justice as oppressive to individual freedom. In the

* Santiago Gabriel Calise es investigador adjunto de CONICET y docente de la Universidad de Buenos Aires. Es doctor en ciencias sociales por la Universidad de Buenos Aires. Sus principales áreas de investigación comprenden la sociología del derecho y la teoría de sistemas.

civic world, the general welfare of society is taken into account. In the Welfare State, social justice is linked to the norm, while in the post-welfare society, several definitions are in dispute.

Keywords

Domestic world, market world, civic world, Welfare State, compromise.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El mundo doméstico. 2.1. Características generales. 2.2. La justicia social y la Iglesia católica. 2.2.1. La justicia social en la obra de Taparelli. 2.2.2. Rerum Novarum. 2.2.3. Quadregesimo Anno. 3. El mundo mercantil. 3.1. Características generales. 3.2. La justicia en el mundo mercantil. 3.2.1. La crítica a la justicia social de Hayek. 3.2.2. La justicia en la teoría de Nozick. 4. El mundo cívico. 4.1. Características generales. 4.2. Justicia e igualdad en el mundo cívico. 4.2.1 La justicia en la obra de Rousseau. 4.2.2. La teoría de la justicia de Rawls. 5. Justicia social y Estado de Bienestar. 6. La justicia social en la sociedad posbienestarista. 6.1. El mundo reticular. 6.2. Las bifurcaciones de la justicia social. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Este trabajo se propone reconstruir las visiones de la justicia y la justicia social desde algunos de los mundos planteados por la teoría de la justificación elaborada por Boltanski y Thévenot (1997). Esta tarea no se ha podido cumplir para todos los mundos esbozados por estos autores, por lo cual hemos seleccionado reconstruir las concepciones de la justicia social para el mundo cívico, el mundo mercantil y el mundo doméstico. Además, haremos mención de algunos aspectos relativos a la justicia en el mundo reticular, pese a que, según Boltanski y Chiapello, es difícil llegar a una conceptualización de la justicia desde este mundo (2012: pp. 172-3). Sobre esta base, el trabajo busca explorar las formas de justicia social desplegadas en el contexto de la sociedad del Estado de Bienestar y la sociedad posbienestarista, a través del análisis de los diagnósticos propuestos por destacados autores sobre el problema.

Desde el punto de vista metodológico, se ha construido un corpus bibliográfico en diferentes niveles. El primer paso para reconstruir las teorías de justicia subyacentes a cada mundo, fue revisar las concepciones de justicia de los autores que Boltanski y Thévenot consideraron paradigmáticos para la elaboración de cada mundo. Esto se logró de manera más completa para el caso del mundo cívico, a través de la concepción de justicia de la teoría de Rousseau, y, para el mundo mercantil, a través de la elaborada por Hayek¹, de manera que se conformó un primer corpus dedicado a revisar las concepciones de la justicia en Rousseau y Hayek, tomando las obras de estos autores y los comentarios críticos. Para el mundo doméstico, la sociedad de Bienestar y la sociedad posbienestarista, debido a que el marco teórico no ofrece referencias directas, se conformaron diferentes *corpora* abocados a analizar bibliografía compatible con estos mundos, donde se expresasen diferentes concepciones de la justicia social. Ello implicó una revisión más general de bibliografía proveniente, centralmente, de la filosofía y de las ciencias sociales.

Respecto de la metodología utilizada por Boltanski y Thévenot en su obra, Honneth (2010, p. 141) realizó ciertas acotaciones críticas. Por principio, aclara que los autores no sostienen la tesis por la cual las obras clásicas de la filosofía citadas

¹ Debe notarse que la centralidad otorgada por Boltanski y Thévenot a Rousseau a la hora de conceptualizar el mundo cívico no es equivalente al rol que los autores le otorgan a Hayek para el mundo mercantil.

son las fuentes de las ideas de orden con las que hoy se coordinan y justifican las acciones en la vida cotidiana. Lo que se sostendría es que ciertas obras tuvieron un poder marcante sobre la conciencia para producir paradigmas y arquetipos, de modo que se utilizan los patrones de argumentación formulados en esas obras, que se volvieron patrimonio colectivo. No obstante, según Honneth, los autores en algunas ocasiones tienden a tratar las obras citadas como si fueran fuentes de las ideas actuales, más que a otorgarle un carácter ilustrativo de ciertas narrativas justificativas. Desde nuestra perspectiva, las obras, más que simplemente ilustrar, pueden tener la función de sistematizar y ampliar conceptualmente visiones de la justicia propias de cada mundo. Al mismo tiempo, también descartamos la idea de que de cada mundo deba derivarse una única visión de la justicia social, es por ello que, en lo posible, en este trabajo se ha buscado proponer más de una interpretación para cada uno.

El trabajo comenzará proponiendo al interior del mundo doméstico, mercantil y cívico, una definición de justicia social compatible con los fundamentos filosóficos de cada uno de los mundos. Posteriormente, se avanzará en la identificación de las definiciones de justicia social en el Estado de Bienestar y la sociedad posbienestarista, interpretando las mismas a la luz de la teoría de la justificación. Una de las ventajas centrales de enfocar el problema de la justicia social desde esta teoría es que no se buscará una definición que deba valer para todo contexto histórico y societal, sino que la teoría misma invita a buscar una definición válida dentro de las coordenadas de cada mundo. Por lo tanto, tendrá poco sentido distinguir las conceptualizaciones de la justicia social entre válidas o inválidas, o correctas o incorrectas, sino, más bien, la propuesta es poder observar desde qué mundo se argumenta.

Para finalizar esta introducción, proponemos un breve repaso de los fundamentos de la teoría de la justificación elaborada por Boltanski y Thévenot². Como señala Boltanski, el libro *De la justification* marca la necesidad que tienen los actores de respaldarse en regímenes de justificación que instauran principios dotados de una validez intrínseca, cuando se ven implicados en situaciones donde sus juicios son sometidos a crítica (2012: 15). Estos regímenes sirven para apuntalar tanto los argumentos críticos, como las justificaciones, para sostener tanto el acuerdo como la crítica. Considerando las filosofías clásicas que buscan pensar la posibilidad de conformar un orden legítimo que repose sobre un principio de justicia, los autores han llamado a tales órdenes ‘ciudades’ (*cités*). A su vez, también se parte del supuesto de que, en las modernas sociedades conviven diferentes regímenes de justificación en un mismo espacio. Si bien la constitución de ciudades tiene un alcance general, ella

² También puede revisarse Calise (2021) y Ferrada Hurtado (2023). Para una definición de los conceptos de disputa, arreglo y compromiso remitimos a Calise (2022). Para una visión crítica de la teoría puede verse Honneth (2010) y Celikates (2012). Celikates destaca que la sociología de la crítica propuesta por los autores franceses es una alternativa convincente al modelo de Bourdieu, ya que toma en serio la comprensión de sí mismos generada por los actores. No obstante, el punto central de la crítica de Celikates destaca que Boltanski y Thévenot excluyen la posibilidad de que se de en la sociedad una distribución desigual o la existencia de restricciones estructurales sobre la capacidad de distanciarse del propio contexto y comprometerse con la crítica. En este sentido, Celikates sostiene que una perspectiva sociológica también debe considerar la posibilidad de que ciertos contextos sociales están protegidos de la presión de la justificación y ciertos discursos hegemónicos justificativos suprimen las fuentes alternativas de justificación. (2012, p.167) La crítica de Honneth aborda diferentes puntos específicos y perspectivas generales del trabajo. El diagnóstico más general de Honneth es que esta teoría lleva hacia una licuación de la estructura moral de lo social, ya que sólo en raras ocasiones los órdenes de justificación adoptan la forma fija de conjuntos institucionalizados de normas, y casi nunca se excluyen históricamente ciertas alternativas en el arreglo moral de las situaciones sociales. Aquí, la sociedad sólo aparece como un campo de la acción social, en el que todos los arreglos de política reguladora que proporcionan los órdenes de justificación culturalmente transmitidos son posibles en todas partes y en todo momento. Por el contrario, durante el proceso de socialización, se aprende qué órdenes de justificación han demostrado ser apropiados o adecuados para determinadas clases de tareas, de modo que se excluyen soluciones alternativas desde el principio. (2010, pp.156-7)

es válida solamente para aquellas sociedades marcadas por la filosofía política moderna. Los órdenes de la filosofía política, según Boltanski y Thévenot, son metafísicas, en la medida en que definen unas humanidades ligadas por un bien común que sobrepasa la felicidad particular de cada persona.

El modelo se basa en la relación entre seis axiomas (a) y cuatro hipótesis (H). El primer axioma (a1) es el principio de humanidad común de los miembros de la ciudad, el cual supone que todos pertenecen de la misma manera a la humanidad³. Este principio, en ausencia de toda diferenciación determina una metafísica política trivial de un único nivel lógico, que los autores denominan edén (H1), donde reinaría el acuerdo permanente de todos con todos. El segundo axioma, el principio de disimilitud (a2), excluye los edenés y supone por lo menos dos estados posibles para los miembros de la ciudad. A su vez, esta diferenciación dará lugar a ciertas formas de justificación de las acciones y a pruebas para atribuir tales estados.

Para hacer compatibles estas imposiciones, el modelo supone que todos los miembros tienen la misma potencialidad de acceder a todos los estados, denominada la 'dignidad común' (a3). Por consiguiente, se define un modelo de humanidad de diferentes estados (H2), que abre la posibilidad de acuerdos no-triviales y de desacuerdos, que quedan limitados a litigios respecto de la atribución de un estado a una persona, sin implicar inmediatamente un diferendo más profundo sobre la definición de esos estados. Tales disputas solamente se detendrán si se ordenan los estados (a4). Semejante orden entre estados, necesario para coordinar las acciones y justificar las distribuciones, se expresa mediante una escala de valor de los bienes y las suertes ligadas a esos estados, creándose así una tensión con el primer axioma. Por lo tanto, cuando la posibilidad de acceder a todos los estados no se ve asegurada, el orden constituido puede degenerar en un fraccionamiento de humanidades sin relación entre ellas.

Si bien se presupone la común humanidad (a1) y la igual posibilidad de acceso (a3) a los estados superiores, la realidad muestra que no todos los miembros de la ciudad gozan del estado supremo. Para explicar tal situación, se hace necesario apelar a una fórmula de inversión (*investissement*), la cual liga los beneficios de un estado superior a un costo o sacrificio exigido para su acceso, de manera que los beneficios se equilibran con cargas. Consecuentemente, la grandeza procura beneficios a las personas que acceden a ese estado, como también a los más pequeños que son comprendidos por los grandes y que encuentran en los grandes la posibilidad de crecer según su dignidad. Por consiguiente, la fórmula de sacrificio o de economía es la reguladora que suprime la tensión entre la común humanidad y la humanidad ordenada (H3)⁴.

Este modelo de humanidad ordenada permite justificar una gama más amplia de acuerdos que el precedente, aunque la eventualidad de un acuerdo ampliamente admisible no se encuentra del todo asegurada, ya que las personas pertenecientes a los estados inferiores, deseosas de aprovechar de los beneficios ligados a los estados superiores, tenderán a cuestionar más que a soportar el costo que implica el acceso al estado superior (a5). Una hipótesis complementaria (H4) supone que la felicidad, la cual crece con el ascenso hacia los estados superiores, genera provecho para toda la ciudad, lo cual constituye un bien común (a6). Esta última condición suplementaria

³ Honneth indica que los autores introducen este principio sin fundamentarlo. Por el contrario, lo presentan como un hecho empírico de las sociedades contemporáneas. (2010, p.137)

⁴ Este axioma también es criticado por Honneth. El filósofo alemán destaca que este principio implica sostener que, en la sociedad 'moderna', todo modelo de orden social justificable se basa en un principio de rendimiento o mérito que determina normativamente el lugar en la jerarquía social que deben ocupar los miembros de la sociedad que son 'en sí' iguales. (2010, p.137-8)

permite hablar de un orden de grandeza. El bien común se opone al goce egoísta, que debe ser sacrificado para poder acceder a un estado de grandeza superior. El estado de grande se diferencia del estado de pequeño no solamente porque proporciona mayor bienestar a aquellos que pueden acceder a él, sino que también repercute sobre el bienestar de los pequeños, puesto que al goce egoísta de los pequeños se le agregan los beneficios de la grandeza de los grandes.

La importancia del estado de grande es fundamental, ya que la ciudad se identifica con él y el acceso al mismo implica ser identificado con la ciudad. En un modelo de ciudad semejante (H4), se entremezclan las nociones de grandeza (a4) y de bien común (a6), unificadas bajo el principio común superior. Este principio permite contener los desacuerdos dentro de lo admisible, evitando que degeneren, poniendo en duda el principio de acuerdo, o sea, la definición de los estados de grandeza y, por lo tanto, los fundamentos de la ciudad.

Consiguientemente, la estructura del modelo presupone dos exigencias fundamentales fuertemente antagónicas: la exigencia de una humanidad común, que supone una forma de identidad compartida por todos; y una exigencia de orden de tal humanidad. La definición del bien común es la piedra angular de la construcción que debe asegurar la compatibilidad entre ambas exigencias.

2. El mundo doméstico

2.1. Características generales

En el mundo doméstico (Boltanski y Thévenot, 1997, pp.206-222), la grandeza, que está en función de la posición ocupada en cadenas de dependencia personales, sólo puede captarse en el sentido relacional de mayor que... o menor que.... Por las mismas razones, el ejercicio de la grandeza está sujeto a limitaciones de lugar y tiempo vinculadas a la necesidad, para manifestar la propia importancia, de presentarse en persona en presencia de otros. De ahí el interés por todo lo relacionado con el aspecto del cuerpo, la vestimenta y la presentación.

Las personas grandes alcanzan la superioridad por estar insertadas en una jerarquía. Son grandes en virtud de la relación que las une a personas más grandes, por las que son apreciadas, por las que son consideradas y que las unieron a su persona. Es así como se distinguen por el juicio exclusivo de un superior o de un jefe, y la elección que las saca de rango. También son grandes porque están impregnadas de tradición, es decir, son correctas. Existen en la continuidad y poseen todas las cualidades que manifiestan la permanencia, como la firmeza, la fidelidad y la exactitud. Estas virtudes se manifiestan en distintas conductas, según se haga hincapié en las relaciones con íntimos o extraños, por un lado, o con superiores o inferiores, por otro.

En el mundo doméstico, el superior tiene el deber de implicar a los miembros más pequeños de los que es responsable en lo que lo hace grande. De hecho, los grandes incluyen a los pequeños como si ellos los hubieran hecho. Son los primeros en el orden de las generaciones e, inseparablemente, en las jerarquías. Los más grandes son el ser de los más pequeños: los superiores jerárquicos engrandecen a los inferiores y definen su identidad. Los líderes son el honor de los subordinados. A la inversa, los pequeños, que por su dependencia personal participan de la grandeza de aquellos a los que están subordinados, forman parte de los grandes, que son responsables de ellos. Los seres más miserables se caracterizan por su inestabilidad y

precariedad. Los pequeños no pueden estarse quietos. Su carácter los impulsa a actuar con ostentación, a llamar la atención, a hablar alto, es decir, más alto de lo que su grandeza desearía, a hacerse notar.

El acceso a la superioridad depende de una buena educación. En un mundo en el que hay que asegurar la permanencia y la continuidad de una tradición, las relaciones tienen que ver ante todo con la educación. Es a través de la educación como se transmite lo natural.

2.2. La justicia social y la iglesia católica

2.2.1. La justicia social en la obra de Taparelli

Suele considerarse la obra de Taparelli (1851) como la primera referencia al concepto de justicia social, pese a que su formulación no suele ser analizada. Esto puede deberse a que el alto nivel de abstracción del texto y de la consiguiente categoría de justicia social resultante puede no coincidir con las expectativas de una búsqueda solamente enfocada en las definiciones. No obstante, su análisis permite comprender cómo el concepto de justicia social nace en el contexto del mundo doméstico y del derecho natural.

Taparelli entiende que del orden natural deriva el orden moral y, de este último, el deber. El orden es verdad, en cuanto liga los intelectos, y es bien, puesto que liga todas las voluntades. El derecho es entendido como una fuerza moral —concepto que se opone al de fuerza física— que liga a los seres humanos y sus voluntades, conformando la base de la sociedad, y hace operar en pos del bien. Tener derecho es tener poder, o sea, tener un poder moral sobre los espíritus. Pero, es importante aclarar que este poder se funda únicamente sobre la verdad y el bien (1851, pp. 142-3). Del derecho se deriva la idea de autoridad, que se define como el derecho de hacer obligatorio lo puramente honesto y cuyo fin es el de conformar una unión ordenada de los asociados hacia el cumplimiento de un fin, que es el bien. En contra de toda idea contractualista, para Taparelli la autoridad deriva de la voluntad de Dios y no de la voluntad humana (1851, p. 37). A su vez, en un plano más concreto, aparece el gobierno. El buen gobierno es aquel que asegura y perfecciona los derechos de los seres humanos. De este modo, el grado más alto de perfección social o civilización es el reino absoluto del derecho, cuando se impone sin la necesidad de instrucción o fuerza física (1851, p. 44). El gobierno se encarga de organizar, entendiendo por esto la tarea de formar partes con una función específica y armonizarlas para conseguir un fin común (1851, p. 56).

Llegando al punto que concierne a este trabajo, Taparelli entiende que el derecho es esencialmente social, ya que éste es su carácter distintivo principal. Por otra parte, de la idea misma de derecho nace espontáneamente aquella de justicia social. La justicia social es la justicia entre seres humanos. En este caso, se toma al ser humano en abstracto, puramente como animal racional, dejando de lado los aspectos de su identidad que generan desigualdad entre los humanos. Dicho más claramente, Taparelli concibe a los seres humanos como conformados por ciertas cualidades iguales, propias de la especie, a las que se les adicionan otras cualidades desiguales. Por lo tanto, la justicia social iguala en los hechos a todos los seres humanos en lo que respecta a los «derechos de humanidad», debido a que el Creador los ha igualado en su naturaleza (1851, pp.143-5). En este sentido, el concepto de justicia social pone entre paréntesis el orden jerárquico connatural al mundo doméstico, que genera desigualdades entre pequeños y grandes, entre poseedores de la autoridad y súbditos, para referirse a aquellos derechos comunes a todos los humanos. Sin embargo, esta

formulación de la justicia social no empuja hacia la igualdad generalizada de todos los miembros de la sociedad en todos los aspectos de la vida, ya que los derechos nacidos de las desigualdades del orden jerárquico siguen siendo legítimos. La justicia social solamente concerniría la afectación de aquellas cualidades que son comunes a todos. Por consiguiente, esta interpretación de la justicia social se parece más a las modernas concepciones de los derechos humanos que a aquello que se suele esperar del concepto de justicia social.

2.2.2. *Rerum Novarum*

La encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII (1891), si bien no utiliza explícitamente el término justicia social, pone en primer plano las preocupaciones de la Iglesia por la cuestión social, y servirá de punto de referencia para las sucesivas reflexiones y acciones que tomará la institución. Siguiendo a Boltanski y Thévenot (1997), el hecho de que la grandeza no esté ligada permanentemente a las personas permite la emergencia de litigios, o sea, desacuerdos respecto de la grandeza de las personas y, por lo tanto, sobre cuán justamente ésta se encuentra distribuida. Éste es el punto de partida de la encíclica, que critica las consecuencias de la distribución de grandeza siguiendo únicamente la lógica del mundo mercantil: la división de la sociedad en un pequeño grupo de ricos, que casi ha reducido a la esclavitud a la mayoría. Esta crítica no implica una negación de la diferenciación entre grandes y pequeños, ya que, para León XIII, las diferencias entre los seres humanos son naturales, y de ellas se deriva la diferencia de fortuna. No obstante, resulta inválido para el pontífice que los ricos opriman «para su lucro a los necesitados y a los desvalidos» y busquen «su ganancia en la pobreza ajena» (1891), cosa que estaría vedada por las leyes divinas y humanas.

Frente a esta situación, lo que se propone es una fórmula de compromiso entre el mundo doméstico y el mundo industrial. Una característica central del compromiso es que en éste los participantes renuncian a clarificar el principio de su acuerdo, limitándose a sostener una disposición intencional orientada hacia el bien común. Esto se puede cumplir si las partes buscan realizar el interés general y no simplemente el interés de aquellos concernidos por el acuerdo. El centro del compromiso propuesto es que los obreros puedan gozar de una pequeña propiedad privada. Esto reduciría las extremas diferencias económicas entre las clases y aventaría el fantasma de la revolución socialista. Por otra parte, el derecho de propiedad es visto como un derecho natural, por lo que el Estado no puede abolirlo. Dios ha dejado que «la delimitación de las posesiones privadas a la industria de los individuos y a las instituciones de los pueblos», lo cual no significa que «quisiera que su posesión fuera indivisa para todos» (1891). Esto presupone que el eje del compromiso sería el mejoramiento de la condición de la clase obrera, al tiempo que se asegurase la inviolabilidad de la propiedad privada.

Los pequeños, o «la plebe», siguen siendo vistos desde la óptica del mundo doméstico, o sea, como aquellos que no pueden comportarse y mantenerse en su lugar. Por lo cual, hay que limitar sus ambiciones. Es por ello que, para mejorar la situación de los pobres, no sería justo quitarles a los ricos lo que les pertenece. Por otra parte, el compromiso también entraña una visión corporativista, propia del mundo doméstico, donde reaparezcan los gremios medievales, para evitar que los obreros queden aislados e indefensos.

2.2.3. *Quadragesimo Anno*

La encíclica *Quadragesimo Anno* de Pío XI (1931) recoge las enseñanzas vertidas por su predecesor en el texto antes mencionado, ampliando su análisis. Desde el punto de vista argumentativo, critica el orden social regido desde el mundo mercantil, considerando que el funcionamiento de la economía no puede dejarse en manos de la libre competencia y a la sociedad en las de la lucha de clases, que han suprimido el carácter social y moral de la economía. Por consiguiente, se hace necesaria la restauración de un orden social, la cual deberá apuntar a reformar las instituciones y enmendar las costumbres. Respecto del primer aspecto, Pío XI atribuye al «individualismo» la destrucción de las diversas formas de asociación. Este último aspecto debe ser reconstruido según un orden jerárquico, permitiendo la formación de «órdenes» que agrupen a los seres humanos según su función social desempeñada. En lo que respecta al segundo, el pontífice pone en el centro dos principios: la justicia social y la caridad social. La justicia social debería imbuir «las instituciones públicas y toda la vida social», así como constituir «un orden social y jurídico, con que quede informada toda la economía» (1931). En este contexto, el concepto de justicia social es empleado en relación con la distribución del ingreso de los trabajadores. Una remuneración justa sería aquella que le permita al trabajador y su familia obtener su sustento, sin que sea necesario recurrir abusivamente al trabajo infantil o que la mujer deba dejar sus labores domésticas para trabajar fuera de la casa. Por otra parte, este salario debería permitir que los obreros puedan ir constituyendo un pequeño patrimonio. Por lo tanto, el principio de justicia social impediría que disminuya o aumente excesivamente el salario del trabajador, buscando reducir el desempleo al mínimo posible y que todos puedan obtener una remuneración suficiente. Además, la justicia social deberá ir acompañada por la caridad social, que será la encargada de unir los corazones y almas. Esta unión es indispensable para que las instituciones encaminadas a promover la paz y la mutua ayuda logren triunfar. De esta manera, siguiendo la lógica del mundo doméstico, este orden logrará su verdadera unión, realizando el bien común, cuando todas las partes «se sientan miembros de una misma familia e hijos todos de un mismo Padre celestial, y todavía más, un mismo cuerpo en Cristo» (1931).

3. El mundo mercantil

3.1. Características generales

En el esquema planteado por Boltanski y Thévenot, la esfera económica se diferencia en dos formas principales de coordinación: el mercado y el orden industrial. En el mundo mercantil (1997, pp. 241-252), los individuos son impulsados por el deseo a poseer objetos, bienes raros cuya propiedad es alienable, a entrar en relaciones de negocios. Estos individuos se encuentran separados unos de otros, de manera que están predispuestos a aprovechar cualquier ocasión para realizar una transacción. Por lo tanto, los sujetos se hallan disponibles en el mercado de la misma manera que los bienes. Por otro lado, la competencia funciona como principio de coordinación de las acciones y los precios regulan los litigios entre rivales. La armonía de este orden está dada porque los bienes encuentren su precio en un mercado, que determina la distribución de los estados de grandeza. A su vez, el dinero es la medida de todas las cosas y constituye la forma de la evidencia.

La grandeza de los objetos está dada por su posición de fuerza en el mercado, mientras que las personas grandes son aquellas cuya riqueza les permite poseer aquello que todos desean. Su éxito se debe a la fuerza de su deseo y por su oportunismo, que les permite sacar el mejor partido de cada situación. Esto, a su vez, se

asocia con su capacidad para saber escuchar aquello que los otros realmente dicen. Por el contrario, el estado de pequeñez es aquel en el que las personas, en el fracaso, se estancan y pierden, y en el que los bienes son rechazados o aborrecidos, en vez de ser deseados. La relación entre pequeños y grandes implica una relación jerárquica, ya que las mercancías condensan en sí los deseos de los otros y el estado de grande comprende el de pequeño por medio de una relación de posesión. En este sentido, el precio es la evidencia del apego de los demás al bien que uno posee.

3.2. La justicia en el mundo mercantil

3.2.1. La crítica a la justicia social de Hayek

Para reconstruir la visión de la justicia social desde el mundo mercantil recurrimos a las teorías de Hayek y Nozick como dos formulaciones compatibles, que expresan el espíritu de este mundo. Por un lado, Hayek (1998) considera que es un error calificar de justos o injustos estados de cosas o circunstancias que no pueden ser cambiados por nadie. Solamente la conducta humana o las acciones de organizaciones, como el Estado, podrían ser calificadas de justas o injustas, pero no a la sociedad como un todo⁵ (1998, p. 31-2). Tampoco el mercado, en cuanto distribuidor de bienes y servicios puede ser considerado como justo o injusto, puesto que sus resultados no son planificados ni previstos, y dependen de una multiplicidad de circunstancias que no son conocidas en su totalidad por nadie. En este sentido, el concepto de mérito tampoco funcionaría como el criterio predilecto de justicia por parte del mercado. Más específicamente, productos o servicios que pueden implicar un alto mérito, pueden encontrar un precio muy bajo en el mercado, al tiempo que la situación inversa también es válida (1998, p.70). El concepto de justicia social sería, para el economista austríaco, la consecuencia de una forma de razonamiento primitiva que, al observar ciertas regularidades, supone que los resultados del ordenamiento espontáneo del mercado están dirigidos deliberadamente por actos de voluntad, y que pueden ser guiados por reglas morales (1998, p.62). Según Hayek, cuando un gobierno trata de implementar un modelo de distribución, más somete a los individuos y grupos a su control, acercándose cada vez más a un sistema totalitario (1998, p.68). En este sentido, se asocia al mercado, en cuanto orden espontáneo y amoral, con la garantía de la libertad individual, mientras que todo parámetro de redistribución de la riqueza implica necesariamente una reducción de esta libertad.

Siguiendo la propuesta de Hayek, Burke (2011) insiste en que solamente las acciones pueden ser justas o injustas, pero nunca los estados de cosas. Consecuentemente, las teorías de la justicia social reducen o niegan el libre albedrío, y, por lo tanto, la responsabilidad individual, marginalizando los conceptos de mérito, culpa e inocencia, recompensa y castigo. Según Burke, todo lo que es injusto es también inicuo (*unfair*) o desigual, pero no todo lo que es desigual es injusto. Por el contrario, las teorías de la justicia como equidad (*fairness*) consideran que toda desigualdad o iniquidad es injusta, aunque se trate de un estado de cosas y no de acciones (2011, pp.12-3). Por otra parte, el concepto de justicia social también descarta toda referencia a la voluntad, para centrarse únicamente en las condiciones materiales (2011, p.26). Por consiguiente, una persona rica gozaría de mayor libertad que una pobre, ya que dispone de más oportunidades (2011, p.147). Esto significa que el éxito o fracaso sería únicamente el resultado de la desigualdad de oportunidades, con lo cual la sociedad sería la causante del fracaso de los pobres. De este modo, al eliminarse

⁵ Este argumento parece un tanto débil, ya que desde los orígenes de la filosofía se ha calificado de justos o injustos a ciertos estados de cosas.

toda responsabilidad y libertad individual, también dejan de tener sentido los juicios morales (2011, pp.156-8).

Este planteo de Hayek se centra en una crítica de la justicia social, aunque su visión de la justicia permanece bastante difusa. No obstante, su importancia subyace en exponer las críticas del mundo mercantil hacia toda concepción de la justicia social.

3.2.2. La justicia en la teoría de Nozick

Por su parte, Nozick (1974) propone una teoría de la justicia dentro de los parámetros del mundo mercantil, que se basa en un único principio: el derecho de propiedad como derecho natural. Éste implica que nadie tiene derecho a interferir en la persona o la propiedad de otro sin su consentimiento, por lo cual el derecho a la libertad queda ligado al derecho de control sobre sí mismo (Wolff, 1991, p.14). Por lo tanto, es injusto sacrificar a una persona por el bien de otra, o sea que todo tipo de redistribución de la riqueza que no sea voluntaria tampoco sería justa, aunque sería moralmente correcto que los ricos ayuden a los pobres (Wolff, 1991, p.18). Por otra parte, el criterio decisivo que determina la justa posesión es el análisis de cómo se obtuvieron esos bienes. Si la propiedad deriva de una transacción voluntaria (donde no hubo engaño alguno) esta transacción es justa y, consecuentemente, también la posesión del bien (Nozick, 1974, p.151).

Complementando este planteo, Nozick justifica la existencia de un Estado mínimo, encargado solamente de custodiar la seguridad de las personas y la propiedad privada, en cuanto éste es el resultado no intencionado del actuar de los individuos en el estado de naturaleza. Este Estado sería el producto de la asociación de varios individuos con el fin de procurarse protección mutua. En un primer momento, emergerían varias de estas asociaciones, las cuales terminarían fusionándose o cooperando, con el fin de resolver las disputas entre sus miembros (Nozick, 1974, pp.31-43). Este proceso derivaría en la aparición de una agencia dominante, que representaría el Estado ultramínimo (Nozick, 1974, pp.45-6). En esta situación todavía habría individuos que se resistirían a dejar el estado de anarquía. El Estado mínimo aparecería cuando a estos rebeldes se les prohíbe ejercer su derecho natural al uso de la fuerza propia para defenderse y defender su propiedad. Como compensación, se les otorga la protección del Estado, pagada por los otros contribuyentes. Esta sería la única forma de «redistribución» admitida (Wolff, 1991, pp.54-55).

Por lo tanto, desde el mundo mercantil no solamente no se cuenta con una teoría de la justicia social, sino que se denuncia el concepto en sí mismo, en cuanto filosóficamente inadecuado y destructor de la libertad individual. En este sentido, la voluntariedad de las transacciones es el único criterio de justicia válido en este mundo.

4. El mundo cívico

4.1. Características generales

En el mundo cívico (Boltanski & Thévenot, 1997, pp. 231-241), no son las personas humanas las que acceden al estado de grandeza superior, sino las personas colectivas, que se componen por la reunión de las primeras. Estos seres colectivos también se encuentran comprendidos por otros colectivos de dimensión superior, donde el más inclusivo termina siendo la humanidad. Un ser también puede calificarse como grande, si se lo reconoce como representativo, lo cual le otorga autoridad dentro de una organización y le confiere la capacidad de ejercer un poder. Los representantes

o delegados son más grandes en cuanto tienen la misión de traducir las aspiraciones de las masas. Tienen la capacidad de representar los intereses, o sea, de transformar los intereses particulares en un interés colectivo. La legalidad configura un tipo de grandeza particularmente apreciada en este mundo, ya que la relación de grandeza se ejerce mediante formas legales que definen y limitan la representatividad según un dominio (político, sindical, etc.) un espacio y un tiempo.

Los seres del mundo cívico poseen en sí mismos una aspiración que los lleva hacia lo común, hacia aquello que los une y que los incita a romper su aislamiento. La aspiración común a la unión define la dignidad de las personas. En este mundo, los seres son personas en cuanto susceptibles de tener derechos y obligaciones, o sea, en cuanto creados y autorizados por medio de un acto a través del cual se expresa la voluntad de todos. Ellos pueden acceder a la grandeza mediante el sacrificio de los intereses particulares e inmediatos, anteponiendo los intereses colectivos a los intereses individuales. La ciudad se derrumba cuando ella se abandona a lo particular. Cuando los seres no se ven fuertemente ligados mediante relaciones de solidaridad, se pierden y se dejan arrastrar por las desviaciones, disolviéndose en el individualismo.

4.2. Justicia e igualdad en el mundo cívico:

4.2.1. La justicia en la obra de Rousseau

El modelo de la ciudad cívica se basa, fundamentalmente, en las ideas políticas de Rousseau y su contrato social. Sin embargo, tal como sucede con los otros mundos, Boltanski y Thévenot no profundizan en la relación entre igualdad y justicia para poder deducir qué concepción de la justicia es inherente a cada mundo. Partiendo de las conceptualizaciones de Rousseau puede observarse que el filósofo ginebrino distingue entre diferencias naturales o físicas y morales o políticas. Contrariamente a la visión generalizada, Melzer (1990, p.156) sostiene que Rousseau cree que los seres humanos son naturalmente desiguales y que cada uno merece un trato diferenciado según su valor. La verdadera igualdad solamente es alcanzable en el estado de naturaleza, o sea, cuando los seres humanos no son interdependientes (Viroli, 2002, pp. 68-69). En ese estado, los seres humanos son diferentes en su fuerza física, su inteligencia o su belleza, pero no desiguales, ya que estas diferencias no tienen ningún valor o el efecto que tienen en sus vidas es prácticamente nulo (Shklar, 1978, p.16; Viroli, 2002, p.69-73). En el estado de naturaleza, los seres humanos no tienen razón para compararse con los demás o realizar comparaciones entre sus semejantes. El estado de desigualdad nace con la formación de una comunidad que emite juicios, premia la estima, compra y asigna valor a las cualidades individuales, acciones u objetos. Esto comienza a suceder en un momento intermedio entre el estado de naturaleza y la sociedad civil, que se corresponde al momento en que los seres humanos comienzan a asociarse entre vecinos (Cranston, 1984, p.117). La adscripción de un valor a cada individuo y la consiguiente formación de una estructura jerárquica se deben a la existencia de un patrón regular de relaciones sociales y a la conciencia de que cada uno tiene de su prójimo. Cuando los seres humanos comienzan a compararse, se vuelven importantes las opiniones de los demás. Por lo tanto, la dinámica de la estima coloca a cada uno en un lugar diferente, según los valores respectivamente adscriptos. De esta manera, nacen las desigualdades políticas o morales, las cuales dependen de la legitimación de ciertas convenciones establecidas entre los miembros de la comunidad. Esto significa que estas desigualdades existen únicamente en cuanto son reconocidas por la sociedad. Por otra parte, la propia identidad de cada individuo se construye sobre la base de las percepciones que los demás

tienen de cada uno, de manera que cada ser humano termina sometiéndose a la tiranía de la opinión. Siguiendo a Shklar (1978, p.16), aquello que cementa este orden no es el egoísmo, sino la vanidad, el deseo de sobresalir y escalar en la jerarquía social.

El contrato social permite pasar de la libertad anárquica del estado de naturaleza, a la libertad republicana (Cranston, 1984, 119-120). Esta última implica una igualdad en los derechos legislativos, de manera que ningún individuo o grupo podrá imponer su voluntad o sus leyes a los demás. Pese a que los votos de cada uno tienen el mismo valor al momento de legislar, esto no significa que cada uno tenga la misma voz en el gobierno. Por lo cual, Rousseau no querría eliminar toda desigualdad, sino hacer perdurar una desigualdad racionalmente justificable (Cranston, 1984, p.121). Esto conlleva sustituir la aristocracia de sangre por una aristocracia elegida democráticamente, que sigue criterios morales. Este estado también implica igualdad de deberes (pago de impuestos y servicio militar), pero admite la desigualdad en la propiedad. No obstante, considera necesario que haya cierta igualdad en la forma de vida, que debe ser simple y austera, ya que las grandes desigualdades de rango y propiedad erosionan la igualdad de derechos (Weirich, 1992, p.192).

4.2.2. La teoría de la justicia de Rawls

Si bien la teorización de Rousseau plantea los problemas del balance de la igualdad y la desigualdad en el mundo cívico, no queda claramente formulada una teoría de la justicia y, más específicamente, un concepto de justicia. Otra teoría contractualista, como la de Rawls (1999), encara directamente este desafío. El filósofo estadounidense también observa la existencia de desigualdades en los puntos de partida de los diferentes individuos, consistentes en los talentos y habilidades naturales, y aquellos bienes heredados o producto de la educación provista por la familia (1999, pp.59-64). Esto hace aparecer rápidamente el problema de la desigualdad, si ella es aceptable y en qué grado. Los dos principios de justicia que Rawls propone son: una cantidad igual y compatible de libertades básicas para todos, y la aceptación de las desigualdades socioeconómicas siempre y cuando los empleos y cargos sean accesibles a todos en igualdad de oportunidades, y ellas redunden en beneficio de los menos aventajados de la sociedad (el principio de diferencia) (1999: 65-70). Respecto del cultivo de ciertos talentos, como los de la clase empresarial, Rawls admite que, de no permitírsele una recompensa mayor, ella no tendría motivación para desarrollar esas potencialidades. Esta situación generaría mayores desigualdades, sin embargo, produciría un incremento generalizado del bienestar material que también beneficiaría a los menos favorecidos. Consiguientemente, una perfecta igualdad no sería siempre beneficiosa para el conjunto de la sociedad. Por el contrario, permitir cierto nivel de desigualdad podría ser provechoso, ya que incentivaría el desarrollo de habilidades y talentos naturales. (Lovett, 2011, p.56) En este esquema, el «principio de diferencia» aparece como el criterio para discernir qué nivel de desigualdad es tolerable. Este principio indica que son justas las expectativas más altas de aquellos mejor situados, solamente si ellas terminan mejorando las expectativas de los menos aventajados (Rawls, 1999, p.65). Por otra parte, el principio de diferencia sugiere maximizar las posibilidades de cada grupo partiendo en orden ascendente, o sea, maximizando primeramente las posibilidades de los más desfavorecidos.

Por lo tanto, estos dos planteamientos convergen en algunos puntos. En principio, todos los ciudadanos deben gozar de igualdad respecto de un mínimo de derechos básicos. No obstante, se admiten desigualdades económicas y sociales, que pueden ser susceptibles de ciertas limitaciones. Rousseau pretende que la desigualdad no sea extrema y que la austeridad y la virtud reinen entre todos los ciudadanos.

Por su parte, Rawls formula principios más abstractos para regular este problema. Por un lado, no se somete a toda la sociedad a las mismas condiciones de igualdad, ya que esto desmotivaría a los individuos a desarrollar sus potencialidades, generando un escenario donde todos pierden. En este sentido, la desigualdad puede producir un mayor nivel de bienestar del cual todos se beneficiarían. En una sociedad justa, siguiendo el principio de diferencia, siempre se comenzaría mejorando la condición de los peor situados y se seleccionarían aquellas expectativas de los más aventajados que también contribuirían a mejorar la situación de los demás.

Estos principios parecen compatibles con el modelo del mundo cívico y podrían representar la concepción de justicia inherente al mismo. Por lo tanto, tendríamos que todos los miembros gozarían de la igualdad de derechos en cuanto pertenecientes al mismo colectivo. Por otro lado, existiría desigualdad en la grandeza acumulada por cada uno, cuya justificación es proporcional a su contribución al desarrollo colectivo. Los grandes del mundo cívico y de otros mundos (como el industrial) contribuirían, con su actividad, a que los pequeños también puedan elevar su condición. Además, ciertos colectivos como el Estado orientarían la distribución buscando favorecer, primeramente, la posición de los menos favorecidos, tratando que la condición de éstos acompañe el progreso general de la sociedad.

5. Justicia social y Estado de Bienestar

El Estado de Bienestar no puede identificarse de manera directa con ninguno de los mundos descriptos por Boltanski y Thévenot. Más bien, en este marco teórico, podría pensárselo como una forma de compromiso entre varios mundos, por ejemplo, entre el mundo cívico, el mundo industrial y el mundo doméstico, siempre dependiendo de las coordenadas espacio-temporales de su desarrollo. A través del compromiso se busca ponerse de acuerdo para suspender un diferendo, sin que este último haya sido determinado por una prueba de un mundo solo. Pese a que la situación de compromiso es heterogénea, puesto que relaciona seres de diferentes mundos, ella permite evitar un diferendo. Este concepto de compromiso supone la posibilidad de avanzar un principio capaz de compatibilizar juicios sustentados en objetos provenientes de mundos diferentes, o sea, está orientado hacia un bien común que superaría y comprendería las formas de grandeza enfrentadas.

En su trabajo sobre el Estado de Bienestar, Ewald (1986, pp. 542-604) dedica un espacio para trabajar su relación con el concepto de justicia social. En este sentido, el autor entiende que la justicia designa un modo siempre específico de establecer una relación de equivalencia entre cosas que son necesariamente desiguales y diferentes, combinando igualdad y desigualdades. A su vez, cada sociedad tiene un principio común de conmensurabilidad dictado por su regla de justicia (1986, pp.552-4). La justicia social es definida por Ewald como la voluntad de remediar las situaciones consideradas 'injustas', sobre las cuales el derecho no se permitía intervenir. Ella opone al orden jurídico las desigualdades fácticas y las discriminaciones que, por su constitución, el derecho parece tener que dejar fuera de su competencia (1986, p.577). Esto implica que la legalidad del mundo cívico es permanentemente puesta en discusión, al tiempo que toda fórmula de inversión es cuestionada permanentemente.

Si bien el concepto de justicia social se ha visto asociado a categorías medievales, como la de 'precio justo' o las ideas jurídicas de Tomás de Aquino (mundo doméstico), esto no implica un retorno al derecho natural. En este sentido, las construcciones del derecho natural clásico se basan en una concepción de la naturaleza como una totalidad jerarquizada y finalizada, cognoscible según los procedimientos y métodos de una ontología física o teológica. La epistemología que sustenta la justicia

social implica una crítica radical de toda referencia a la naturaleza. Lo social sólo puede justificarse como antinatural. El punto de referencia para la justicia social no es la estabilidad de un orden natural, sino la movilidad de la historia, como proceso indefinido de emancipación humana de las limitaciones de la naturaleza, como escatología de la liberación definitiva (1986, pp.578-9).

En el contexto de una sociedad de solidaridad, donde la justicia social se vuelve central, la regla de justicia social no está abocada a dar cohesión a la sociedad civil, sino que debe permitir a cada individuo evaluar si el lugar relativo que ocupa en el juego de la solidaridad social es justo o no. El problema de la justicia social es saber si existe una regla sobre la que todos podamos ponernos de acuerdo, y que permita a cada uno compararse con los demás y medir el precio de la solidaridad. Esta regla es la norma. La justicia social sería, según Ewald, la justicia de la norma. En las sociedades de solidaridad, en el marco del Estado de Bienestar, la norma desempeña el papel de medida común que ejercía anteriormente la noción de bien común, por una parte, y el principio de igualdad, por otra. Ser justo, entonces, es atenerse a la norma. La norma designa una forma específica de pensar el problema de la igualdad y de establecer relaciones entre igualdad y desigualdad. Esto se lleva a cabo por medio de las ideas de media y equilibrio, o sea, sin referencia a una medida fija y trascendente, sino por una constatación regular de la relación de la sociedad consigo misma. En este sentido, la norma es una regla de justicia que desestabiliza, ya que permite denunciar toda situación adquirida como arbitraria e injusta. La norma desigual, hace aparecer toda posición como privilegiada y a la organización social como un inmenso entramado de privilegios (1986, pp.582-3). Por lo tanto, en este tipo de sociedad, no se puede llegar a una fórmula de inversión clara, ya que toda forma de grandeza podría ser denunciada, de manera que el litigio, en cuanto desacuerdo respecto de la grandeza de las personas y, consiguientemente, sobre cuán justamente ésta se encuentra distribuida, subyace como una posibilidad permanente.

En este contexto de la sociedad de solidaridad, no hay un universal posible, sino, solamente, particularidades en conflicto. Tampoco hay un contrato social, sino un 'compromiso' democrático y social, siempre precario y transitorio. Imposibilitados de llegar a un acuerdo sobre una medida común, estamos condenados a la 'crisis' como forma normal de la vida política.

El Estado de Bienestar, en su forma prototípica, entró en crisis ya hace varias décadas, destacándose como una de las causas principales, según Ewald, el aumento de los gastos (en particular, de salud) a un ritmo incesante, mientras que la crisis económica provocaba un estancamiento de los ingresos. La lógica del Estado de Bienestar era la de construir un orden social que no siga las fluctuaciones económicas, aumentando su presupuesto para una satisfacción creciente de las necesidades sociales. El programa de la institución 'seguridad social' implicaba el sueño de un proceso que permitiría la satisfacción indefinida de las necesidades, aunque se terminó imponiendo la constatación de que solo se pueden satisfacer las necesidades sociales de manera limitada. En un primer momento (en ciertos países centrales), el sistema de salud había podido funcionar según un principio de igualdad abstracta, a saber, todos tenían derecho a todos los tratamientos que se podían necesitar según el mal que se sufría. Posteriormente, las actividades técnicas, que satisfacían las necesidades sociales, debieron integrar la racionalidad económica. Esto implicó que la elección terapéutica debía modificarse para tener en cuenta el equilibrio entre los costos (financieros) y los beneficios (en términos de vida y esperanza de vida de cada individuo) (1986, pp.542-3).

6. La justicia social en la sociedad posbienestarista

6.1. El mundo reticular

La ciudad por proyectos y el mundo reticular son la última forma de ciudad y mundo distinguidos por Boltanski, esta vez en un reconocido trabajo realizado junto a Chiapello (2012). La transitoriedad propia del proyecto, punto central de la ciudad por proyectos, se adapta perfectamente a un mundo reticular. Una vida caracterizada por la sucesión de proyectos multiplica las conexiones y vínculos, de manera que se van tendiendo redes. El extender la propia red es la esencia misma de la vida en el mundo reticular, mientras que la detención de este proceso implica el peligro de quedar excluido. Los seres de este mundo se caracterizan por su deseo de conectarse y no permanecer aislados. La característica principal del estado de grande en este mundo es la de saber comprometerse con un proyecto. Esto implica tener entusiasmo, saber confiar en las personas con las que se entablan relaciones destinadas a evolucionar durante el desarrollo del proyecto, y también la capacidad para estar disponible para nuevas relaciones. Por lo tanto, el grande se muestra flexible, adaptable, polivalente, características que lo vuelven empleable. Esto no implica docilidad, ya que el grande es activo y autónomo, sabe tomar riesgos para generar nuevos contactos. Más importante aún, el grande no es sólo el que sobresale en poner de relieve los recursos específicos adscritos a un mundo, sino también el que pone las potencialidades reveladas en la prueba al servicio del bien común. No solamente es capaz de comprometerse, sino que puede comprometer a los demás, genera confianza, sabe escuchar, es tolerante y respeta las diferencias. El equipo confía en él porque es un conector, un armador, que no se queda con los contactos y la información, sino que los distribuye. El lenguaje utilizado para describir el mundo conexionalista toma dos direcciones opuestas. Por un lado, lleva hacia una acción sin sujeto, en donde el único ser que cuenta es la red y lo que sucede es del orden de lo anónimo, de la autoorganización. Por otro, toma la dirección de un neopersonalismo que pone el acento en los seres humanos en busca de sentido. Esta segunda orientación es dominante porque constituye en gran medida la base de la dimensión normativa y ética de la ciudad basada en proyectos. Lo más importante es intangible, impalpable e informal, lo cual describe tanto las relaciones como las reglas de juego, y los dispositivos organizacionales más adecuados son también interpersonales. (Boltanski y Chiapello, 2012: 181-192)

Los pequeños de este mundo se caracterizan por su imposibilidad de comprometerse, sea en un proyecto o por su incapacidad de cambiar de proyecto. Son personas en las cuales no se puede confiar porque no dan lo que se espera de ellos, porque no distribuyen la información y juegan de manera individual. También se caracterizan por no saber comunicar, ser cerrados, tener ideas antiguas, ser autoritarios e intolerantes. Su rigidez es su defecto principal. La ciudad por proyectos cae cuando la red no se extiende más y, cerrándose sobre sí misma, solamente beneficia a unos pocos, pero no sirve al bien común. (Boltanski y Chiapello, 2012: 193-194)

6.2. Las bifurcaciones de la justicia social

En el marco de su análisis del ascenso del mundo reticular y las nuevas formas del capitalismo, Boltanski y Chiapello (2012) muestran cómo una de las lógicas que va perdiendo importancia social es la cívica, junto con la doméstica. Paralelamente, surge el problema de que, debido a su naturaleza, resulta imposible configurar un concepto de justicia en el mundo reticular. Esta puede ser una de las razones por las cuales, si bien limitadamente, la justicia social sigue encontrando en el mundo cívico un refugio frente a la hegemonía de los mundos industrial y mercantil, y el avance del

mundo reticular. No obstante, las promesas de justicia social del siglo XX, como señala Supiot, terminaron restringiéndose a las cuestiones de la remuneración, la duración de la jornada laboral, la seguridad física del trabajador y a los aspectos cuantitativos, como el intercambio entre cantidad de trabajo por cantidad de salario (2015, p.8). De esta manera, se ignoró todo lo concerniente a la división del trabajo y su organización, como los atributos cualitativos referidos a las personas y al trabajo. Con lo cual, la justicia social se limitó a la distribución de riqueza. Por otra parte, la justicia social adquirió un carácter nacional, siendo interpretada y aplicada en relación con el derecho laboral y los sistemas de seguridad social y servicios públicos particulares de cada país, con su respectiva historia y tradición jurídica. Por lo tanto, la dimensión internacional se vio limitada, revistiendo un carácter meramente subsidiario (2015, p.2).

Esta reducción de la justicia social al aspecto laboral-económico puede encontrarse en otros análisis sobre las formas contemporáneas que ha tomado la justicia social, como son el de Dubet y Fraser. Dubet (2010) considera que en la sociedad actual existen dos concepciones de la justicia social: la igualdad de posiciones y la igualdad de oportunidades. La primera de ellas busca reforzar la estructura de posiciones sociales, reduciendo la distancia entre las condiciones de vida y trabajo de las diferentes clases, pero no prioriza la movilidad (2010, p.8). Ella se encuentra ligada a una representación de la sociedad en términos de estratificación socio-profesional y de clases sociales (2010, p.47). Ello conlleva que este modelo repose sobre una visión estabilizada y cristalizada de las desigualdades ligadas al empleo estable (2010, p.32). Con el tiempo, este esquema no solamente ha incumplido sus promesas, sino que también ha engendrado nuevas injusticias (2010, p.40). Por otra parte, el debilitamiento del movimiento obrero y sindical le ha quitado al modelo uno de sus principales pilares, al tiempo que los *outsiders* abogan por la igualdad de oportunidades. De esta manera, la igualdad de posiciones se muestra profundamente conservadora, favoreciendo a aquellos que ya tienen un lugar e indicándoles a los *outsiders* que se mantengan en su posición subordinada (2010, p.30). En este sentido, esta forma contemporánea de presentar la justicia social parecería ser un modo anquilosado de la justicia social del Estado de Bienestar, que, frente al avasallante avance del mundo mercantil, se ha refugiado en conservar los viejos logros para un núcleo de miembros de la sociedad. Por lo tanto, la justicia social como norma ha perdido su primacía. Los integrados buscan cerrar los ojos frente a los reclamos de integración e igualdad de los *outsiders*, situación que es contradictoria con el concepto de justicia social mismo.

La igualdad de oportunidades ofrece a todos la posibilidad de ocupar las mejores posiciones en función del principio meritocrático. Opta por luchar contra las discriminaciones que impiden la competencia equitativa, e interpreta las desigualdades como justas en cuanto todas las posiciones se encuentran abiertas para todos. Esta forma de igualdad define a los grupos sociales en términos de discriminaciones y desventajas, en función de sus chances de acceder a todas las posiciones (2010, p.9). La sociedad meritocrática que propone este modelo pone a los individuos en una situación de permanente competencia, movilizándolo el trabajo y los talentos de todos (2010, p.49). Sin embargo, esto implica que ella termina culpando a las víctimas por su propia desgracia (2010, p.65). Este modelo tiende a imponerse cuando las posiciones deseables tienden a reducirse y todos se ven en la obligación de tener que luchar por intentar ocuparlas (2010, p.83). El concepto de mérito aquí invocado no tiene relación con el mérito en el mundo cívico, el cual se atribuye a personas que sirven a causas que los trascienden. Por el contrario, a este mérito puramente individual se lo puede asociar con las ideas propias del mundo reticular, que Boltanski y Chiapello (2012) asocian con la emancipación de los ejecutivos (*cadres*) a partir de

los años 60, fundada sobre el mérito y la responsabilidad, que también, desde la literatura del *management*, sirven como justificación para defenderse de las críticas al capitalismo.

Por su parte, Fraser (2003) considera que los reclamos de justicia social se dividen en dos paradigmas populares (*folk paradigms*), que son el paradigma redistributivo y el paradigma del reconocimiento. El primero se centra en injusticias socio-económicas enraizadas en la estructura económica de la sociedad. Los sujetos colectivos identificados por este paradigma son las clases sociales y la solución a la injusticia que propondría es la reforma económica (2003, pp.12-3). Por otra parte, también se buscaría eliminar las diferencias entre grupos, ya que son vistas como injustos diferenciales (2003, p.15). Este primer paradigma describe una situación muy similar a la que Dubet llama igualdad de posiciones, y que podría asociarse con los restos de la justicia social del Estado de Bienestar.

El paradigma del reconocimiento apunta a injusticias entendidas como culturales, enraizadas en modelos sociales de representación, interpretación y comunicación. En este caso, las relaciones entre miembros de la sociedad son entendidas como relaciones de reconocimiento, que se distinguen por su nivel de respeto, estima y prestigio. El remedio a la injusticia es un cambio cultural o simbólico. En este caso, la diferencia es tratada de dos maneras: como variaciones culturales preexistentes de carácter benigno, que un esquema interpretativo injusto las transformó maliciosamente en una jerarquía de valor; o como producidas por una transvaloración jerárquica. En el primer caso se deben revalorar los elementos devaluados y celebrar la diferencia, mientras que el segundo presupone deconstruir los términos a través de los cuales se producen las diferencias (2003, pp.13-5). Si se dejan los extremos de este tipo ideal de lado, Fraser observa que pueden encontrarse numerosas formas híbridas donde las diferencias se vuelven bidimensionales (2003, p.19). Fraser entiende que el reconocimiento es una cuestión de justicia, por lo tanto, es injusto que se niegue a ciertos individuos el estatuto de miembro en las interacciones sociales como resultado de modelos institucionalizados de valor cultural (2003, p.29). Para asegurar que haya paridad en la participación, se deben satisfacer dos condiciones: la distribución de recursos materiales debe garantizar la independencia y la 'voz' de los participantes; los modelos institucionales de valor cultural deben expresar el mismo respeto para todos los participantes y asegurar igualdad de oportunidades para conseguir estima social (2003, p.36).

Con este concepto de paradigma del reconocimiento, Fraser destaca una dimensión de la justicia social que no está tan claramente presente en el concepto de igualdad de oportunidades de Dubet, que tiende a centrarse en el plano económico. Esta dimensión cultural del reconocimiento parecería haber sido reprimida por la justicia social entendida como norma, al tiempo que tampoco puede identificarse claramente con alguno de los mundos. Más allá del innegable valor que tiene el reconocimiento para los diferentes grupos oprimidos, la lógica de reivindicación de la justicia social de este paradigma es muy similar a la de la igualdad de oportunidades descrita por Dubet, aunque cada una apunte a diferentes objetivos y tenga diferentes consecuencias sociales.

7. Conclusiones

Este trabajo ha buscado reconstruir las visiones sobre la justicia social desde tres mundos planteados por la teoría de la justificación de Boltanski y Thévenot, al tiempo que ha intentado encontrar las concepciones de justicia social propias de la sociedad bienestarista y posbienestarista, interpretándolas desde esta misma teoría.

El primer mundo tratado fue el doméstico, a partir de las definiciones de justicia social de la iglesia católica. Ellas parten del presupuesto ontológico de que, por naturaleza, los seres humanos tienen ciertas características (ligadas a la especie) que los igualan, y otras que los hacen desiguales. En este sentido, no busca eliminarse la desigualdad propia del orden social, sino que, por el contrario, es considerada legítima. Lo que las encíclicas papales cuestionan claramente, desde una visión moral de la economía, son los resultados del avance de la lógica mercantil en la sociedad y las consecuencias sufridas por los más desaventajados. En este sentido, la justicia social se asocia, más concretamente, con una remuneración justa, que impida el trabajo infantil y femenino, al tiempo que permita al trabajador generar un pequeño patrimonio. Por otra parte, se aboga por la reintroducción de las corporaciones y gremios medievales en la sociedad. Por lo tanto, esta visión de la justicia social desde el mundo doméstico busca plantear un compromiso con el mundo industrial, para poder limitar el avance avasallador del mundo mercantil.

Desde el mundo mercantil, el concepto de justicia social es denunciado y criticado como enemigo de la libertad individual y tendiente a generar un sistema totalitario. Desde una visión individualista de lo social, se argumenta que solamente se puede evaluar la justicia o injusticia de las acciones individuales y no de estados de cosas o situaciones, de modo que la distribución realizada por el mercado no puede ser calificada como justa o injusta. Generar una redistribución artificial e intencionada de la riqueza presupone reducir la libertad de los individuos. Como plantea Nozick, el principio fundamental es el derecho natural a la propiedad, por lo cual nadie tiene derecho a interferir en la persona o la propiedad de otro sin su consentimiento. Por esta vía también se llega a la conclusión de que toda redistribución no voluntaria es injusta.

Desde el mundo cívico, el planteo también comienza por la evaluación de las desigualdades. Para Rousseau, en el estado de naturaleza, pese a que los seres humanos son diferentes (natural o físicamente y moral o políticamente) no son desiguales. En la medida en que los seres humanos comienzan a asociarse emerge la desigualdad producto la emisión de juicios recíprocos, atribuyéndose valor a cada individuo, lo cual genera una estructura jerárquica. Con el contrato social se pasa de la libertad anárquica del estado de naturaleza, a la libertad republicana, la cual implica una igualdad en los derechos legislativos, de manera que ningún individuo o grupo podrá imponer su voluntad o sus leyes a los demás. No obstante, en este gobierno perdura cierta desigualdad producto de que no todos tienen la misma voz en el gobierno, pese a que sus votos tengan el mismo valor. También se admite una moderada desigualdad de riqueza, aunque sería necesaria cierta igualdad en la forma de vida. Si bien en la teoría de Rousseau se plantean los balances entre igualdad y desigualdad en los diferentes estados y, especialmente, qué tipos de desigualdad son admisibles en el gobierno ideal, no queda claramente formulada una teoría de la justicia. Por esta razón, invocamos la teoría de Rawls.

La teoría de Rawls parte de la observación de las desigualdades en los puntos de partida (talentos y habilidades naturales, bienes heredados o producto de la educación). Desde esta constatación, Rawls aboga por una cantidad igual y compatible de libertades básicas para todos y la aceptación de ciertas desigualdades socioeconómicas, bajo la condición de la igualdad de oportunidades y que las desigualdades contribuyan al beneficio de los menos aventajados. En este sentido, se admite la disparidad en las recompensas para ciertas clases, en cuanto ellas pueden generar un aumento general del bienestar material de toda la sociedad.

De esta manera, puede pensarse que, desde el mundo cívico, no se defiende una igualdad completa de todos los individuos, sino que, sobre un trasfondo de un mínimo de derechos básicos, se admiten desigualdades patrimoniales y de talentos.

Por otra parte, desde este mundo, no solamente se piensa desde el plano de los individuos, sino que también se considera el grado de desigualdad y justicia global de la sociedad. En este sentido, la teoría de Rawls afronta el difícil problema de conjugar mayor desigualdad entre individuos y mayor bienestar general. Esto también implica un cierto compromiso con el mundo industrial, al que se le permitirá obtener mayores recompensas.

Una vez planteadas estas posibles conceptualizaciones de la justicia social desde tres mundos diferentes, la intención del trabajo fue observar su relación con las formas de plantear la justicia social en las formaciones sociales contemporáneas. Para ello, comenzamos retrocediendo un poco en el tiempo, buscando observar la concepción de la justicia social en el Estado de Bienestar. Desde nuestro punto de vista, ésta no coincide exactamente con la argumentación desde un solo mundo, sino que, más bien, podría pensársela, en principio, como una forma de compromiso entre el mundo cívico, el mundo industrial y el mundo doméstico, aunque esto depende de los contextos históricos y geográficos. A través de la conceptualización de Ewald, observamos que la regla de justicia social en las sociedades de solidaridad es la norma. Ella permite que cada individuo evalúe si el lugar relativo que ocupa en el juego de la solidaridad social es justo o no. La consecuencia a nivel societal de esto es que esta regla de justicia tiene un carácter desestabilizante, ya que permite denunciar toda situación adquirida como arbitraria e injusta, y describir a la organización social como un inmenso entramado de privilegios. Por lo tanto, en este tipo de sociedad, no se puede llegar a una fórmula de inversión clara, ya que toda forma de grandeza será denunciada. Se vive en un estado de litigio latente, en cuanto persiste un desacuerdo respecto de la grandeza de las personas y su distribución. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo sobre una medida común, la 'crisis' se vuelve la forma normal de la vida política.

Como sostiene Supiot, la justicia social en el siglo XX se restringió a los aspectos remunerativos y laborales, y se encerró en el nivel nacional. Observando la dinámica de la justicia social en el siglo actual, puede verificarse un avance de las lógicas del mundo mercantil y del mundo reticular, frente a un mundo cívico en retroceso. Esto puede observarse en las dos tendencias actuales tomadas por la justicia social según Dubet. La igualdad de posiciones, que busca reducir la distancia entre las condiciones de vida y trabajo de las diferentes clases, sin priorizar la movilidad, parece un resabio de la justicia social del Estado de Bienestar. Sin embargo, a diferencia de la justicia social en el Estado de Bienestar, la igualdad de posiciones se concentra en favorecer a los incluidos e indicar a los excluidos que no intenten entrar. La justicia social como norma ya no valdría para todos los miembros de la sociedad, sino para aquellos que lograron mantener su posición dentro del sistema. La respuesta de los *outsiders* es abogar por la igualdad de posiciones, según la cual todos tendrían la posibilidad de ocupar las mejores posiciones en función del principio meritocrático, por lo cual las desigualdades generadas de esta manera serían justas. Este concepto de mérito individual como centro de la lógica de justificación de las desigualdades puede relacionarse con el ascenso del mundo reticular, donde esta categoría se vuelve una de las ideas principales.

Fraser también identifica dos paradigmas de la justicia social en la sociedad contemporánea. El paradigma redistributivo se centra en injusticias socioeconómicas y la reducción de las diferencias entre los grupos, lo cual puede identificarse con la forma de la justicia social del Estado de Bienestar y con la igualdad de posiciones. El paradigma del reconocimiento apunta hacia una dimensión dejada de lado por las conceptualizaciones antes expuestas, que es la de enfocarse en las injusticias entendidas como culturales, enraizadas en modelos sociales de representación, interpretación y comunicación. La solución a las mismas se daría mediante un cambio cultural

o simbólico, aunque también es una de las condiciones para lograr la paridad, la distribución de recursos materiales, que garanticen la independencia de los individuos. Entonces, desde el plano del reconocimiento, que no es únicamente cultural, ya que las desigualdades en un plano retroalimentan las desigualdades en otros, los excluidos parecen pretender algo similar a lo conceptualizado por Dubet mediante la igualdad de oportunidades. La diferencia es que en el paradigma del reconocimiento no parece proponer una fórmula de inversión centrada en el mérito, como la igualdad de oportunidades. En este punto, el paradigma del reconocimiento es poco claro respecto de la fórmula de inversión propuesta. En principio, las diferencias culturales no deberían generar desigualdades en la atribución de membrecía en la sociedad, ni en la posibilidad de conseguir estima social. Ahora bien, la dinámica social siempre genera nuevas diferencias en diversos planos, que terminan redundando en desigualdades. Si el paradigma del reconocimiento pretende asegurar la igualdad de oportunidades en un nivel más amplio, esta igualdad de oportunidades generará nuevas desigualdades. Sin una fórmula de inversión explícita que justifique algún tipo de desigualdad en la distribución de la grandeza, este paradigma parecería quedar atrapado en un equilibrio casi imposible de lograr entre la necesidad de denunciar toda desigualdad como injusta, y el festejo de la diversidad, que no debe generar desigualdad, pero que no debe igualar a todos generando una homogeneidad social que extinga las diferencias.

Bibliografía

- Boltanski, L. (2012). *Sociología y crítica social: Ciclo de conferencias en la Universidad Diego Portales*. Ediciones Universidad Diego Portales.
- Boltanski, L. y Chiapello, É. (2012). *Le nouvel esprit du capitalisme*. Gallimard.
- Boltanski, L. y Thévenot, L. (1997). *De la justification: Les économies de la grandeur*. Gallimard.
- Burke, T. P. (2011). *The Concept of Justice: Is Social Justice Just?* Continuum.
- Calise, S. (2021). Entre la grandeza cívica y la pequeñez económica: los regímenes de justificación en los fallos sobre reajuste de movilidad previsional en Argentina. *Revista Chilena de Derecho & Ciencia Política*, 12(1), pp. 27-56. Doi: <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V12N1-art2302>
- Calise, S. (2022). La Reparación Histórica: entre el compromiso y la denuncia. *Astrolabio. Nueva Época*, (29), pp. 207-237. Doi: <https://doi.org/10.55441/1668.7515.n29.32410>.
- Celikates, R. (2012). Systematic misrecognition and the practice of critique: Bourdieu, Boltanski and the role of critical theory. En M. Bankovsky y A. Le Goff (Eds.), *Recognition theory and contemporary French moral and political philosophy* (pp. 160-172). Manchester University Press.
- Cranston, M. (1984). Rousseau on Equality. *Social Philosophy and Policy*, 2(1), 115-124. Doi: [10.1017/s0265052500000935](https://doi.org/10.1017/s0265052500000935)
- Dubet, F. (2010). *Les places et les chances: Repenser la justice sociale*. Seuil.
- Ewald, F. (1986). *L'Etat providence*. Grasset.
- Ferrada Hurtado, R. (2023). Análisis complejo de las acciones de crítica: Aportes al modelo De la justification de Boltanski y Thévenot. *Revista Internacional De Sociología*, 81(3), e232. <https://doi.org/10.3989/ris.2023.81.3.22.00230>
- Fraser, N. y Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition? A political-philosophical exchange*. Verso.
- Hayek, F. A. (1998). *Law, Legislation and Liberty: A new statement of the liberal principles of justice and political economy*. Routledge.
- Honneth, A. (2010). *Das Ich im Wir. Studien zur Anerkennungstheorie*. Suhrkamp.
- León XIII. (1891). *Rerum Novarum: sobre la situación de los obreros*. https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html

- Lovett, F. (2011). *Rawls's A Theory of Justice: A Reader's Guide*. Continuum International Publishing Group.
- Melzer, A. M. (1990). *The Natural Goodness of Man: On the system of Rousseau's thought*. University of Chicago Press.
- Nozick, R. (1974). *Anarchy, State, and Utopia*. Basic Books.
- Pío XI. (1931). *Quadragesimo Anno: sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40º aniversario de la encíclica 'Rerum novarum' de León XIII*. https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html
- Rawls, J. (1999). *A Theory of Justice*. The Belknap Press of Harvard University Press.
- Shklar, J. N. (1978). Jean-Jacques Rousseau and Equality. *Daedalus*, 107(3), 13–25.
- Supiot, A. (Ed.) (2015). *Quelle justice sociale internationale au XXIème siècle?* https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL3239874186877320323_Supiot_CapeTown_September_2015_FR.pdf
- Taparelli, L. (1851). *Saggio teoretico di dritto naturale appoggiato sul fatto*. Vincenzo Mansi Editore.
- Viroli, M. (2002). *Jean-Jacques Rousseau and 'the well-ordered society'*. Cambridge University Press.
- Weirich, P. (1992). Rousseau on Equality. *History of Philosophy Quarterly*, 9(2), 191–198.
- Wolff, J. (1991). *Robert Nozick. Property, Justice and the Minimal State*. Polity Press.

El acceso y la incorporación efectiva de la mujer en el Tribunal Constitucional de España

The access and effective incorporation of women in the Constitutional Court of Spain

Frúela Gonzalo Río Santos*

Universidad de Oviedo

ORCID ID 0000-0002-2928-070X

riofruela@uniovi.es

Cita recomendada:

Río Santos, F.G. (2026). El acceso y la incorporación efectiva de la mujer en el Tribunal Constitucional de España. *Eunómia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 78-110.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10375>

Recibido / received: 20/10/2025
Aceptado / accepted: 17/11/2025

Resumen

La progresiva evolución en la composición del Tribunal Constitucional ha alcanzado una expresión más efectiva a partir de sus decimotercera (2021) y decimocuarta (2022/2023) renovaciones, en las que se ha logrado consolidar una presencia paritaria entre sus miembros. Este avance supone dejar atrás incorporaciones puntuales y aisladas registradas en los años 1980, 1998, 2001, 2010/2011, 2012 y 2017, que no respondían aún a una política sistemática de igualdad. La actual situación es fruto de los instrumentos normativos vigentes, especialmente los que promueven la igualdad efectiva de oportunidades entre mujeres y hombres en el ámbito institucional. El presente estudio examina, desde una perspectiva general, el acceso y la incorporación de los magistrados del Tribunal Constitucional, partiendo de la premisa de que no deben introducirse mecanismos jurídicos que condicionen el proceso de selección exclusivamente por razón de género. A partir de ahí, se analiza la evolución de las distintas composiciones del Tribunal, las sucesivas renovaciones y los procedimientos de designación de sus miembros, prestando particular atención a la presencia de mujeres en el órgano, una presencia que no puede considerarse sólo como respuesta a una demanda social, sino como una exigencia de justicia, dignidad institucional y pluralismo democrático.

* Profesor en la Universidad de Oviedo, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Constitucional, calle Valentín Andrés Álvarez, s/n, 33006 Oviedo, Asturias.

Palabras clave

Tribunal Constitucional, justicia constitucional, magistrado constitucional, género, igualdad, acceso, nombramiento.

Abstract

The progressive evolution in the composition of the Constitutional Court has been most effectively reflected in its thirteenth (2021) and fourteenth (2022/2023) renewals, which have succeeded in consolidating gender parity among its members. This progress means leaving behind the sporadic and isolated appointments made in 1980, 1998, 2001, 2010/2011, 2012 and 2017, which did not yet respond to a systematic policy of equality. The current situation is the result of the regulatory instruments in force, especially those that promote effective equality of opportunity between women and men in the institutional sphere. This study examines, from a general perspective, the access and incorporation of judges to the Constitutional Court, based on the premise that legal mechanisms should not be introduced that condition the selection process exclusively based on gender. From there, it analyses the evolution of the different compositions of the Court, the successive renewals and the procedures for appointing its members, paying particular attention to the presence of women in the body, a presence that cannot be considered solely as a response to social demand, but as a requirement of justice, institutional dignity and democratic pluralism.

Keywords

Constitutional Court, constitutional justice, constitutional magistrate, gender, equality, access, appointment.

SUMARIO. 1. Metodología. 2. Introducción: Las bases normativas sobre las que se asienta el principio de igualdad. 3. La designación de los magistrados. 3.1. Los requisitos que deben concurrir en su persona. 3.2. El procedimiento de designación. 3.2.1 Composición numérica del Tribunal Constitucional. 3.2.2. Propuesta de candidatos. 3.2.3. La verificación y el nombramiento por parte del Rey. 3.3. El juramento y la toma de posesión. 3.4. El periodo de designación. 3.4.1. El tiempo de mandato. 3.4.2. La renovación parcial. 3.4.3. La inelegibilidad inmediata. 4. Configuración orgánica. 4.1. El elemento personal. 4.1.1. Los magistrados eméritos del Tribunal Constitucional. 4.1.2. El Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional. 4.1.3. Los magistrados del Tribunal Constitucional. 4.2. Las diferentes composiciones del Tribunal Constitucional. 4.2.1. Periodos de renovación y evolución compositiva del Tribunal. 4.2.2. Datos estadísticos de formación académica y sexo en sus diferentes renovaciones. 5. El acceso real y efectivo de la mujer al Tribunal Constitucional. 6. Consideraciones finales.

1. Metodología

La metodología empleada en este trabajo combina un análisis jurídico-dogmático con herramientas de reconstrucción histórico-institucional y de estadística descriptiva, incorporando de manera transversal la perspectiva de género. El punto de partida consiste en una delimitación normativa del objeto de estudio: el régimen constitucional y orgánico de designación de los magistrados del Tribunal Constitucional, la evolución de su configuración personal desde 1980 hasta las últimas renovaciones de 2021 y 2022/2023, y la positivación reciente del principio de representación paritaria a través de las reformas de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la legislación de igualdad. Sobre esta base, el estudio se orienta a examinar el contenido de las normas y su grado de efectividad real en la composición del órgano constitucional.

En primer lugar, se realiza un análisis sistemático de las fuentes jurídicas relevantes: Constitución Española (CE), Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTIC), legislación de igualdad, normas orgánicas que afectan a otros órganos constitucionales y disposiciones del Derecho de la Unión Europea y del Consejo de Europa que inciden en la igualdad de género en la esfera institucional. Este análisis se completa con el examen de la jurisprudencia constitucional y de la práctica institucional del propio Tribunal (incluida la creación de la Unidad de Igualdad), así como con la reconstrucción de los debates doctrinales y de las principales propuestas académicas sobre la composición paritaria del Tribunal Constitucional. El enfoque adoptado es, por tanto, fundamentalmente cualitativo y se sitúa en la intersección entre el Derecho constitucional general, el Derecho de la igualdad y la justicia constitucional.

En segundo término, el trabajo incorpora una dimensión empírica de carácter descriptivo, articulada en torno a la evolución de las distintas composiciones del Tribunal desde su constitución en 1980 hasta la situación actual. Para ello se elabora una base de datos que recoge, para cada renovación parcial, la procedencia institucional de los magistrados, su perfil profesional y académico, el órgano proponente, el sexo y la duración efectiva del mandato. Esta información se obtiene a partir de fuentes oficiales (principalmente el Boletín Oficial del Estado y la página institucional del Tribunal Constitucional) y se contrasta con la bibliografía especializada. A partir de dicha base se construyen cuadros y series temporales que permiten observar tendencias, rupturas y continuidades, con especial atención a la presencia de mujeres, la consolidación de prácticas de paridad y las fases de infrarrepresentación femenina.

En tercer lugar, se introduce un ejercicio de comparación limitada con otros tribunales constitucionales europeos y con los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea. La comparación no persigue ofrecer un estudio exhaustivo de Derecho comparado, sino identificar patrones básicos de configuración numérica y de presencia de mujeres en órganos funcionalmente análogos al Tribunal Constitucional español. Con este fin se utilizan datos públicos procedentes de las páginas institucionales de los respectivos tribunales y se aplican criterios homogéneos de clasificación (número total de miembros, número de mujeres, porcentaje resultante), lo que permite situar el caso español en un contexto más amplio y valorar en qué medida las reformas recientes lo acercan o lo distancian de las tendencias europeas.

Finalmente, el trabajo asume una perspectiva críticamente normativa, que parte de la premisa de que la igualdad de género no puede entenderse como un mero objetivo programático ni como una cuestión exclusivamente cuantitativa. La combinación de análisis dogmático, reconstrucción histórico-institucional y datos descriptivos permite formular una evaluación matizada sobre el acceso y la incorporación efectiva de las mujeres al Tribunal Constitucional, identificando los déficits del modelo previo, las aportaciones y límites de las últimas reformas y los riesgos de una eventual instrumentalización política del discurso paritario. Las conclusiones no se apoyan en técnicas econométricas ni en métodos empíricos avanzados, pero sí en una explotación sistemática y transparente de la información disponible, orientada a ofrecer un diagnóstico normativo e institucional sólido sobre la presencia de las mujeres en la justicia constitucional española.

2. Introducción: Las bases normativas sobre las que se asienta el principio de igualdad

Con la entrada en vigor de la Constitución española (CE) de 1978, el principio de igualdad ha transitado de una formulación declarativa a una categoría jurídica operativa con proyección normativa sobre la estructura del poder público. Esta evolución ha cristalizado en distintas esferas institucionales, y encuentra una manifestación paradigmática en el proceso de renovación del Tribunal Constitucional. La decimotercera renovación del Tribunal Constitucional, acometida en 2021, marcó un hito en la consolidación de un modelo paritario de designación de magistrados y magistradas¹. A partir de esta renovación, y con mayor intensidad en la decimocuarta (2022/2023), se consolida una orientación estructural del Estado hacia la igualdad de género en los órganos constitucionales, superando las designaciones esporádicas o simbólicas que había caracterizado etapas anteriores (1980, 1998, 2001, 2010/2011, 2012 y 2017)².

Esta transformación, impulsada por una nueva conciencia institucional, se inscribe tanto en una creciente sensibilidad social como en una exigencia jurídica derivada de los principios constitucionales de igualdad, pluralismo y justicia material. Esta mutación imprime a la igualdad un contenido sustantivo, largamente reivindicado, y fija el punto de arranque en la necesidad de estabilizar los nombramientos y el proceso selectivo, con criterios que trascienden la mera oportunidad política y que se alinean de forma plena con los principios constitucionales. Incluso, y sin plena conciencia institucional del alcance de este avance, lo cierto es que se adopta una postura alineada con el marco normativo vigente, al tiempo que se configuran las bases para una costumbre constitucional con vocación de permanencia, capaz de consolidarse incluso al margen de un mandato legal expreso.

El art. 14 de la CE prohíbe toda forma de discriminación por razón de sexo, y el art. 9.2 CE impone a los poderes públicos el deber de promover activamente las condiciones para que la igualdad entre mujeres y hombres sea real y efectiva. Esta cláusula de promoción se traduce en un mandato positivo de acción normativa, cuyo desarrollo comenzó con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres (LOIMH), y de forma expresa, con la adopción de acciones positivas en sectores con infrarrepresentación femenina, en coherencia con la cláusula de no discriminación sustantiva (arts. 11 y 14 de la LOIMH). Como se puede apreciar, el marco jurídico que patrocina la igualdad es muy amplio y comprende, a su vez, una gran variedad de disposiciones normativas

¹ Salvo que se disponga lo contrario, se utiliza el género masculino como género no marcado, situación que hace innecesario mencionar el término marcado, según tiene establecida la Nueva Gramática de la Lengua Española.

² Las referencias temporales a los años 1980, 1998, 2001, 2010/2011, 2012 y 2017 responden a momentos puntuales en los que mujeres accedieron al Tribunal Constitucional, aunque sin que ello supusiera una transformación estructural en términos de paridad. En 1980 se produjo la histórica incorporación de Gloria Begué Cantón, primera magistrada del Tribunal, pero su designación tuvo un carácter meramente excepcional. En 1998 y 2001 se repitieron nombramientos femeninos aislados, sin continuidad ni efecto transformador. Las renovaciones de 2010/2011 y 2012 incorporaron a magistradas como Encarnación Roca o Adela Asua, al tiempo que en 2017 se sumó María Luisa Balaguer, pero sin alcanzar una representación equilibrada. En conjunto, estas incorporaciones, aunque relevantes, evidencian una política de integración femenina limitada, más dependiente de decisiones coyunturales que de una estrategia normativa sostenida. Frente a este patrón, la renovación de 2021 constituye un punto de inflexión, al iniciarse una línea de designaciones que consolida la paridad efectiva, más tarde formalizada en términos jurídicos con la aprobación de la Ley Orgánica 2/2024, de representación paritaria, que impone un mínimo del 40 % de presencia de cada sexo en las renovaciones del Tribunal Constitucional.

supranacionales³ que vienen a garantizar el acceso igualitario en el ejercicio de derechos políticos y en la participación institucional.

En esta línea, el Pleno del Tribunal Constitucional, en su sesión de 27 de mayo de 2021, acordó la creación de una Unidad de Igualdad en cumplimiento del art. 77 de la LOIMH. Esta decisión expresa una voluntad institucional de integrar la perspectiva de género en la organización interna del Tribunal. Conviene advertir que, desde un enfoque constitucional, la eventual consolidación de una práctica reiterada en favor de la paridad, aunque relevante desde el punto de vista político y simbólico, no puede desplazar ni sustituir la configuración normativa expresa de las competencias designatorias previstas en el art. 159.1 CE. En efecto, la atribución del nombramiento de magistrados del Tribunal Constitucional al Congreso de los Diputados, al Senado, al Gobierno y al Consejo General del Poder Judicial constituye una potestad exclusiva y reglada, que no puede ser condicionada por usos o costumbres institucionales, por muy asentadas que éstas se encuentren. Sin embargo, para que esta orientación estructural hacia la igualdad tenga plena legitimidad constitucional y eficacia jurídica vinculante, resulta imprescindible su positivación normativa expresa. En consecuencia, la costumbre constitucional en esta materia podría actuar como criterio interpretativo o principio orientador, pero carece de fuerza normativa suficiente para alterar el reparto competencial establecido por el constituyente. La legitimación democrática del modelo paritario, por tanto, exige una consagración legal clara, tal como ha tenido lugar en la reforma del art. 16.1 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional (LOTC), mediante la Ley Orgánica 2/2024.

La auténtica inflexión normativa se produce con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres. Esta norma reforma el art. 16.1 de la LOTC para introducir un principio de composición paritaria que exige la presencia de, al menos, un 40 % de personas de cada sexo en las sucesivas renovaciones⁴. Dado que estas se producen por bloques de cuatro magistrados, la reforma impone un principio de representación simétrica, que en la práctica obliga a una distribución paritaria estricta (dos y dos) en cada renovación cuatrienal, en la que se prohíben los desequilibrios notables (tres a uno implica aceptar un 75%-25%), asegurando un mínimo constitucional de equidad representativa entre ambos sexos.

Este principio de equilibrio, aunque se encuentra positivizado en 2024, comenzó a operar *de facto* con anterioridad, especialmente desde 2021, como manifestación de una conciencia institucional renovada sobre el papel de la mujer en las altas jurisdicciones. La doctrina científica ya había anticipado este tránsito desde

³ Entre las que destaca la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), de 18 de diciembre de 1979; la Declaración de Pekín, aprobada por la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Naciones Unidas, de 15 de septiembre de 1995; en el ámbito del Consejo de Europa, desde su Recomendación Rec (2003)3 del Comité de Ministros sobre la participación equilibrada de mujeres y hombres; el Convenio de Estambul, del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011; el Tratado de la Unión Europea en los arts. 2 y 3, así como en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en el art. 157; entre otros.

⁴ La redacción actual del art. 16.2 de la LOTC es la siguiente: «Los Magistrados y Magistradas del Tribunal Constitucional serán nombrados por el Rey, a propuesta de las Cámaras, del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial, en las condiciones que establece el artículo ciento cincuenta y nueve, uno, de la Constitución. Cada uno de los órganos que han de realizar las propuestas de nombramiento garantizará el principio de presencia equilibrada de mujeres y hombres, de forma que aquellas incluyan como mínimo un cuarenta por ciento de cada uno de los sexos. Los Magistrados y Magistradas propuestos por el Senado serán elegidos entre las candidaturas presentadas por las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas en los términos que determine el Reglamento de la Cámara».

modelos de cuotas hacia una paridad sustantiva, entendida como exigencia derivada de los principios democráticos (Estrada, 2017; Gabaldón, 2018; Gómez, 2017; Figueruelo, 2017 y 2020; Salazar Benítez, 2018; Rodríguez, 2018), tesis recientemente sistematizada por Cárdenas Córdón (2024) de lectura obligatoria y que desarrolla este trabajo⁵.

En consonancia con la reforma del art. 16 de la LOTC, el principio de igualdad se inserta en un proceso legislativo más amplio de transformación institucional, al extenderse a otros órganos constitucionales y estatales. Así, se introducen cláusulas análogas en la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 567), en la Ley Orgánica del Consejo de Estado (art. 7), en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (art. 14), en la Ley del Gobierno (art. 12), en la Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas (art. 30) y en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (art. 44 *bis*), entre otras disposiciones. La lógica común a estas reformas es clara, institucionalizar un modelo transversal de representación equilibrada, que trasciende las exigencias meramente simbólicas o sociales y se apoya en un mandato jurídico de carácter estructural.

La paridad en la composición del Tribunal Constitucional, ya consolidada normativamente, no puede considerarse una aspiración transitoria. Representa una exigencia sistemática de nuestro ordenamiento, alineada con los valores democráticos y el derecho internacional, el principio de igualdad sustantiva y la plena legitimación institucional del Tribunal como intérprete supremo de la Constitución y garante de los derechos fundamentales.

3. La designación de los magistrados

Si bien el sistema de designación de los magistrados no se vincula expresamente al principio de igualdad de género, su análisis resulta indispensable para comprender los factores que inciden en la presencia efectiva de mujeres en el órgano. La forma en que se estructura el procedimiento de nombramiento influye de manera determinante en la composición del Tribunal, en su legitimidad representativa y en la imagen institucional que proyecta hacia el exterior. Por ello, se considera metodológicamente necesario abordar de forma preliminar el régimen jurídico de designación, como condición de posibilidad para diagnosticar las causas del desequilibrio histórico y valorar adecuadamente las respuestas normativas dirigidas a garantizar una representación paritaria en el seno del Tribunal Constitucional⁶.

3.1. Los requisitos que deben concurrir en su persona

El Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución y garante de los derechos fundamentales, exige un estatuto personal singular para el desempeño de la función jurisdiccional que le es propia. El art. 159.2 de la CE determina que sus miembros serán designados entre juristas de reconocida competencia con un mínimo de quince años de ejercicio profesional en alguna de las siguientes áreas: la judicatura, el Ministerio Fiscal, la docencia universitaria, la función pública o la abogacía. Esta redacción, deliberadamente abierta, excluye la especificación de

⁵ Concluida la redacción de este trabajo (2024), el autor tuvo acceso a la obra, disponible en línea, de Cárdenas Córdón, «La jurisdicción constitucional de la igualdad. Una revisión crítica del papel del Tribunal Constitucional en la superación del orden de género», en la que se desarrollan con mayor profundidad las cuestiones aquí tratadas. Son de lectura ineludible, en particular, las páginas 127–226, que amplían y matizan de forma notable los planteamientos expuestos en estas páginas.

⁶ Para un estudio sobre la designación y composición del Tribunal Constitucional, si bien previos a lo dispuesto en la LO 2/2024, se recomienda: Alzaga Villamil (1999), González-Trevijano (2000), Requejo Pagés (2001), González Rivas (2010 y 2020), Casas Baamonde y Rodríguez-Piñero (2018), y Pérez Tremps (2019). Todos ellos consultados en la parte general del presente trabajo.

subcategorías internas en cada colectivo (como la clase y el tipo de órgano judicial, el rango funcional o la figura docente), lo que dota al precepto de una notable flexibilidad interpretativa. Sin embargo, tal amplitud suscita interrogantes en torno a los criterios objetivos de valoración y a la coherencia del perfil profesional del candidato.

Cabe destacar que el precepto constitucional guarda silencio sobre la composición paritaria del órgano, cuestión introducida con posterioridad mediante la reforma del art. 16.1 de la LOTC por la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto. La reforma incorpora expresamente el principio de presencia equilibrada entre mujeres y hombres en la designación de magistrados, en coherencia con los mandatos constitucionales de igualdad material (art. 9.2 de la CE) y no discriminación (art. 14 de la CE), así como con las obligaciones internacionales derivadas del derecho de la Unión Europea y los convenios sobre derechos humanos. De este modo, la igualdad de género (ausente del diseño constitucional originario) se viene a incorporar al marco normativo como parámetro estructural de legitimidad democrática.

Los arts. 16 a 26 de la LOTC desarrollan este marco, estableciendo que todos los magistrados del Tribunal Constitucional deben ostentar la nacionalidad española, en coherencia con lo que sucede en otros tribunales constitucionales de nuestro entorno, donde la pertenencia nacional se configura como una garantía de lealtad institucional y de vinculación directa con el orden constitucional. Asimismo, se aclara que el período de ejercicio profesional exigido puede ser acumulativo, de modo que los años prestados en distintas funciones jurídicas pueden sumarse a efectos del cómputo mínimo, incluyéndose expresamente la posibilidad de estar en situación de servicio activo. Lo anterior perfila una configuración flexible, aunque exigente, del régimen de acceso al órgano.

Junto a estos requisitos de naturaleza objetiva, la doctrina ha llamado la atención sobre la dimensión valorativa y política del concepto de «jurista de reconocida competencia». Como señala Murillo de la Cueva (2010, p. 131), esta noción excede la mera experiencia profesional acumulada y abarca una evaluación cualitativa del prestigio, la solvencia y la proyección jurídica del candidato. Este enfoque otorga un margen de apreciación significativo a los órganos designantes.

De forma sistemática, los requisitos exigibles para el acceso al cargo de magistrado del Tribunal Constitucional pueden resumirse como sigue:

- Ostentar la nacionalidad española.
- Pertenecer a alguno de los colectivos jurídicos mencionados: judicatura, fiscalía, docencia universitaria, función pública o abogacía.
- Acreditar al menos quince años de ejercicio profesional o estar en situación de servicio activo.
- Ser considerado jurista de reconocida competencia⁷.

⁷ En el Auto 26/2007, de 5 de febrero, se estima el recurso contra el magistrado del Tribunal Constitucional Pablo Pérez Tremps por incurrir la causa prevista en el art. 219.13 de la LOPJ, en relación con el art. 80 de la LOTC, por haber realizado un trabajo académico sobre la participación de las comunidades autónomas en la Unión Europea. El auto contó con cinco votos particulares, cuestionando que un profesor universitario no debe ser recusado por aquellos trabajos académicos, incluso encargos *ad hoc*, a pesar de la existencia de un factor temporal entre su participación y el trabajo, porque de la suma de sus años como docente deriva que se pueda considerar un «jurista de reconocida competencia». Se recomienda la lectura del trabajo académico de Delgado Rincón (2008). Con mayor razón, aunque cuestionado por una parte de la doctrina, el candidato afiliado a un determinado partido político o que hubiese ostentado cargo de representación política o de responsabilidad dentro del partido o del gobierno.

Aunque no lo establezca expresamente la CE ni la LOTC, debe entenderse también como requisito implícito el pleno ejercicio de los derechos civiles y políticos, quedando excluidos quienes se encuentren incurso en causas de inhabilitación, suspensión o incapacidad.

Desde una perspectiva crítica, se han planteado dos observaciones relevantes. En primer lugar, la acreditación temporal, por sí sola, no garantiza la competencia sustantiva del candidato, siendo imprescindible que el criterio de «reconocida competencia» incorpore una dimensión sustantiva y verificable. En segundo término, se ha sugerido la necesidad de exigir, al menos implícitamente, un conocimiento profundo de la jurisprudencia constitucional, del Derecho de la Unión Europea y del Derecho comparado, dada la posición del Tribunal como garante último del ordenamiento y como intérprete integrado en un sistema jurídico multinivel (García Roca, 2012, p. 16), perfil exigente, idóneo y funcionalmente coherente con la alta responsabilidad jurisdiccional que implica el control de constitucionalidad.

3.2. El procedimiento de designación

El sistema de elección de los magistrados del Tribunal Constitucional se regula en el art. 159.1 de la CE y en el art. 18 de la LOTC. Ambos preceptos configuran un esquema de distribución competencial entre los tres poderes del Estado, del siguiente modo:

- Cuatro magistrados son designados a propuesta del Congreso de los Diputados, mediante una mayoría cualificada de tres quintos.
- Cuatro por el Senado, mediante idéntica proporción.
- Dos por el Gobierno.
- Dos por el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ).

Este diseño estructura un Tribunal en el que dos tercios de sus miembros (ocho de doce) son elegidos por el poder legislativo, reservándose el tercio restante al poder ejecutivo y al poder judicial, en proporciones iguales, con el propósito de garantizar la legitimación democrática del órgano, preservar el equilibrio entre poderes y reflejar el pluralismo político y territorial propio del sistema constitucional español⁸.

Este sistema de designación requiere «la obligación de los distintos órganos constitucionales legitimados por el art. 159.1 CE de realizar la correspondiente elección en tiempo y forma» (STC 49/2008, FJ 19). Siendo necesario llegar a un acuerdo político en la designación de los candidatos propuestos por las Cortes Generales, como pone de manifiesto Pérez Tremps (2019, p. 45).

En realidad, en el proceso de designación de los magistrados participan todos los restantes órganos constitucionales, escenario que sólo tiene lugar en el Tribunal Constitucional (Requejo Pagés, 2001, p. 294; y García-Pelayo, 1980, p. 29).

La Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, introdujo una reforma relevante al incorporar la intervención indirecta de las Asambleas Legislativas autonómicas en el procedimiento de designación por el Senado. Este mecanismo les reconoce la posibilidad de formular propuestas motivadas de candidatos, que deben ser valoradas por la Comisión correspondiente del Senado en el trámite de selección (Sánchez

⁸ La doctrina ha señalado que modelos como el del *Bundesverfassungsgericht* o *Conseil Constitutionnel* presentan sistemas alternativos con un mayor grado de tecnificación en los procesos de designación, lo que podría servir de referencia para futuras reformas en el modelo español.

Barrilao, 2009, p. 393; y Rodríguez-Patrón, 2010, pp. 108-131). Sin embargo, dicha participación no tiene carácter vinculante y depende, en última instancia, de las mayorías políticas del Senado, lo que ha mermado notablemente su eficacia. Como advierte Aguiar de Luque y Fernández Miranda (2011), la reforma no ha revertido el dominio de la lógica partidista en el proceso, siendo frecuente la crítica a una deriva partitocrática en la selección de los magistrados.

El procedimiento de designación se completa con el desarrollo reglamentario establecido en:

- El Reglamento del Congreso de los Diputados (arts. 204 a 206),
- El Reglamento del Senado (art. 184),
- La Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 560, 570 bis y 599),
- Y, por parte del Gobierno, mediante acuerdo del Consejo de Ministros, conforme al art. 100 de la CE, dado el silencio de la Ley del Gobierno.

El carácter disperso de la normativa fue visto por Fernández Segado (1984) cuando dispuso que el art. 165 de la CE, junto con el art. 159 de la CE, remite a un régimen disperso y variado de los procedimientos de propuestas de candidatos, con especialidades, pero donde se observa un cierto rasgo común.

En todos los casos, el proceso exige la concurrencia de mayorías cualificadas de tres quintos en las cámaras legislativas o en el órgano correspondiente, lo que en teoría persigue el consenso y la pluralidad institucional.

No obstante, la praxis política ha desvirtuado en parte ese propósito. La creciente polarización parlamentaria, la consolidación de bloques ideológicos y el uso estratégico de vetos y bloqueos han generado disfunciones graves. El resultado ha sido la politización del Tribunal Constitucional, cuya imagen de imparcialidad se ha visto erosionada ante la opinión pública.

Frente a ello, cada vez son más frecuentes las propuestas doctrinales que reclaman una revisión integral del sistema de designación. Entre las alternativas planteadas se encuentran: procedimientos mixtos con participación de órganos independientes, mecanismos de evaluación técnica de los candidatos, o sistemas que garanticen una auténtica despolitización, que aseguren una composición basada en el mérito, la idoneidad y el compromiso con la supremacía constitucional, y no en cuotas de poder derivadas del ciclo político.

3.2.1. Composición numérica del Tribunal Constitucional

El art. 159.1 de la CE establece que el Tribunal Constitucional estará integrado por doce miembros, nombrados por el Rey a propuesta de los órganos constitucionales correspondientes. Esta previsión se reproduce en el art. 16.1 de la LOTC, que, si bien remite formalmente al precepto constitucional, no desarrolla ni especifica autónomamente el número total de magistrados, ni desarrolla las mayorías exigidas o la estructura interna del órgano.

La opción por una composición de doce miembros, aunque no cuenta con una fundamentación expresa en los debates constituyentes ni en la exposición de motivos de la LOTC, obedece a una lógica de equilibrio institucional y eficiencia funcional. Esta dimensión permite compatibilizar la pluralidad de sensibilidades jurídicas y políticas, permitiendo una deliberación eficaz, sin los riesgos de bloqueo propios de órganos muy reducidos ni la ineficiencia asociada a estructuras excesivamente amplias.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, la fórmula española se enmarca en una tendencia europea a optar por órganos con dimensiones contenidas, donde persiste una notable diversidad estructural. Algunos ejemplos ilustrativos son los siguientes:

- Alemania: La Ley Fundamental de Bonn (art. 94) no fija el número de miembros del Tribunal Constitucional, delegando tal definición a la legislación ordinaria. La Ley del Tribunal Constitucional lo establece en dieciséis jueces, distribuidos en dos salas paritarias (art. 2).
- Austria: El art. 147.1 de la Constitución Federal configura un tribunal compuesto por un presidente, un vicepresidente, doce jueces titulares y seis suplentes, incorporando así una estructura orgánica más compleja.
- Portugal: El art. 222 de la Constitución portuguesa determina que el Tribunal Constitucional se integra por trece jueces, de los cuales diez son designados por la Asamblea de la República y tres cooptados por los ya designados, articulando un modelo mixto de selección.
- Francia: El Consejo Constitucional está formado por nueve miembros nombrados por tercios entre el Presidente de la República, el Presidente de la Asamblea Nacional y el Presidente del Senado (art. 56 de la Constitución francesa de 1958).
- Italia: El art. 135.1 de la Constitución italiana dispone que el Tribunal Constitucional esté compuesto por quince jueces, designados por tercios entre el Presidente de la República, el Parlamento en sesión conjunta y los órganos jurisdiccionales superiores.

Esta comparación pone de relieve la flexibilidad existente en Europa en torno a la configuración numérica de los tribunales constitucionales, condicionada por la tradición constitucional, la organización del Estado, el volumen de asuntos y la naturaleza política del procedimiento de designación. En este contexto, el modelo español, con doce magistrados, constituye una solución intermedia funcionalmente equilibrada, orientada a conjugar eficacia y representatividad.

A esta dimensión estructural debe añadirse la cuestión de la igualdad de género, cuya incidencia en la composición de los tribunales constitucionales resulta especialmente relevante.

A continuación, se presenta la proporción actual de mujeres en los órganos citados⁹:

⁹ El Tribunal Constitucional Federal de Alemania no cuenta con una disposición específica que imponga legalmente criterios de paridad en el proceso de designación de sus jueces. Sin embargo, la igualdad de género se encuentra reconocida como un principio fundamental en el art. 3.2 de la Ley Fundamental de Bonn, donde se establece que «El hombre y la mujer gozan de los mismos derechos y que el Estado promoverá la realización efectiva de la igualdad de derechos de las mujeres y los hombres e impulsará la eliminación de las desventajas existentes». Aunque la norma constitucional no implica una obligación directa de paridad en los nombramientos judiciales, ha servido de fundamento para que el legislador y los partidos políticos impulsen prácticas de designación más igualitarias.

En el ámbito parlamentario, donde se materializan las propuestas de jueces al *Bundesverfassungsgericht*, se observa una tendencia progresiva a valorar la equidad de género como uno de los elementos para tener en cuenta, aunque sin una obligatoriedad normativa formal. Esta orientación se ha traducido, en la práctica, en una representación femenina creciente, de hecho, en julio de 2025, siete de los dieciséis jueces que integran el *Bundesverfassungsgericht* son mujeres, lo que

Estado	Número magistrados	de	Número mujeres	de	Porcentaje
España	12		5		41.70
Alemania	16		7		43.75
Austria	14		4		28.60
Portugal	13		5		38.50
Francia	9		3		33.30
Italia	15		4		26.70

Se utilizaron las páginas institucionales de los respectivos tribunales constitucionales.
Consulta realizada en julio de 2025.

Estos datos evidencian que, aunque ha habido avances en la incorporación de mujeres a los tribunales constitucionales europeos, persisten desafíos estructurales para alcanzar una paridad efectiva. La dimensión numérica del órgano, junto con los procedimientos y criterios de designación, incide de forma determinante en la posibilidad de lograr una representación equilibrada de género.

En el caso español, pese a situarse en una posición comparativamente favorable, la ausencia de instrumentos normativos que incorporen la perspectiva de género en el procedimiento de selección puede limitar el acceso igualitario. Por ello, más allá de considerar el número de magistrados que integran el órgano, es necesario someter a escrutinio las prácticas institucionales y los criterios sustantivos que guían los nombramientos. Esta revisión crítica permite avanzar hacia una representación equilibrada y asegura que la composición del Tribunal Constitucional se adecúe a la diversidad y pluralidad de la sociedad a la que está llamado a servir.

La paridad de género en los altos tribunales de la Unión Europea ha comenzado a adquirir una dimensión jurídica y política relevante, aunque aún sin efectos jurídicos vinculantes. El principal precedente normativo lo constituye el Reglamento (UE, Euratom) 2015/2422, por el que se modifica el Protocolo n.º 3 sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al incorporar por primera vez una mención expresa al equilibrio de género.

Esta disposición exhorta a los Estados miembros tener en cuenta la representación equilibrada de mujeres y hombres al presentar candidaturas al Tribunal General, si bien no establece una obligación jurídica de paridad. Este enfoque se fundamenta en los principios rectores del derecho primario de la Unión. El art. 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) establece que, «en todas sus acciones, la Unión se fijará el objetivo de eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer y promover su igualdad». Asimismo, el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales reconoce el derecho a la igualdad de género y autoriza la adopción de medidas que favorezcan una representación equilibrada. Los mandatos anteriores han inspirado actuaciones como la Estrategia para la Igualdad de Género 2020–2025, que incluye entre sus objetivos el refuerzo de la participación de las mujeres en los órganos de decisión, también en el ámbito jurisdiccional. En esta misma línea, el Parlamento Europeo y el Consejo han emitido diversas resoluciones y recomendaciones instando a los Estados miembros a aplicar criterios de paridad en la designación de jueces para los tribunales de la Unión. Aunque estos instrumentos carecen de fuerza vinculante, evidencian una tendencia normativa creciente hacia la incorporación de la perspectiva de género en el acceso a la magistratura supranacional.

representa un 43.75% del total. Esta cifra posiciona al Tribunal alemán entre los más avanzados de Europa en términos de igualdad de género en su composición, si bien aún no se ha alcanzado una paridad plena ni existe un mandato legal que lo exija.

3.2.2. Propuesta de candidatos

El art. 159.1 de la CE establece un sistema de designación con origen institucional tripartito, según el cual los magistrados del Tribunal Constitucional son nombrados por el Rey a propuesta de las Cortes Generales (cuatro por el Congreso de los Diputados y cuatro por el Senado), del Gobierno (dos) y del Consejo General del Poder Judicial (otros dos). Este esquema garantiza la intervención de los tres poderes del Estado en la configuración del órgano constitucional (González-Trevijano, 2000, p. 72), asegurando su legitimidad democrática, autonomía orgánica y diversidad de perspectivas jurídicas.

De conformidad con el art. 17 de la LOTC, se prevé que el proceso de renovación se inicie con una antelación mínima de cuatro meses respecto al vencimiento del mandato de los magistrados salientes. En ese momento, el Presidente del Tribunal Constitucional dirige requerimiento formal a los titulares de los órganos competentes para activar el procedimiento. Hasta que se produzca la efectiva toma de posesión de los nuevos magistrados, los salientes permanecen en funciones, lo que permite preservar la continuidad institucional y el normal funcionamiento del Tribunal.

En el caso del Congreso de los Diputados, la designación se regula por el art. 204 del Reglamento de la Cámara. Cada grupo parlamentario puede proponer hasta cuatro candidatos, y los diputados pueden votar hasta cuatro nombres en papeleta. Resultan propuestos aquellos que obtienen el respaldo de tres quintos del Pleno; si no se alcanza dicha mayoría, se celebran votaciones sucesivas, reduciendo progresivamente el número de candidatos. En caso de empate, se procede a una votación final entre los candidatos igualados en votos. Todos los candidatos deben cumplir los requisitos del art. 159.2 de la CE: ser juristas de reconocida competencia con más de quince años de ejercicio profesional.

Por su parte, el Senado aplica el art. 184 de su Reglamento. La designación exige igualmente una mayoría de tres quintos, pero con algunas particularidades: los grupos parlamentarios sólo pueden proponer tantos candidatos como vacantes existan y los aspirantes deben comparecer ante la Comisión correspondiente para acreditar su idoneidad. Este mecanismo pretende introducir un filtro preliminar de evaluación cualitativa que refuerce la legitimidad del procedimiento.

En cuanto al Consejo General del Poder Judicial, la competencia para proponer candidatos corresponde exclusivamente al Pleno, según disponen los arts. 560.1.3., 570 *bis* y 599 Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ). Se exige una mayoría cualificada de tres quintos, incluso si el Consejo se encuentra en funciones. La designación debe realizarse en el plazo máximo de tres meses desde la expiración del mandato anterior, aunque dicha previsión ha sido objeto de incumplimientos reiterados, lo que ha generado disfunciones institucionales y tensiones interorgánicas.

Respecto al Gobierno, no existe una regulación específica en la Ley del Gobierno ni en otras disposiciones reglamentarias, de ahí que se aplique directamente el mandato del art. 159 de la CE. Aunque el procedimiento carece de formalización normativa, el nombramiento se adopta mediante acuerdo del Consejo de Ministros. Este proceso es considerado el más opaco, al estar desprovisto de mecanismos de control o evaluación objetiva. La ausencia de transparencia, criterios públicos de selección o garantías de mérito ha sido objeto de crítica doctrinal por vulnerar los principios de igualdad, publicidad y excelencia en el acceso a funciones constitucionales.

En conjunto, el modelo español garantiza la participación de los tres poderes del Estado en la elección de los magistrados del Tribunal Constitucional. Sin embargo, presenta deficiencias estructurales que afectan a su agilidad y transparencia. La ausencia de mecanismos que aseguren el respeto al principio de mérito, la incorporación de la perspectiva de género o la despolitización del procedimiento ha generado bloqueos prolongados, retrasos en las renovaciones y una percepción social de politización del órgano. Por ello, diversas voces académicas e institucionales han abogado por una reforma que introduzca estándares objetivos, mayor publicidad en los procesos y medidas que favorezcan la paridad y la independencia de criterio en la composición del Tribunal.

3.2.3. La verificación y el nombramiento por parte del Rey

La verificación de los nombramientos de los magistrados del Tribunal Constitucional constituye una competencia institucional interna atribuida al propio Tribunal, conforme al art. 2.g) de la LOTC. Su objeto principal es constatar que los candidatos propuestos por los órganos constitucionales legitimados reúnen los requisitos establecidos en el art. 159.2 de la CE, así como los previstos en el Título I, Capítulo II de la propia LOTC. Este control técnico se configura como una garantía institucional de independencia, orientada a evitar que los órganos proponentes puedan, mediante desviaciones materiales o formales, alterar las condiciones constitucionales de acceso al órgano jurisdiccional.

La competencia para realizar dicha verificación corresponde en exclusiva al Pleno del Tribunal Constitucional, de conformidad con el art. 10.1.i) de la LOTC. El alcance de esta función se limita estrictamente a la comprobación de los requisitos formales y sustantivos exigidos por el ordenamiento, sin habilitación normativa para efectuar apreciaciones valorativas de idoneidad, conveniencia política o mérito comparativo de los candidatos. En consecuencia, se trata de un control reglado, de naturaleza objetiva, cuya finalidad es asegurar la constitucionalidad del procedimiento de nombramiento sin invadir la esfera de discrecionalidad de los órganos de propuesta.

En la práctica, este procedimiento ha resultado expedito y exento de conflictividad, sin que hasta la fecha se haya producido ninguna denegación del Pleno a una candidatura propuesta, salvo la manifestación de votos particulares minoritarios en algunos casos. Ello obedece tanto a la confianza institucional entre órganos constitucionales como al cumplimiento riguroso de los requisitos por parte de los propuestos. No obstante, cabe señalar como carencia significativa la ausencia de una regulación procedimental detallada en la propia LOTC, así como en el Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional (Acuerdo del Pleno de 5 de julio de 1990), lo que introduce un margen de opacidad y discrecionalidad formal en el desarrollo de esta función esencial.

El procedimiento se inicia con la recepción oficial de la propuesta, remitida al Tribunal Constitucional por el órgano proponente a través de su Presidencia. A continuación, el nombre del candidato se publica provisionalmente en el Boletín Oficial del Estado como acto de comunicación institucional. El Pleno del Tribunal se reúne entonces para verificar, de forma colegiada, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y emite el correspondiente acuerdo favorable o, en su caso, desfavorable. Una vez verificado el cumplimiento, se traslada la resolución al órgano de origen y se procede al nombramiento formal mediante Real Decreto, refrendado por el Presidente del Gobierno y sancionado por el Rey, que se publica de manera definitiva en el Boletín Oficial del Estado como acto constitutivo del cargo.

3.3. El juramento y la toma de posesión

De acuerdo con la práctica constitucional y conforme a lo establecido para el acceso a cargos públicos, tanto el Presidente como los magistrados del Tribunal Constitucional deben prestar juramento o promesa antes de asumir formalmente sus funciones, una vez verificada la legalidad de su nombramiento por el Pleno del Tribunal. Este acto se celebra ante el Rey y se articula mediante la siguiente fórmula solemne: «Juro (o prometo) guardar y hacer guardar fielmente y en todo tiempo la Constitución Española, lealtad a la Corona y cumplir mis deberes como Magistrado del Tribunal Constitucional».

La ceremonia reviste una alta significación institucional y protocolaria, y suele contar con la asistencia de las principales autoridades del Estado (incluidos miembros del Gobierno, del Congreso de los Diputados, del Senado y del Consejo General del Poder Judicial), así como de los magistrados salientes y, en ocasiones, de quienes han ocupado el cargo con anterioridad.

La toma de posesión comporta la investidura formal como magistrado del Tribunal Constitucional y constituye la culminación del proceso de designación. Tras el juramento, el nombramiento se publica en el Boletín Oficial del Estado, lo que le otorga eficacia jurídica plena y solemniza la incorporación del nuevo magistrado al órgano constitucional.

3.4. El periodo de designación

3.4.1. El tiempo de mandato

El mandato de los magistrados del Tribunal Constitucional tiene una duración de nueve años, sin posibilidad de reelección inmediata, conforme al art. 159.3 de la CE. Se exceptúan los supuestos en los que se haya desempeñado el cargo por un período inferior a tres años. La renovación del Tribunal se efectúa por terceras partes cada tres años, lo que permite mantener una composición escalonada y preservar la continuidad institucional.

Durante dicho período, se garantiza que los magistrados gocen de independencia e inamovilidad, principios indispensables para el ejercicio imparcial y eficaz de sus funciones jurisdiccionales.

En cuanto a la Presidencia y Vicepresidencia del Tribunal, sus titulares son elegidos por un período de tres años, con posibilidad de reelección dentro del mandato general de nueve años.

Asimismo, el art. 16.3 de la LOTC prevé la figura de la *prorrogatio*, aplicable al Presidente y al Vicepresidente cuando la finalización de su mandato no se corresponde temporalmente con la renovación parcial del Tribunal. En tales casos, se prórroga automáticamente el desempeño de sus funciones hasta que se produzca dicha renovación y tomen posesión los nuevos magistrados. Así lo recoge expresamente la STC 49/2008, de 9 de abril, al afirmar que esta previsión tiene como finalidad garantizar que la elección de la Presidencia se produzca tras la renovación parcial del Tribunal, con participación de los nuevos magistrados (FJ 19, *in fine*).

La doctrina mayoritaria ha entendido, además, que la *prorrogatio* también resulta de aplicación a los Magistrados cuando concurre una situación de inactividad o bloqueo institucional por parte de los órganos constitucionales encargados de su designación (Rodríguez-Zapata, 2018, p. 314).

3.4.2. La renovación parcial

Frente a otros textos constitucionales, como el austríaco, que permite el ejercicio vitalicio del cargo hasta la edad de jubilación, el modelo español opta por conferir la condición de magistrado del Tribunal Constitucional mediante un mandato limitado pero extenso, con el doble objetivo de dotar a la jurisdicción constitucional de estabilidad institucional y de garantizar la renovación periódica de su composición. Este diseño, vigente únicamente en ordenamientos como los previstos en Francia¹⁰ y España, constituye una singularidad relevante en el marco del constitucionalismo comparado.

El art. 159.3 de la CE establece que el mandato de los magistrados tiene una duración de nueve años, con una renovación por terceras partes cada tres años. Esta fórmula, inspirada en el art. 56.1 de la Constitución de la República Francesa (CRF), pretende evitar alteraciones súbitas en la composición del órgano, favoreciendo la continuidad doctrinal y la estabilidad del precedente constitucional (*stare decisis*). Asimismo, contribuye a una renovación progresiva de perspectivas jurídicas, sin poner en riesgo la coherencia interpretativa de la alta jurisdicción constitucional.

Además, el mecanismo impide que un eventual cambio de mayoría parlamentaria, encargada de designar a ocho de los doce miembros, pueda derivar en una reconfiguración inmediata del Tribunal. En este sentido, la regla de renovación opera como contrapeso institucional frente a las oscilaciones coyunturales del poder legislativo, asegurando un cierto grado de autonomía temporal respecto de los ciclos políticos.

La aplicación práctica de este sistema exige que el Presidente del Tribunal Constitucional comunique, en tiempo y forma, a los Presidentes de los órganos constitucionales competentes, la necesidad de activar el procedimiento de renovación (arts. 159.1 de la CE y 17.1 de la LOTC). A raíz de la reforma introducida por la Ley Orgánica 8/2010, de 4 de noviembre, se contemplan dos supuestos diferenciados:

- Si la vacante se produce por una causa distinta de la expiración del mandato, el magistrado entrante será designado siguiendo el mismo procedimiento y por el tiempo restante del mandato interrumpido.
- Si, por el contrario, se produce un retraso en la renovación, el art. 16.5 de la LOTC¹¹ dispone que a los nuevos que fuesen designados se les restará del mandato el tiempo de retraso en la renovación.

El modelo diseñado por el constituyente y articulado por la Ley Orgánica responde a la voluntad de mantener viva y operativa la justicia constitucional, previniendo bloqueos institucionales o crisis de legitimidad. Aunque presenta similitudes orgánicas con otros ordenamientos europeos, incluso con destacados tribunales internacionales, se singulariza por su sistema periódico de renovación y por

¹⁰ El art. 56.1 CRF dispone: «El Consejo Constitucional estará compuesto por nueve miembros, cuyo mandato durará nueve años y no será renovable. El Consejo Constitucional se renovará por tercios cada tres años».

¹¹ Recordamos el discurso del Presidente del Tribunal Constitucional, pronunciado el 23 de julio de 2012, en los siguientes términos: «La Ley Orgánica 8/2020, de 4 de noviembre, ha venido a consagrar como normal el retraso y, en contra de lo establecido en la Constitución, a hacer posibles, también como normales, mandatos inferiores a los nueve años, inclusive inferiores a seis como anómalamente y en la actualidad tienen asignado quienes fueron renovados en el turno del Senado materializado en la precipitada fecha de 12 de enero de 2011, o más de una renovación en un mismo trienio conforme ha sucedido en la actualidad. Interpretando el sentir unánime de los magistrados, llamo expresamente la atención al Gobierno y al poder legislativo para corregir con urgencia este dislate y volver a la renovación ordenada que establecieron la Constitución y la LOTC, ésta en su redacción original».

la participación de órganos constitucionales representativos en el proceso de designación. No obstante, la experiencia práctica ha puesto de relieve que el funcionamiento del sistema se ha visto seriamente condicionado por la instrumentalización partidista del procedimiento de renovación, con frecuencia vinculado a los resultados de las elecciones generales.

Frente a este modelo constitucional, existen otros en los que el cargo de magistrado se ejerce hasta una edad límite o con carácter vitalicio, lo que parte de la doctrina ha considerado una posible garantía adicional de independencia frente a presiones externas o intereses partidistas. Sin embargo, incluso en estos modelos, la designación última recae siempre en un órgano constitucional, lo que preserva un componente institucional de legitimación democrática.

3.4.3. La inelegibilidad inmediata

La inelegibilidad inmediata constituye una garantía institucional directamente vinculada a los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad funcional del Tribunal Constitucional. Aunque el art. 159 de la CE no recoge de forma expresa esta previsión, durante los trabajos de elaboración constitucional se planteó la posibilidad de incorporar una cláusula final en su apartado tercero¹², destinada a limitar expresamente la reelección inmediata. Sin embargo, dicha fórmula no fue incorporada al texto definitivo, lo que generó un vacío normativo de relevancia sustancial.

Este silencio fue posteriormente corregido por el art. 16.2 *in fine* LOTC, que establece: «Ningún magistrado podrá ser propuesto al Rey para otro período inmediato, salvo que hubiera ocupado el cargo por un plazo no superior a tres años».

Mediante esta disposición, el legislador orgánico consagra la regla general de la inelegibilidad inmediata, a la vez que introduce una excepción de carácter restrictivo, que habilita la reelección únicamente en los supuestos en los que el desempeño efectivo del cargo haya sido inferior a tres años. Esta cláusula excepcional fue concebida como fórmula intermedia entre las enmiendas núm. 640 y 641 presentadas por la Agrupación Independiente, en atención a que determinados supuestos de acceso anticipado, por causas no imputables al magistrado designado, no permitirían el ejercicio pleno del mandato constitucional. La excepción opera en dos contextos claramente delimitados:

- La primera renovación parcial del Tribunal Constitucional, regulada en la disposición transitoria tercera, párrafo segundo¹³, donde, por razón del diseño inicial de la composición del órgano, algunos magistrados ejercieron su mandato por un período inferior al ordinario.

¹² La enmienda 697, proveniente del Grupo Parlamentario Comunista hacía alusión, en aras de garantizar la imparcialidad del Tribunal Constitucional, a la necesidad de incorporar un inciso sobre dicha cuestión, para evitar que los magistrados salientes pudiesen ser nuevamente elegidos. Esta cuestión fue planteada en la enmienda 963 del Senado presentada por Luis Angulo Montes en sentido contrario, para garantizar la reelección indefinida. La Agrupación Independiente del Senado planteó dos enmiendas, en la primera se proponía una alteración del art. 159.3 de la CE para impedir la reelección inmediata (enmienda 640) al entender que la función principal del Tribunal Constitucional, como intérprete de la Constitución, «difícilmente podría ser satisfecha por un Tribunal cuyos componentes pudiesen perpetuarse en el cargo»; la segunda de las enmiendas propuestas por la Agrupación Independiente giraba en sentido contrario, permitir que los magistrados pudiesen ser reelegidos por una sola vez pero de manera consecutiva.

¹³ «No será aplicable la limitación establecida en el artículo dieciséis, dos, de esta Ley a los Magistrados del Tribunal que cesarán en sus cargos, en virtud de lo establecido en la disposición transitoria novena de la Constitución, a los tres años de su designación».

- El supuesto de cese anticipado, por renuncia, fallecimiento u otra causa de vacancia sobrevenida, en el que el magistrado designado para cubrir la vacante ocupa el cargo por un período residual inferior a tres años. En este escenario, la reelección sólo resulta admisible si el nuevo nombramiento proviene de un órgano distinto al que realizó la propuesta original, lo que evita una prolongación indebida del vínculo institucional.

Aunque se prohíbe la reelección inmediata, ni la Constitución española ni la Ley Orgánica impiden de forma expresa la reelección diferida, esto es, la posibilidad de que un magistrado que haya agotado su mandato de nueve años pueda ser propuesto nuevamente una vez transcurrido un intervalo de tiempo suficiente. Este escenario, que no se ha producido hasta la fecha, plantea, desde un punto de vista interpretativo, dos opciones doctrinales:

- Permitir la nueva designación dentro del turno de renovación parcial que corresponda al órgano competente, o bien
- Exigir el transcurso completo de un nuevo período de nueve años, equiparable al tiempo máximo de mandato previamente ejercido.

No obstante, la interpretación sistemática del art. 16.2 de la LOTC, especialmente en lo relativo a la noción de período inmediato, sugiere que la reelección diferida sólo puede considerarse válida si se produce en el marco de una renovación parcial ordinaria, lo cual garantiza la ruptura efectiva de la continuidad institucional y refuerza el principio de rotación en la composición del Tribunal.

En definitiva, la inelegibilidad inmediata debe entenderse como un mecanismo estructural de protección del equilibrio interno y de la autonomía del órgano constitucional, que impide la consolidación personalista en el cargo y preserva el carácter colegiado, independiente y renovable del Tribunal Constitucional.

4. Configuración orgánica

4.1. El elemento personal

La condición de magistrado del Tribunal Constitucional se adquiere exclusivamente por quienes acceden válidamente al cargo conforme al procedimiento previsto en el art. 159 de la CE y desarrollado en los arts. 16 y 17 de la LOTC. El acceso efectivo al cargo exige, además del cumplimiento de los requisitos de elegibilidad, la propuesta válida por el órgano competente, la aceptación del nombramiento y la toma de posesión mediante juramento o promesa ante el Rey.

Desde el punto de vista institucional, debe distinguirse entre los magistrados en ejercicio, que integran la composición activa del Tribunal (ya sea como miembros ordinarios, Vicepresidente o Presidente), y aquellos que, habiendo cesado, conservan la condición honorífica de magistrados eméritos, con los tratamientos y prerrogativas previstas en la normativa orgánica y en el protocolo constitucional.

La Ley Orgánica 1/2024, de igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, ha introducido una obligación reforzada de representación equilibrada de género en la designación de los miembros del Tribunal Constitucional, en línea con el principio de igualdad previsto en el art. 14 de la CE y los compromisos internacionales asumidos por el Estado. En virtud de esta norma, los órganos constitucionales encargados de proponer candidatos deberán garantizar una representación del sexo menos representado no inferior al 40 %, evitando cualquier desequilibrio estructural injustificado. Esta previsión vincula tanto al Congreso, al Senado y al Gobierno, como

al Consejo General del Poder Judicial, y debe observarse con carácter previo a la formalización de los nombramientos.

De hecho, la presencia de la mujer en el Tribunal Constitucional, históricamente limitada, ha ido incrementándose de forma paulatina desde finales de los años noventa. Su consolidación responde a una exigencia de justicia representativa y también a un imperativo de legitimidad democrática y constitucional: un órgano garante de los derechos fundamentales no puede sostenerse desde una composición institucionalmente desequilibrada, sin riesgo para su credibilidad y neutralidad institucional.

La integración paritaria trasciende el plano de los objetivos políticos para situarse como una exigencia jurídica inherente al principio de igualdad sustantiva, con efectos directos tanto en la configuración del poder público como en el modo en que operan las instituciones. Este mandato se ve reforzado por la legislación vigente, que incorpora la representación equilibrada como criterio normativo ineludible en el diseño institucional actual.

A continuación, se expone una síntesis de las situaciones personales reconocidas por el ordenamiento jurídico en el marco del régimen vigente del Tribunal Constitucional, con especial atención a los desarrollos normativos más recientes.

4.1.1. Los magistrados eméritos del Tribunal Constitucional

La condición de magistrado emérito constituye una distinción honorífica que conserva quien haya desempeñado el cargo de magistrado, Vicepresidente o Presidente del Tribunal, y haya cesado en el ejercicio de sus funciones conforme a lo dispuesto en el art. 16.1 de la LOTC. Dicha condición comporta un reconocimiento institucional, simbólico y protocolario, regulada en los arts. 40 a 42 del Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional.

De acuerdo con lo previsto en el art. 40 del citado Reglamento, en los actos públicos de carácter no jurisdiccional organizados por el Tribunal se observará el orden de precedencia establecido por la normativa estatal, con las siguientes especialidades:

- Los Presidentes eméritos del Tribunal Constitucional ocupan el lugar inmediatamente posterior al de la Presidencia del Consejo General del Poder Judicial.
- Los magistrados eméritos, por su parte, ocupan el lugar protocolario siguiente al de los ministros del Gobierno de la Nación.

La atribución de honores y prerrogativas a los Presidentes, Vicepresidentes y magistrados eméritos corresponde al Pleno del Tribunal Constitucional, que podrá acordar su ampliación o modulación atendiendo a criterios de oportunidad institucional. No obstante, el Reglamento fija un mínimo estatutario de prerrogativas, entre las cuales destacan:

- La ocupación de lugar preferente en los actos solemnes y en las vistas de carácter jurisdiccional que se celebren en la sede del Tribunal Constitucional.
- El acceso libre y permanente a la sede institucional, así como el uso adecuado de instalaciones y servicios, conforme a su dignidad y condición.
- La recepción regular de las publicaciones oficiales del Tribunal, como manifestación de su vinculación permanente a la cultura constitucional y al debate doctrinal.

La figura del magistrado emérito se configura, en definitiva, como una expresión de memoria institucional y legitimación estructural del órgano, que garantiza la preservación del prestigio acumulado y la proyección histórica de la jurisdicción constitucional como poder neutral y colegiado, conforme a los estándares de las democracias constitucionales europeas más avanzadas.

4.1.2. El Presidente y Vicepresidente del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional, como órgano colegiado de naturaleza jurisdiccional y constitucional, requiere, para su adecuado funcionamiento, de la figura de una presidencia unipersonal, a la que se encomienda, por tiempo determinado, la representación institucional suprema del órgano y la dirección funcional de su actividad jurisdiccional y administrativa. Esta configuración responde a un rasgo común en los órganos constitucionales colegiados, que permite singularizar su posición respecto del resto de magistrados y magistradas, al trascender el modelo clásico del *primus inter pares*, en virtud del amplio haz de competencias que le atribuye su estatuto funcional.

En efecto, la Presidencia se concibe como una magistratura constitucional superior, depositaria de las expectativas institucionales vinculadas al buen gobierno del órgano. Su titular desempeña una función directiva de especial intensidad, orientada tanto a la gestión interna como a la proyección exterior del Tribunal.

Entre sus principales atribuciones se encuentran la representación oficial ante las instituciones del Estado y ante organismos internacionales, la ejecución material del presupuesto asignado, la dirección y supervisión del personal al servicio del órgano y la adopción de decisiones relativas al régimen interno de funcionamiento.

Las funciones y competencias que se atribuyen al Presidente del Tribunal Constitucional se recogen en una pluralidad de normas de distinto rango, entre las que destacan:

- La Constitución Española, concretamente en los arts. 160 y 165.
- La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, en sus arts. 2.2, 6.2, 7.2 y 3, 8.1, 9.1 y 4, 10, 12, 15, 16.3, 17.1, 21, 23.1 y 2, 90.1 y 2, 98, 99, así como en la disposición transitoria primera.
- El Reglamento de Organización y Personal del Tribunal Constitucional, aprobado por el Pleno, en sus arts. 1, 2.i), l) y m), 3 a 5, 8 a 11, 13 a 22, 25.1.a), b) y d), 25.3 y 4, 26.1.a) a d), 27.2, 33.1, 36, 39.3, 40 a 42, 53.6.a), 54, 56, 59, 62.2.b), 63.1 y 2, 64.3, 71, 73, 78.2, 84.2, 88, 89, 91 a 93.3 y 95.
- El Acuerdo de 15 de junio de 1982 sobre el funcionamiento del Tribunal Constitucional durante el período de vacaciones, en su art. 5.

Además, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 1/2024, de 1 de agosto, los órganos constitucionales deben observar el principio de representación equilibrada entre mujeres y hombres en la designación de sus miembros. Esta exigencia, en línea con el art. 14 de la CE y con los compromisos internacionales asumidos por España, extiende sus efectos también a la Presidencia del Tribunal Constitucional, reforzando la legitimidad democrática del órgano y promoviendo una estructura institucional alineada con el principio de igualdad sustantiva.

4.1.3. Los magistrados del Tribunal Constitucional

Resulta imprescindible, como consideración preliminar, advertir que tanto la Presidencia como la Vicepresidencia del Tribunal Constitucional han de ser desempeñadas, en todo caso, por personas que ostenten la condición estatutaria de magistrado del propio órgano, de conformidad con el art. 160 de la CE y con el bloque de legalidad orgánica aplicable. Esta exigencia comporta que quienes ejercen tales cargos mantienen en todo momento su naturaleza jurisdiccional y no quedan al margen del ejercicio de la función jurisdiccional constitucional. Por el contrario, su participación se desarrolla en condiciones de plena igualdad con el resto de los integrantes del Tribunal, tanto en la deliberación como en la resolución de los asuntos atribuidos al Pleno, a la Sala o a la Sección a la que estén adscritos, conforme a los criterios de reparto funcional establecidos en la Ley Orgánica y en su Reglamento.

A diferencia de las competencias institucionales propias de la Presidencia (relativas a la dirección orgánica, a la gestión interna del Tribunal y a su representación externa ante otras autoridades e instituciones), los demás magistrados se circunscriben al ejercicio exclusivo de funciones jurisdiccionales, dentro del marco funcional y temporal previsto para el desempeño del mandato, cuya duración se fija en nueve años conforme al art. 159.3 de la CE. No obstante, dicho mandato puede extinguirse anticipadamente en los supuestos legalmente tipificados de renuncia expresa, fallecimiento o concurrencia sobrevenida de causa de incompatibilidad, derivada de una abstención voluntaria o de una recusación estimada, conforme a los principios rectores de imparcialidad, neutralidad funcional y garantía institucional del órgano constitucional.

4.2. Las diferentes composiciones del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se configura como un órgano constitucional independiente de los demás poderes del Estado y supremo intérprete de la Constitución, lo que lo sitúa en una posición institucional singular dentro del ordenamiento. Para el ejercicio adecuado de sus competencias y atribuciones, requiere una estructura basada en la integración de miembros con mandato temporal, excluyendo, por tanto, su conformación como órgano permanente. Esta nota esencial justifica un modelo institucional asentado en la renovación periódica, escalonada y regulada.

En los dos apartados siguientes se examinará la evolución de las diferentes composiciones, así como los mecanismos de renovación parcial que inciden sobre su funcionamiento. El análisis permitirá identificar las principales transformaciones estructurales experimentadas por el Tribunal Constitucional, prestando especial atención a dos dimensiones clave: la evolución de la representación de género y la trayectoria profesional de los integrantes, con el fin de valorar en qué medida se ha avanzado hacia una composición más plural, equilibrada y reflejo del principio de igualdad material.

4.2.1. Períodos de renovación y evolución compositiva del Tribunal

En los cuadros¹⁴ siguientes se detallan los turnos de renovación parcial y los ciclos completos de renovación del Tribunal Constitucional, conforme al art. 159.3 de la CE. Según este precepto, los magistrados ejercen su mandato durante un período de

¹⁴ En parte se sigue la información del Tribunal Constitucional, disponible en el siguiente enlace: <https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/historia/Paginas/Tribunal-Constitucional-de-Espania.aspx>

nueve años, renovándose por tercios cada tres años, a fin de garantizar la continuidad y estabilidad institucional del órgano.

Renovaciones	Gobierno-CGPJ	Senado	Congreso
Inicio	1980	1980	1980
1, 2, 3 y 4	1986	1989	1983 - 1992
5, 6 y 7	1995	1998	2001
8, 9 y 10	2004	2007	2010
11, 12 y 13	2013	2016	2019
14, 15 y 16	2022	2025	2028

El primer periodo comprende entre 1980 a 1983, y dentro del mismo se configura la primera composición del Tribunal Constitucional por medio del Real Decreto de 14 de febrero de 1980 (BOE del 22 de febrero de 1980), tomando posesión el 12 de julio de 1980.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Manuel Díez de Velasco Vallejo (<i>Renuncia: Enero 1986</i>)	
2. 2. Congreso de los Diputados	Aurelio Menéndez Menéndez (<i>Renuncia: Octubre 1980</i>)	Antonio Truyol Serra
3. 3. Congreso de los Diputados	Francisco Rubio Llorente	
4. 4. Congreso de los Diputados	Francisco Tomás y Valiente	
5. 5. Congreso de los Diputados	Jerónimo Arozamena Sierra	
6. 6. Congreso de los Diputados	Rafael Gómez-Ferrer Morant	
7. 7. CGPJ	Ángel Escudero del Corral	
8. 8. CGPJ	Plácido Fernández Viagas (<i>Fallece: 9 de diciembre de 1982</i>)	Francisco Pera Verdaguer
9. 9. Senado	Gloria Begué Cantón	
10. 10. Senado	Luís Díez-Picazo y Ponce de León	
11. 11. Senado	Manuel García-Pelayo y Alonso	
12. 12. Senado	Ángel Latorre Segura	

El siguiente periodo abarca los años 1983 a 1995, y dentro del mismo se suceden cuatro renovaciones. La primera renovación estaba prevista para el 22 de febrero de 1983, pero no se materializó hasta el 24 de octubre de 1983 (BOE de 25 de octubre de 1983), y afecta a los primeros cuatro magistrados del Tribunal Constitucional que renuevan su situación. La segunda renovación estaba prevista para el 22 de febrero de 1986, y a diferencia de la primera en la que no se cumplieron los plazos, en esta ocasión se aprueba un Real Decreto el 21 de febrero de 1986 dentro del plazo establecido (BOE del 22 de febrero de 1986). La toma de posesión tuvo lugar el mismo día de la publicación y afectó a las elecciones de los magistrados elegidos por el Congreso de los Diputados (número 1), el Gobierno (números 5 y 6), el Consejo General del Poder Judicial (números 7 y 8) y el Senado (número 11). La tercera renovación estaba programada para el 22 de febrero de 1989, y como sucedió en la anterior, antes del vencimiento, se aprobó el Real Decreto de 21 de febrero de 1989 (BOE del 22 de febrero de 1989). La toma de posesión tuvo lugar el 27 de febrero de 1989. En esta ocasión, la renovación afectó al Congreso de los Diputados (número 2) y por el Senado (números 9, 10, 11 y 12). El cierre del periodo comprendido entre 1983-1995 concluye con la cuarta renovación, prevista para el 22 de febrero de 1992, y demorada su aprobación hasta el Real Decreto de 2 de julio de 1992 (BOE del 6 de julio de 1992). La toma de posesión se celebró el 8 de julio de 1992. Los magistrados

del Tribunal Constitucional afectados fueron los previamente designados por el Congreso de los Diputados (números 1, 2, 3 y 4) y el Senado (número 9).

Primera renovación del periodo de 1983-1995.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Manuel Díez de Velasco Vallejo (<i>Renuncia: Enero 1986</i>)	
2. 2. Congreso de los Diputados	Antonio Truyol Serra (<i>Renuncia: Junio 1990</i>)	
3. 3. Congreso de los Diputados	Francisco Rubio Llorente	
4. 4. Congreso de los Diputados	Francisco Tomás y Valiente	

Segunda renovación del periodo de 1983-1995.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Jesús Leguina Villa	
5. 5. Gobierno	Luis María López Guerra	
6. 6. Gobierno	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer	
7. 7. CGPJ	Carlos de la Vega Benayas	
8. 8. CGPJ	Eugenio Díaz Emil	
11. 11. Senado	Fernando García-Mon y González-Regueral	

Tercera renovación del periodo de 1983-1995.

Elección	Nombramiento	Sustitución
2. 2. Congreso de los Diputados	José Gabaldón López	
9. 9. Senado	José Luis de los Mozos y de los Mozos (<i>Renuncia: Julio de 1992</i>)	
10. 10. Senado	José Vicente Gimeno Sendra	
11. 11. Senado	Fernando García-Mon y González Regueral (<i>Renuncia: Septiembre de 1994</i>) (<i>Retira la renuncia: Abril de 1996</i>)	
12. 12. Senado	Álvaro Rodríguez Bereijo	

Cuarta renovación del periodo de 1983-1995.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Pedro Cruz Villalón	
2. 2. Congreso de los Diputados	Julio González Campos	
3. 3. Congreso de los Diputados	Rafael de Mendizábal Allende	
4. 4. Congreso de los Diputados	Carles Viver Pi-Sunyer	
9. 9. Senado	José Gabaldón López	

El siguiente periodo comprende los años 1995-2004, y se suceden tres renovaciones, que en términos generales afectan a la quinta, sexta y séptima renovación. La primera de las tres renovaciones estaba prevista para el 22 de febrero de 1995, y el Real Decreto de 7 de abril de 1995 (BOE de 7 de abril de 1995) estableció los nuevos miembros entrantes. La toma de posesión tuvo lugar el 8 de abril de 1995, y afectó a los magistrados elegidos por el Gobierno (números 5 y 6) y el Consejo General del Poder Judicial (números 7 y 8). La sexta renovación estaba prevista para el 22 de febrero de 1998, y se aprueba por Real Decreto de 16 de diciembre de 1998 (BOE del 17 de diciembre de 1998). La toma de posesión, debido al retraso, se celebró el mismo día de la publicación, y afectó a los cuatro magistrados

designados por el Senado (números 9, 10, 11 y 12). La séptima renovación estaba prevista para el 6 de julio de 2001, dejando atrás la fecha del 22 de febrero que se había mantenido desde la primera renovación, y se aprueba por el Real Decreto de 6 de noviembre de 2001 (BOE del 7 de noviembre de 2001). La toma de posesión tuvo lugar el 8 de noviembre, y quedaron afectados los magistrados elegidos por el Congreso de los Diputados (números 1, 2, 3 y 4).

Quinta renovación del periodo de 1995-2004.

Elección	Nombramiento	Sustitución
5. 5. Gobierno	Manuel Jiménez de Parga Cabrera	
6. 6. Gobierno	Tomás Salvador Vives Antón	
7. 7. CGPJ	Javier Delgado Barrio (<i>Renuncia: Julio de 1996</i>)	Pablo García Manzano
8. 8. CGPJ	Enrique Ruiz Vadillo (<i>Fallece: 16 de mayo de 1998</i>)	Pablo Cachón Villar

Sexta renovación del periodo de 1995-2004.

Elección	Nombramiento	Sustitución
9. 9. Senado	María Emilia Casas Baamonde	
10. 10. Senado	Vicente Conde Martín de Hijas	
11. 11. Senado	Fernando Garrido Falla (<i>Renuncia: Diciembre de 2002</i>)	Jorge Rodríguez- Zapata Pérez
12. 12. Senado	Guillermo Jiménez Sánchez	

Séptima renovación del periodo de 1995-2004.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Javier Delgado Barrio	
2. 2. Congreso de los Diputados	Roberto García-Calvo y Montiel (<i>Fallece: 17 de mayo de 2008</i>)	
3. 3. Congreso de los Diputados	Eugeni Gay Montalvo	
4. 4. Congreso de los Diputados	Elisa Pérez Vera	

El tercer periodo comprende los años 2004-2013 y se suceden tres renovaciones (octava, novena y décima). La renovación octava estaba programada para el 8 de abril de 2004, y se aprobó por el Real Decreto de 8 de junio de 2004 (BOE del 9 de junio de 2004). La toma de posesión tuvo lugar el 9 de junio, y afectó a dos magistrados propuestos por el Gobierno (números 5 y 6) y otro número igual del Consejo General del Poder Judicial (números 7 y 8). La novena renovación se retrasó hasta el 17 de diciembre de 2007, y se aprobó por Real Decreto de 29 de diciembre de 2010 (BOE del 10 de enero de 2001). La toma de posesión tuvo lugar el 12 de enero y afectó a los cuatro magistrados propuestos por el Senado (números 9, 10, 11 y 12). La décima y última de las renovaciones de este periodo (2004-2013), estaba prevista para el 7 de noviembre de 2010, y se demoró hasta el Real Decreto de 20 de julio de 2012 (BOE del 21 de julio de 2012). La toma de posesión tuvo lugar el 23 de julio de 2012, afectando a los cuatro magistrados propuestos por el Congreso de los Diputados (números 1, 2, 3 y 4).

Octava renovación del periodo 2004-2013.

Elección	Nombramiento	Sustitución
5. 5. Gobierno	Manuel Aragón Reyes	
6. 6. Gobierno	Pablo Pérez Tremps	
7. 7. CGPJ	Ramón Rodríguez Arribas	
8. 8. CGPJ	Pascual Sala Sánchez	

Novena renovación del periodo 2004-2013.

Elección	Nombramiento	Sustitución
9. 9. Senado	Adela Asua Batarrita	
10. 10. Senado	Francisco José Hernando Santiago (Fallece: 29 de noviembre de 2013)	Ricardo Enríquez Sancho
11. 11. Senado	Luis Ignacio Ortega Álvarez (Fallece: 15 de abril de 2015)	
12. 12. Senado	Francisco Pérez de los Cobos Orihuel	

Décima renovación del periodo 2004-2013.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Juan José González Rivas	
2. 2. Congreso de los Diputados	Andrés ollero Tassara	
3. 3. Congreso de los Diputados	Encarnación Roca Trías	
4. 4. Congreso de los Diputados	Fernando Valdés Dal-Ré	

El siguiente periodo comprende los años 2013-2022 y dentro del mismo se suceden tres renovaciones (undécima, duodécima y decimotercera). La primera de las renovaciones mencionadas estaba prevista para el año 2013 (nótese que en este periodo se rompe con la costumbre de fijar una fecha exacta para cada renovación), y se aprobó por el Real Decreto de 12 de junio (BOE del 13 de junio). La toma de posesión se celebró el 13 de junio, y se vieron afectados los magistrados propuestos por el Gobierno (números 5 y 6) y los del Consejo General del Poder Judicial (números 7 y 8). La duodécima renovación estaba prevista para el año 2017, y se aprobó por Real Decreto de 10 de marzo de 2017 (BOE del 15 de marzo de 2017). La toma de posesión tuvo lugar el 15 de marzo de 2017, y afectó a los cuatro magistrados designados por el Senado (números 9, 10, 11 y 12). La decimotercera renovación, estaba prevista para el año 2021, y se aprobó por Real Decreto el 17 de noviembre de 2017 (BOE del 18 de noviembre de 2017). La toma de posesión tuvo lugar el 18 de noviembre de 2017, y afectó a los cuatro magistrados designados por el Congreso de los Diputados (números 1, 2, 3 y 4), es la primera ocasión en que existe paridad en los nombramientos de los magistrados entrantes del Tribunal Constitucional.

Undécima renovación del periodo 2013-2022.

Elección	Nombramiento	Sustitución
5. 5. Gobierno	Pedro José González-Trevijano Sánchez	
6. 6. Gobierno	Enrique López y López (Renuncia: Junio de 2014)	Antonio Narváez Rodríguez
7. 7. CGPJ	Juan Antonio Xiol Ríos	
8. 8. CGPJ	Santiago Martínez-Vares García	

Duodécima renovación del periodo 2013-2022.

Elección	Nombramiento	Sustitución
9. 9. Senado	Alfredo Montoya Melgar (Renuncia: 28 de julio de 2022)	José María Macías Castaño (Real Decreto 757/2024)
10. 10. Senado	Ricardo Enríquez Sancho	
11. 11. Senado	Cándido Conde-Pumpido Tourón	
12. 12. Senado	María Luisa Balaguer Callejón	

Decimotercera renovación del periodo 2013-2022.

Elección	Nombramiento	Sustitución
1. 1. Congreso de los Diputados	Ramón Sáez Valcárcel	
2. 2. Congreso de los Diputados	Enrique Arnaldo Alcubilla	
3. 3. Congreso de los Diputados	Concepción Espejel Jorquera	
4. 4. Congreso de los Diputados	Inmaculada Montalbán Huertas	

En la actualidad estamos en el periodo que comprende los años 2022-2031. La renovación decimocuarta estaba prevista para el año 2022, y se aprobó por el Real Decreto de 30 de diciembre de 2022 (BOE del 31 de diciembre de 2022). La toma de posesión se celebró el 9 de enero, y se designaron los Magistrados que corresponden al Gobierno (números 5 y 6) y los del Consejo General del Poder Judicial (números 7 y 8), donde la paridad se mantiene entre los nuevos integrantes del Tribunal Constitucional.

Decimocuarta renovación del periodo 2022-2031.

Elección	Nombramiento	Sustitución
5. 5. Gobierno	Juan Carlos Campo Moreno	
6. 6. Gobierno	Laura Díez Bueso	
7. 7. CGPJ	María Luisa Segoviano Astaburuaga	
8. 8. CGPJ	César Tolosa Tribiño	

Como hecho llamativo, por Real Decreto 757/2024, de 29 de julio, se nombra Magistrado del Tribunal Constitucional a José María Macías Castaño, como consecuencia de la renuncia de 28 de julio de 2022 de Alfredo Montoya Melgar

Elección	Nombramiento	Sustitución
9. Senado	José María Macías Castaño	Alfredo Montoya Melgar (Renuncia el 28 de julio de 2022)

4.2.2. Datos estadísticos de formación académica y sexo en sus diferentes renovaciones

En el presente epígrafe se estudian las renovaciones desde la vertiente de la formación académica y profesional de los magistrados del Tribunal Constitucional y su incidencia desde una perspectiva de género.

En el siguiente cuadro, y partiendo del contenido establecido en el art. 159.2 de la CE con el desarrollo del art. 18 de la LOTC, se realiza un estudio por periodos y renovaciones del requisito académico y profesional que debe concurrir en su persona. De su resultado se aprecia que dos son las categorías principales que colman más del noventa por ciento de las plazas asignadas para la condición de magistrado de Tribunal Constitucional, siendo la de miembro de la carrera judicial y de catedrático, en sus diferentes variantes. Además, el acceso por otras profesiones es meramente anecdótico, pues, en realidad sólo un vocal del CGPJ ha accedido a la condición de magistrado del Tribunal Constitucional (estamos ante el mismo magistrado que renunció y retiró la renuncia de su condición), y lo mismo sucede con el acceso por la carrera fiscal y la profesión de abogado, aunque en este caso se aprecia que uno de los afectados era magistrado en excedencia.

Periodo	Carrera judicial	Catedrático	Vocal CGPJ	Abogado	Carrera fiscal
1980-1983					
- 1ª composición	3 (MTS) ¹⁵⁾ 1 (MAT ¹⁷⁾	9 (Derecho) ¹⁸⁾ 1 (Economía)			
1983-1995					
- 1ª renovación		4 (Derecho)			
- 2ª renovación	2 (MTS)	3 (Derecho)	1		
- 3ª renovación	1 (MTS)	3 (Derecho)	1		
- 4ª renovación	2 (MTS) ¹⁹⁾	3 (Derecho)			
1995-2004					
- 5ª renovación	4 (MTS) ²⁰⁾	2 (Derecho)			
- 6ª renovación	2 (MTS) ²¹⁾	3 (Derecho)			
- 7ª renovación	2 (MTS)	1 (Derecho)		1	
2004-2013					
- 8ª renovación	2 (MTS)	2 (Derecho)			
- 9ª renovación	2 (MTS) ²²⁾	3 (Derecho)			
- 10ª renovación	2 (MTS) ²³⁾	2 (Derecho)			
2013-2022					
- 11ª renovación	1 (MAN ²⁴⁾ 2 (MTS)	1 (Derecho)			1 (TFFTS ²⁶⁾)
- 12ª renovación	2 (MTS)	2 (Derecho)			
- 13ª renovación	2 (MAN) 1 (MTSJ ²⁵⁾)	1 (Derecho)			
2022-2031					
- 14ª renovación	1 (MAN) 2 (MTS) 1 (M ²⁷⁾)	1 (Derecho)	(ver nota)	(ver nota)	

Desde el punto de vista de género, la inmersión de la mujer en el Tribunal Constitucional en la composición de 1980 fue anecdótica con tan sólo un miembro, y desde el año 1998 hasta el 2017, con las excepciones de las renovaciones de 2004 y 2013, se incorporaron 5 mujeres, consiguiendo la igualdad de nombramientos en la decimotercera (2021) y decimocuarta (2022) renovación, tendencia que se espera se mantenga en los sucesivos nombramientos.

Periodo	Hombres	Mujeres
1980-1983		
- Renovación de 1980	11	1 (Gloria Begué Cantón) Senado
1983-1995		
- 1ª renovación 1983	4	0
- 2ª renovación 1986	6	0
- 3ª renovación 1989	4	0
- 4ª renovación 1992	5	0

¹⁵ Magistrado del Tribunal Supremo.

¹⁶ Uno por sustitución de otro magistrado del Tribunal Constitucional, siendo presidente de Sala del Tribunal Supremo.

¹⁷ Magistrado de Audiencia Territorial.

¹⁸ Uno por sustitución de otro magistrado del Tribunal Constitucional.

¹⁹ Uno siendo presidente de Sala del Tribunal Supremo.

²⁰ Uno siendo presidente de Sala del Tribunal Supremo, y dos por sustitución de magistrado del Tribunal Constitucional.

²¹ Uno siendo a su vez letrado mayor del Consejo de Estado y profesor titular.

²² Uno por sustitución de otro magistrado del Tribunal Constitucional.

²³ Una siendo a su vez catedrática de Derecho Civil.

²⁴ Magistrado de la Audiencia Nacional.

²⁵ Magistrada del Tribunal Superior de Justicia.

²⁶ Teniente fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo.

²⁷ Magistrado en excedencia, vocal del CGPJ y abogado, de ahí la remisión en la 14ª renovación a la procedencia de vocal del CGPJ y de abogado.

1995-2004			
-	5ª renovación 1995	4	0
-	6ª renovación 1998	3	1 (María Emilia Casas Baamonde)
			Senado
-	7ª renovación 2001	3	1 (Elisa Pérez Vera)
			Congreso de los Diputados
2004-2013			
-	8ª renovación 2004	4	0
-	9ª renovación 2010/2011	3	1 (Adela Asua Batarrita)
			Senado
-	10ª renovación 2012	3	1 (Encarnación Roca Trías)
2013-2022			
-	11ª Renovación 2013	4	0
-	12ª renovación 2017	3	1 (María Luisa Balaguer Callejón)
			Senado
-	13ª renovación 2021	2	2 (Concepción Espejel Jorquera e Inmaculada Montalbán Huertas)
			Congreso de los Diputados
2022-2031			
-	14ª renovación 2022/2023	2	2 (Laura Díez Bueso y María Luisa Segoviano Astaburuaga)
			Gobierno
			Consejo General del Poder Judicial

Valorando las designaciones de presidentes y vicepresidentes, el Tribunal Constitucional mantiene la mayoría de sexo masculino, pues, de los doce designados sólo encontramos una mujer en el cargo. Los datos resultan de mayor proporcionalidad en el puesto de vicepresidente del Tribunal Constitucional, de hecho, de los doce designados, cuatro han sido mujeres.

Listado del presidente de sexo femenino del Tribunal Constitucional.

Duración del mandato / Periodo	Presidente de sexo femenino
Real Decreto 1470/2004, de 15 de junio, por el que se nombra Presidenta del Tribunal Constitucional a doña Emilia Casas Baamonde.	María Emilia Casas Baamonde - 8ª renovación
Real Decreto 1782/2010, de 29 de diciembre, por el que se declara el cese de doña María Emilia Casas Baamonde como Presidenta del Tribunal Constitucional.	
Periodo 2004-2013	

Listado de los vicepresidentes de sexo femenino del Tribunal Constitucional.

Duración del mandato / Periodo	Vicepresidente de sexo femenino
Real Decreto 461/1986, de 4 de marzo, por el que se nombra Vicepresidente del Tribunal Constitucional a doña Gloria Begué Cantón.	Gloria Buegué Cantón - 2ª renovación
Real Decreto 172/1989, de 21 de febrero, por el que se declara el cese de doña Gloria Begué Cantón como Vicepresidente del Tribunal Constitucional.	
Periodo 1983-1995	
Real Decreto 474/2013, de 19 de junio, por el que se nombra Vicepresidente del Tribunal Constitucional a doña Adela Asúa Batarrita.	Adela Asúa Batarrita - 11ª renovación

Real Decreto 258/2017, de 10 de marzo, por el que se declara el cese de doña Adela Asúa Batarrita como Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

Periodo 2013-2022

Real Decreto 282/2017, de 22 de marzo, por el que se nombra Vicepresidente del Tribunal Constitucional a doña Encarnación Roca Trías. Encarnación roca Trías - 12ª renovación

Real Decreto 1031/2021, de 17 de noviembre, por el que se declara el cese de doña Encarnación Roca Trías como Vicepresidente del Tribunal Constitucional.

Periodo 2013-2022

Real Decreto 11/2023, de 11 de enero, por el que se nombra Vicepresidenta del Tribunal Constitucional a doña Inmaculada Montalbán Huertas. Inmaculada Montalbán Huertas - 14ª renovación

Periodo 2022-2031

5. El acceso real y efectivo de la mujer al tribunal constitucional

Del resultado de las renovaciones que se han sucedido a lo largo de la vigencia del Tribunal Constitucional encontramos un número muy reducido de magistradas, tan sólo diez mujeres, de las que la mitad ostentan la condición de magistradas eméritas y las restantes forman parte de la composición vigente. Los números se reducen si tratamos la cuestión de la presidencia y la vicepresidencia del Tribunal Constitucional, porque tan sólo la magistrada María Emilia Casas Baamonde sostuvo la presidencia (2004-2010)²⁸, pero la estadística aumenta a cuatro en la posición de la vicepresidencia²⁹.

Como bien pone de manifiesto Salazar Benítez (2018), llama la atención que ningún estudio hasta el año 2011 se haya percatado de la relevancia que ha supuesto la ausencia de la mujer en cuotas similares, incluso superiores a las reales, de la mujer en el acceso al Tribunal Constitucional, y si se quiere, en otros órganos superiores del Estado, como el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Supremo, entre otros, donde el acceso de la mujer a puestos de relevancia constitucional siempre se ha cuestionado extramuros, pero por todos es conocida su posición de inferioridad.

Magistrados del Tribunal Constitucional

	Suma total	Composición actual	Presidencia	Vicepresidencia
Hombre	67	7	11	9
Mujer	10	5	1	4

Esta desigualdad femenina y orgánica³⁰ ha operado históricamente mediante mecanismos de exclusión silenciosa, donde el discurso de la neutralidad meritocrática

²⁸ El nombramiento como Presidente del Tribunal Constitucional tuvo lugar con el RD 1470/2004, de 15 de junio, y el cese mediante el RD 1782/2010, de 29 de diciembre.

²⁹ Las magistradas Gloria Begué Cantón (1986-1989), Adela Asua Batarrita (2013-2017), Encarnación Roca Trías (2017-2021) e Inmaculada Montalbán Huertas (2021-actualidad).

³⁰ La exclusión reiterada de las mujeres en los órganos de poder constitucional no representa únicamente un déficit de representación, porque refleja, además, una concepción restringida de la ciudadanía, en la que la incorporación de mujeres a las instituciones del Estado se produce de forma excepcional, sin

oculta una discriminación sistémica profundamente arraigada. No se trata únicamente de una infrarrepresentación numérica coyuntural ni de una eventual falta de candidatas con méritos suficientes. Lo que está en juego es un fenómeno de invisibilidad estructural, es decir, una exclusión sistemática que se mantiene oculta bajo una apariencia de normalidad institucional, sin despertar la atención crítica ni provocar una respuesta política o jurídica significativa. Esta invisibilidad se justifica mediante el argumento de la selección por mérito y capacidad³¹, lo que legitima de facto un proceso que favorece perfiles masculinos con trayectorias tradicionales, excluyendo indirectamente a mujeres, cuya participación profesional ha estado históricamente marcada por obstáculos estructurales. Esta forma de discriminación no se manifiesta de manera frontal ni a nivel normativo, y opera de forma implícita mediante lo que la doctrina feminista ha identificado como sesgos de género institucionalizados, reproducidos por dinámicas que aparentan neutralidad, pero refuerzan patrones de exclusión. De hecho, las mujeres no han sido visibilizadas como parte natural del poder jurisdiccional constitucional, y esa ausencia ha sido reforzada por una cultura jurídica que no aprecia desigualdad porque la considera ajena al terreno de la interpretación jurídica o incluso como un factor perturbador del funcionamiento técnico del órgano.

El carácter estructural de esta invisibilidad se observa también en la normalización de la exclusión, es decir, en la reiteración constante de nombramientos masculinos sin que ello haya provocado reacciones institucionales relevantes. A pesar de lo dicho, no se ha producido alarma alguna por la reiterada ausencia de mujeres en los procesos de designación, lo que pone de manifiesto una tolerancia institucional hacia el desequilibrio, que sólo empezó a cuestionarse cuando la movilización de ciertos sectores académicos, como la Red Feminista de Derecho Constitucional, denunció esta asimetría como un déficit de legitimidad democrática. Esta invisibilidad estructural se manifiesta también en la falta de medidas normativas, hasta fechas recientes, que impusieran mecanismos correctivos o vinculantes, permitiendo que la

consolidarse como una participación plenamente reconocida en condiciones de igualdad y titularidad del poder público.

En este sentido, la persistente ausencia de mujeres en los espacios de decisión jurídica y constitucional revela que la ciudadanía de las mujeres no ha alcanzado la misma plenitud que la de los hombres, pues se encuentran excluidas de los lugares donde se define y se interpreta el alcance de los derechos fundamentales. La escasa incorporación de mujeres al Tribunal Constitucional afecta de forma directa al principio de igualdad y debilita los fundamentos inclusivos del sistema democrático, al perpetuar esquemas de representación que omiten una parte esencial del sujeto político colectivo. Este fenómeno se articula en torno a la noción de «ciudadanía incompleta», que encuentra eco en buena parte de la teoría feminista del derecho. Se trata de una ciudadanía que reconoce formalmente la igualdad entre hombres y mujeres, pero que en la práctica relega a estas últimas a posiciones marginales dentro de las estructuras del poder institucional. La desigual de mujeres en el Tribunal, pese a su carácter democrático, demuestra que no basta con proclamar los derechos de ciudadanía si no se garantiza su ejercicio efectivo y su representación simétrica en los espacios de deliberación constitucional. La ausencia de mujeres impide incorporar perspectivas distintas en la interpretación de los derechos, lo que empobrece el contenido sustantivo de la Constitución y priva al debate jurídico de la pluralidad democrática que exige el principio de igualdad.

³¹ Incluso cuando se invoca el principio de mérito y capacidad como criterio rector de los nombramientos, su aplicación acrítica en contextos marcados por desigualdades estructurales no conduce necesariamente a una mayor justicia, sino que puede contribuir a perpetuar las inercias del poder. En efecto, este ideal de neutralidad meritocrática, formulado en abstracto y desligado de las condiciones reales de acceso de las mujeres a los espacios de decisión, ha funcionado históricamente como una coartada para justificar la exclusión. Como advierte la literatura feminista, la apelación al mérito no puede ser comprendida al margen de las estructuras que lo moldean y validan, cuando el canon de excelencia se define desde parámetros que históricamente han invisibilizado o desvalorizado las trayectorias femeninas, lo que se legitima no es una igualdad de oportunidades, sino una reproducción encubierta del *statu quo*. De este modo, el sistema institucional español ha sostenido una tradición marcadamente masculina, consolidada durante décadas, que sólo ha comenzado a cuestionarse de manera efectiva cuando se ha planteado la necesidad de incorporar criterios de paridad como principio jurídico estructural.

desigualdad de género fuera percibida como un efecto secundario y no como un problema constitucional.

El resultado es una configuración persistente de poder jurídico altamente masculinizada, donde la presencia de mujeres ha sido marginal y excepcional. Esta anomalía, no es consecuencia del azar, ni de una falta de mujeres juristas capacitadas, porque responde a una cultura jurídica y política que ha aceptado como natural un modelo institucional excluyente, sin cuestionar el sesgo de los criterios de elección. Sólo mediante la incorporación de una perspectiva de género en los procesos de designación y en la interpretación constitucional será posible romper con esta estructura de invisibilidad y garantizar una igualdad real y efectiva en el acceso de las mujeres al Tribunal Constitucional.

Hasta la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, de representación paritaria y presencia equilibrada de mujeres y hombres, que modifica el art. 16.1 de la LOTC, el requisito de ser hombre se admitió de forma explícita y los grupos parlamentarios no presentaban listas con mujeres candidatas, y si lo hacían su número resultaba muy escaso en comparación con el de los hombres. A pesar de esta situación de inferioridad, y donde sólo deben ser valorados los méritos y la capacidad de los candidatos, ninguno de los dos grandes grupos parlamentarios estimó que era oportuno modificar la Ley Orgánica para garantizar una igualdad efectiva y real entre el hombre y la mujer. Igual de llamativo ha sido que ninguna voz se alzase en ese sentido para reclamar la igualdad con la excepción de la Red Feministas de Derecho Constitucional³², que en noviembre de 2016 presentó un escueto comunicado, que debe ser actualizado a día de hoy en lo relativo a los números y porcentajes, la idea es clara, existe una infravalorización de la mujer en la justicia constitucional, y para conseguir sus objetivos proponen que en la renovación parcial de 2017 esté sólo compuesta por mujeres, y que las candidaturas de las Asambleas Legislativas de las comunidades autónomas estén formadas por mujeres. La propuesta resultó arriesgada y valiente, pero su rechazo fue igual de contundente, a pesar de abrir el debate académico y político en términos bien intencionados y justos, que pasaban por garantizar y afianzar la representación paritaria pro futuro. No olvidemos que la igualdad en la composición y renovación de los órganos constitucionales tiene una naturaleza bifronte, porque se garantiza como principio de derecho constitucional y derecho-deber (arts. 1 y 14), y a la luz del art. 4 de la LOIMH³³ como principio informador del ordenamiento jurídico. Como recogió John Stuart Mill (1868) se busca la perfecta igualdad que no admitiera poder ni privilegio para unos ni incapacidad para otros, de ahí que el objetivo sea la igualdad efectiva, plena y real.

La renovación parcial de 2017 quedó lejos de las aspiraciones de la Red Feminista de Derecho Constitucional, porque de los cuatro magistrados sólo había una mujer (María Luisa Balaguer Callejón), además de integrante de la Red. La proporción 75%-25% se mantenía en la línea de las renovaciones parciales de años anteriores (1998, 2001, 2010-2011 y 2012), pero estos esfuerzos se verían recompensados a partir de las renovaciones parciales de 2021 y 2022-2023, en las que se logra la igualdad de un 50%-50% en los nombramientos, en gran medida por los esfuerzos de las Legislaturas XIV y XV de orientación progresista, y la voluntad de reconstruir una sociedad más equitativa y libre de toda discriminación, en la que se empodere a la mujer para corregir toda discriminación que traiga su raíz en el pasado.

³²https://feministasconstitucional.org/wpcontent/uploads/2016/11/Documento_explicativo_La_RFDC_ante_la_renovaci%C3%B3n_paracial_del_Tribunal_Constitucional.pdf. Consultada el 11 de febrero de 2025.

A pesar de los avances, la composición paritaria del Tribunal Constitucional no debe reducirse a una simple cuestión cuantitativa, como si de un reparto mecánico de escaños se tratara. Su valor trasciende lo numérico y alcanza una dimensión simbólica e institucional que incide directamente en la legitimidad democrática del sistema. Desde esta perspectiva, la paridad se configura como un principio estructural del Estado constitucional, al garantizar la igualdad formal entre mujeres y hombres y, al mismo tiempo, proyectar una imagen de poder público plural, inclusivo y alineado con la diversidad social que representa. La ciudadanía democrática, entendida como comunidad política dotada de iguales derechos y deberes, se fortalece cuando los órganos de mayor relevancia constitucional (como tiene lugar con el Tribunal Constitucional) encarnan esa diversidad en su propia composición. En este sentido, la presencia equilibrada de mujeres contribuye a dismantelar la imagen androcéntrica del constitucionalismo clásico, dominado históricamente por una cultura jurídica masculina que ha excluido sistemáticamente la perspectiva de género en la interpretación constitucional. La paridad, por tanto, no se agota en su dimensión aritmética, reconfigura el simbolismo del poder constitucional y reconstruye el vínculo de representación con una ciudadanía que aspira a ser plena y democrática.

6. Consideraciones finales

La paridad absoluta, entendida como la que obliga a conseguir un 50% de cada sexo, es difícil de afianzar y pone en peligro la estabilidad de las instituciones y órganos constitucionales, pero fijar porcentajes, cuotas, y recordar que deben participar mujeres y hombres en igualdad, constituye una demanda social desde hace casi dos décadas por algunos sectores de la sociedad y la política. Para conseguirlo, y partiendo desde la normativa internacional, y en mayor medida de la que tiene su origen en las instituciones europeas, la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, transpone parte de la normativa en vigor en materia de igualdad, para conseguir la igualdad efectiva, plena y real entre mujeres y hombres. Esta norma constituyó un salto cualitativo en igualdad, que parecía estar encallada entre el juego de los arts. 9.2 y 14 de la CE. El mayor logro de la Ley Orgánica de 2007 fue transponer bajo una misma norma toda la normativa europea, y establecer mecanismo en la «prevención de esas conductas discriminatorias y en la previsión de políticas activas para hacer efectivo el principio de igualdad», según se hace constar en la exposición de motivos.

El principio de una presencia o composición equilibrada no es algo novedoso, ni mucho menos la garantía del 60%-40% en la paridad, porque la Disposición adicional primera, que afecta a la presencia o composición equilibrada, ya cita dicho principio y la proporción antes mencionada con el fin de asegurar una representación que sea justa y significativa. No obstante, su enfoque y alcance fue limitado, porque se proyecta en algunas materias concretas, como las candidaturas de las elecciones (art. 14.4), educación (art. 24.2.d), en la oferta artística y cultural pública (art. 26.2.c), sistema nacional de salud (art. 27.3.e), en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes (arts. 52 y siguientes), pero no lo hace como una obligación, sino como una recomendación al utilizar expresiones como las siguientes: «promover, promover la presencia, procurarán atender, atender al principio de presencia equilibrada, se ajustará al principio de composición equilibrada», entre otras diversas formas.

La Ley Orgánica de 2007 sirvió de punto de partida para los avances normativos que le sucederían que ahondan en el principio de igualdad y de no discriminación y el mandato dirigido a los poderes políticos para remover cualquier obstáculo que impida o dificulte la participación ciudadana en la vida política, económica, cultural y social. En la actualidad, la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, supera la normativa anterior porque en esta ocasión se obliga a los poderes públicos

para hacer efectiva la igualdad efectiva, plena y real entre mujeres y hombres, al modificar la normativa vigente en lo relativo a la composición de los órganos constitucionales y de las instituciones del Estado. Este modelo permite hacer cumplir el mandato originario de 2007 y obligar al efectivo cumplimiento del principio de paridad entre ambos sexos, manteniendo los límites del 60%-40%.

La paridad había sido resuelta de forma clara por la Sentencia del Tribunal Constitucional 40/2011 (Pleno), de 31 de marzo, al indicar: «No estamos, por tanto, ante un tratamiento diferenciado de mujeres y hombres, sino ante una fórmula de paridad absoluta con la que se pretende corregir una situación histórica de discriminación de la mujer en la vida pública» (STC 13/2009, FJ 11) (vid. FJ 7). La medida introducida en 2007 y mantenida por la Ley Orgánica de 2024 constituye una fórmula neutra, en tanto que no genera privilegios para un sexo ni impone desventajas al otro. Su finalidad es corregir inercias históricas asentadas en la costumbre y en una tradición institucional excluyente, a fin de asegurar una presencia equilibrada de mujeres en todos los ámbitos del sector público. Lejos de encajar en la categoría de discriminación positiva, la medida responde a una exigencia de igualdad sustantiva que preserva el principio de mérito al integrarlo dentro de un marco de condiciones reales de igualdad. En ese sentido, la medida debe ser considerada acertada, porque iguala a ambos sexos y evita cualquier otra medida discriminatoria.

Desde el punto de vista de las renovaciones y composiciones del Tribunal Constitucional, cabe indicar que se había vuelto costumbre durante las Legislaturas XIV y XV la paridad efectiva de los nombramientos (2021, 2022-2023), y que obtuvo un consenso parlamentario, al menos entre los dos mayoritarios grupos parlamentarios. A pesar de la nueva costumbre, y con el objetivo de afianzar y obligar, se aprobó la Ley Orgánica 2/2024, de 1 de agosto, consolidando la práctica de la igualdad efectiva, plena y real entre hombre y mujeres. La composición actual, siete a cinco, equivale a un 58.33% - 41.67%, y respeta la nueva redacción del art. 16.1 de la LOTC, de ahí que caben tres opciones de ahora en el futuro a la que atenerse para cumplir con la normativa, al menos hasta que se modifique o se derogue, situación que no se observa factible en corto plazo.

Variantes con arreglo a la Ley Orgánica 2/2024

Mayoría hombres	7 hombres (58.33%)	5 mujeres (41.67%)
Mayoría mujeres	5 hombres (41.67%)	7 mujeres (58.33%)
Igualdad absoluta	6 hombres (50%)	6 mujeres (50%)

Bibliografía

- Aguiar de Luque, L. y Fernández Miranda, A. (2011). Encuesta sobre la renovación del Tribunal Constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 28, pp. 13-90.
- Alzaga Villaamil, O. (1999). *Comentarios a la Constitución Española de 1978. Tomo XII. Artículos 159 al final*. Cortes generales-Editoriales de Derecho reunidas.
- Cárdenas Cordon (2024). La igualdad de género en la cultura institucional del Tribunal Constitucional español. *IgualdadES*, 11, pp. 155-189.
- Delgado Rincón, L.E. (2008). La recusación de los Magistrados del Tribunal Constitucional (Comentario al ATC 26/2007, de 5 de febrero). *Revista Española de Derecho Constitucional*, 28.
- Estrada Marún, J.A. (2017). La designación de los magistrados del Tribunal Constitucional. Una perspectiva orgánica y empírica. Thomson Reuters, Aranzadi, Cizur Menor.
- Figueroa Burrieza, A. (2017). Sobre la composición del Tribunal Constitucional: la necesaria presencia equilibrada de mujeres y hombres en este órgano constitucional intérprete supremo de la CE de 1978. En M. Fernando Pablo, D.

- Fernández de Gatta Sánchez, R. Rivero (Dirs.) y D. Terrón Santos (Coord.). *Liber amicorum salmanticensis profesor Ángel Sánchez Blanco: (cuarenta años de ordenamiento constitucional)* (pp. 217-232). Ratio Legis.
- Figueroa Burrieza, A. (2020). La (des)igualdad en la composición del Tribunal Constitucional. La necesaria presencia equilibrada de mujeres y hombres en este órgano constitucional intérprete supremo de la CE de 1978. En A. Figueroa Burrieza, M. del Pozo Pérez (Dirs.) y Pablo Ramos Hernández (Coord.). *(Des) igualdad y violencia de género. El nudo gordiano de la sociedad globalizada* (pp. 159-175). Thomson Reuters Aranzadi.
- Fernández Segado, F. (1984). *La jurisdicción constitucional en España*. Dykinson.
- Gabaldón López, J. (2018). Art. 159. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M^a. E. Casas Baamonde (Dirs.). *Comentarios a la Constitución española* (pp. 1724-1741). Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- García-Pelayo, M. (1980). El status del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 100, pp. 15-37.
- García Roca, J. (2012). *La selección de los magistrados constitucionales en tres décadas*. *Revista General de Derecho Constitucional*, 15, pp. 3-4.
- Casas Baamonde, M. E., Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Pérez Manzano, M., Borrajo Iniesta, I., & Gómez de la Escalera, C. R. (Eds.). (2008). *Comentarios a la Constitución Española*. Fundación Wolters Kluwer.
- Gómez Fernández, I. (2017). *Una constituyente feminista. ¿Cómo reformar la Constitución con perspectiva de género?*. Marcial Pons.
- González Rivas, J.J. (2010). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. La Ley.
- González Rivas, J.J. (2020). *Comentarios a la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*. BOE-Tribunal Constitucional-Fundación Wolters Kluwer-CEPC.
- González Trevijano, P. (2000). *El Tribunal Constitucional*. Aranzadi.
- Murillo de la Cueva, L. (2010). Las mayorías reforzadas y la formación de los órganos constitucionales. *Anuario Parlamento y Constitución*, 13, pp. 123-142.
- Pérez Tremps P. (2019). *Sistema de justicia constitucional*. Editorial Civitas, Madrid.
- Requejo Pagés, J.L. (2001). *Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*. Tribunal Constitucional-BOE.
- Rodríguez-Patrón, P. (2003). Sobre la legalidad de los letrados de adscripción temporal del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 67, pp. 317-350.
- Rodríguez-Patrón, P. (2010). El Tribunal Constitucional ante la reciente reforma de los artículos 16 de su Ley Orgánica y 184 del Reglamento del Senado. *Revista de Derecho Político*, 77, pp. 107-140. doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.77.2010.9106>
- Rodríguez-Zapata, J. (2018). *Teoría y práctica del Derecho constitucional*. Tecnos.
- Salazar Benítez, O. (2018a). La deseable composición paritaria del Tribunal Constitucional. *Revista de Derecho Político*, 101, pp. 741-774. doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.101.2018.21977>
- Salazar Benítez, O. (2018b). El nombramiento de los magistrados y magistradas del Tribunal Constitucional: ingeniería jurídica vs. Cultura política. En A. Villanueva Turnes (coord.). *El Tribunal Constitucional español. Una visión actualizada del supremo intérprete de la Constitución* (p. 27-60). Tébar Flores.
- Sánchez Barrilao, J.F. (2009). La participación de las Comunidades Autónomas en la elección por el Senado de los magistrados constitucionales. En *Teoría y Realidad constitucional*, 23, pp. 387-424.
- John Stuart Mill, J. (1869). *The Subjection of Women*. Longmans, Green, Reader and Dyer. Capítulo Primero. Además de la Exposición de Motivos (II) de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

La naturaleza jurídica de la propiedad virtual. ¿Derecho real o derecho personal en el Metaverso?

The legal nature of virtual property. Real right or personal right in the Metaverse?

Olga Alejandra Alcántara Francia

Universidad Científica del Sur (Perú)

ORCID ID 0000-0001-9159-1245

oalcantara@cientifica.edu.pe

Enrico Marcel Huarag Guerrero

Universidad Ricardo Palma (Perú)

ORCID ID 0000-0001-9985-5313

enrico.huarag@urp.edu.pe

César Carranza Álvarez

Universidad Científica del Sur (Perú)

ORCID ID 0000-0002-1676-1045

ccarranzaa@cientifica.edu.pe

Cita recomendada:

Alcántara Francia, O.A., Huarag Guerrero, E.M. y Carranza Álvarez, C.A. (2026). La naturaleza jurídica de la propiedad virtual. ¿Derecho real o derecho personal en el Metaverso? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 111-143.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10376>

Recibido / received: 07/03/2025
Aceptado / accepted: 11/11/2025

Resumen

La investigación analiza si la propiedad virtual constituye una categoría del derecho real de propiedad y construye su concepto jurídico. A través del análisis doctrinal y estudios de casos (Decentraland y Sandbox), demuestra que la propiedad virtual carece de atributos esenciales de los derechos reales como el carácter absoluto, la persecución, la inviolabilidad y la perpetuidad. Aunque la tokenización mediante NFTs otorga ciertas características como exclusividad y oponibilidad, no logra conferir todos los atributos de la propiedad real. El estudio concluye que la propiedad virtual no es una categoría del derecho real, sino un derecho personal derivado de contratos de uso o licencia entre el adquirente y el propietario de la plataforma. Creemos que debe privilegiarse la autonomía de la voluntad expresada en los



contratos entre los propietarios de las plataformas y los adquirentes, pero sometidos a un conjunto de regulaciones que garanticen un cierto equilibrio negocial entre las partes.

Palabras clave

Metaverso, mundos virtuales, propiedad virtual, derechos de propiedad, activo digital, licencia

Abstract

This research examines whether virtual property constitutes a category of real property rights and develops its legal concept. Through doctrinal analysis and case studies (Decentraland and Sandbox), it demonstrates that virtual property lacks essential attributes of real rights such as absolute character, pursuit, inviolability, and perpetuity. Although tokenization through NFTs grants certain characteristics like exclusivity and enforceability, it fails to confer all attributes of real property. The study concludes that virtual property is not a category of real rights, but rather a personal right derived from usage or license contracts between the acquirer and the platform owner. We believe that contractual autonomy between platform owners and acquirers should be prioritized, while being subject to regulations that ensure a balanced negotiating position between the parties.

Keywords

Metaverse, virtual worlds, virtual property, property rights, digital asset, license.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Marco conceptual del Metaverso y propiedad virtual. 2.1. Evolución de concepto de Metaverso. 2.2. Desarrollo doctrinal de la propiedad virtual. 3. Atributos del derecho real de propiedad sobre bienes tangibles. 4. Análisis comparativo propiedad real vs. virtual: ¿es el derecho de propiedad aplicable en los entornos virtuales? 5. El agotamiento del derecho de distribución en el ámbito digital y su relevancia para la propiedad virtual. 6. Conclusiones.

1. Introducción

El Metaverso representa una evolución significativa en la intersección entre tecnología y derecho. Desde la acuñación del término en la novela *Snow Crash* (1992) hasta su popularización por Meta (anteriormente Facebook) en 2021, este concepto ha evolucionado desde una idea de ciencia ficción hasta una realidad tecnológica emergente. Los mundos virtuales, precursores del Metaverso actual, comenzaron con juegos como *Dungeons & Dragons* (1974) y evolucionaron hacia plataformas más sofisticadas como World of Warcraft y Fortnite.

En la actualidad, el Metaverso se define como la convergencia de realidades físicas aumentadas (AR) y virtuales (VR) en un espacio compartido en línea. Esta evolución tecnológica plantea nuevos retos jurídicos, particularmente en relación con la propiedad de activos digitales. Las interacciones en estos entornos propician intercambios onerosos, estos «activos intercambiables virtuales o digitales» pueden ser considerados «propiedad».

El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de la propiedad virtual, específicamente si constituye una categoría del derecho real de propiedad. La metodología se basa en el análisis documental y bibliográfico de investigaciones recientes, complementado con el estudio de casos de plataformas representativas (Decentraland y The Sandbox). Nuestras hipótesis sostienen que la propiedad virtual no reúne los atributos esenciales del derecho real de propiedad, constituyendo en su lugar un derecho personal derivado de relaciones contractuales.

El marco legal del análisis se fundamenta en las disposiciones del Código Civil español que regulan el derecho de propiedad, particularmente los artículos 348 (definición de propiedad como derecho de gozar y disponer), 349 (garantía contra la privación arbitraria), 609 (modos de adquirir la propiedad) y 610 (principio de perpetuidad), que establecen los atributos esenciales del derecho real de propiedad que servirán como parámetro comparativo. Desde la perspectiva de la doctrina española, el estudio se nutre de las aportaciones de Argelich Comelles (2022b) sobre la transmisión de propiedad mediante *blockchain*, Guilabert Vidal (2022) sobre la problemática de las fincas virtuales, y López-Tarruella Martínez (2023) sobre la conceptualización del Metaverso. Asimismo, resulta fundamental el análisis de la jurisprudencia europea sobre el agotamiento del derecho de distribución en el ámbito digital, particularmente las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los casos Oracle International Corp. v. UsedSoft GmbH (C-128/11, 2012), que estableció la aplicabilidad del agotamiento a copias de *software* descargadas, y *Nintendo v. PC Box* (C-355/12, 2014), que limitó significativamente dicha doctrina. A nivel nacional, se examinan las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid en el caso sobre reventa del *software* NUY y GAU-YOH KAVINET (SAP, Madrid, Sección 28ª, 498/2017, de 20 de julio), de la Sala Civil del Tribunal Supremo en *Computer Associates* (STS 361/2016, de 1 de Junio), y del caso resuelto ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *Time Software Incubator* (STJUE C-410/19, 2019), que establecen criterios restrictivos sobre cuándo opera el agotamiento en transacciones digitales. Finalmente, el estudio incorpora los principios del European Law Institute sobre uso de activos digitales como garantía (ELI Principles, 2022) y sobre ejecución contra activos digitales (ELI Principles, 2025), así como los principios UNIDROIT sobre activos digitales y derecho privado (2023), que proporcionan un marco conceptual contemporáneo para el análisis de la naturaleza jurídica de estos activos.

La relevancia de esta investigación radica en la necesidad de clarificar el marco jurídico aplicable a los activos digitales en el Metaverso, considerando el creciente valor económico y social de estas plataformas. Los resultados permitirán orientar el desarrollo de regulaciones específicas que protejan adecuadamente los derechos de usuarios y propietarios de plataformas.

Recientemente, López Rodríguez (2024) ha destacado la creciente importancia económica de los inmuebles virtuales en el Metaverso, señalando que las inversiones en estas plataformas han alcanzado aproximadamente 2 mil millones de dólares. La autora identifica una competencia creciente entre particulares y empresas por establecer presencia en plataformas como Decentraland, The Sandbox, The Otherside, Axie Infinity y Voxels, donde el concepto de propiedad virtual refleja dinámicas similares a los mercados inmobiliarios tradicionales. Esta relevancia económica plantea interrogantes jurídicos fundamentales sobre la naturaleza de estos derechos, particularmente cuando, como advierte la autora, los conflictos del mundo real tienden a replicarse en el Metaverso, incluyendo disputas sobre propiedad, derechos reales sobre inmuebles virtuales y controversias derivadas de contratos de compraventa.

En la doctrina española, se han analizado las implicancias jurídicas de la propiedad virtual en el Metaverso. Argelich Comelles (2022b), por medio de un análisis que vincula el derecho civil con aquél, analiza la transmisión de la propiedad mediante la tecnología *blockchain* en plataformas virtuales. Tal sostiene que la relación entre dicha tecnología y el derecho de propiedad enfrenta problemas diversos para el área civil, de manera particular en lo referido a la adquisición de la propiedad inteligente (*smart property*) de activos digitales. Por su parte Guilabert Vidal (2022) examina la adquisición de fincas virtuales –siempre en el Metaverso– desde la

perspectiva del derecho inmobiliario español; frente a lo cual admite que estos activos presentan caracteres singulares que impiden su equiparación con la propiedad inmueble clásica. Por último, López-Tarruella Martínez (2023) enriquece el contenido conceptual del Metaverso al establecer sus elementos y caracteres distintivos, aspecto que deviene fundamental para la delimitación del ámbito de aplicación de la normativa en el entorno virtual, de modo que pueda comprenderse la naturaleza de los activos que circulan en él.

2. Marco conceptual del Metaverso y propiedad virtual

2.1. Evolución del concepto de Metaverso

El término Metaverso se usó por primera vez, en la novela *Snow Crash* de 1992 del autor estadounidense de ciencia ficción Neal Stephenson (Garón, 2022). Sin embargo, la idea moderna del Metaverso fue popularizada por *The Matrix*, la película de 1999 que convirtió a Keanu Reeves en una superestrella por su interpretación de un hombre mantenido en una realidad virtual por máquinas maliciosas que se alimentan de energía humana. el Metaverso ya existe, aunque no necesariamente en forma de ciencia ficción. Por ejemplo, desde su primera publicación en 1974, el juego de mesa *Dungeons & Dragons*, se presentaba como un precursor del Metaverso pues permitía a los jugadores asumir roles distintos de su verdadera personalidad e interactuar en diferentes espacios. Los juegos de roles dieron origen al Metaverso tal como se concibe y existe hoy. Los videojuegos fueron los primeros en desarrollar e ir perfeccionando las tecnologías aplicables al Metaverso, basta ver como los juegos Massively Multiplayer Online (MMO) se están fortaleciendo, dominados por World Of Warcraft y Fortnite. Second Life, lanzado en 2003 se presentó como un mundo virtual, con la idea de permitir que las personas vivieran toda una vida simulada completamente en línea (Woon, 2022, p. 3).

Pero ¿qué es el Metaverso? De acuerdo con la visión originaria de Stephenson, plantea el Metaverso es una realidad virtual muy parecida a los juegos de rol multijugador masivos en línea (MMORPG), aunque de existencia permanente, y dependiente de la realidad virtual. No obstante, este concepto ha ido evolucionando. Podemos definirlo como un nuevo tipo de aplicación de Internet y forma social que integra una variedad de nuevas tecnologías. Según Huansheing y otros (2021) el Metaverso utiliza realidad aumentada para ofrecer experiencias inmersivas, usando gemelos digitales y *blockchain* (Garón, 2022) para una economía funcional. Tiene aplicaciones en videojuegos, arte y negocios, y su desarrollo está influenciado por políticas nacionales e internacionales. En China, las empresas se centran en videojuegos, arte y negocios; en Japón, en animación y videojuegos; y en Europa, en productos virtuales de lujo. La Realidad Extendida (RX) en el Metaverso tiene efectos positivos en medicina (Westman, 2021), ciencia (Clavin, 2019) y educación (Hussein, 2015, pp. 45-50) y es usada creativamente por artistas para nuevas formas de expresión en mundos virtuales. Las protestas y los movimientos sociales también han utilizado estas tecnologías para concienciar sobre problemas colectivos, o para hacer oír su voz cuando ello resulta físicamente imposible (Skwarek, 2011) o peligroso.

Un concepto sencillo del Metaverso, formulado con ánimo divulgativo, es el que plantea Davis (2021). Para este autor, el Metaverso es la convergencia de las realidades físicas aumentadas (AR) y virtuales (VR) en un espacio compartido en línea. En este espacio de realidad virtual, los usuarios pueden interactuar con un entorno generado por computadora con otros usuarios. Es un lugar persistente, independientemente de si el usuario se conecta, sale o regresa. Además, es accesible a través de todas las plataformas informáticas, dispositivos móviles y consolas de juegos. Su ecosistema considera elementos centrados en el usuario, que incluyen un

avatar, creación de contenido, economía virtual, aceptabilidad social, seguridad y privacidad, confianza y responsabilidad. En el Metaverso, las personas de todo el mundo pueden conectarse a través de una red, coexistir, socializar e intercambiar valor. A diferencia de una experiencia multijugador tradicional, los usuarios pueden crear y compartir contenido para dar forma al mundo que los rodea en entornos más o menos persistentes. Así, el autor considera que *World of Warcraft* ha funcionado con Metaverso virtual y digital en una economía digital y virtual durante décadas.

En estos últimos años, después de la pandemia, el término Metaverso ha cobrado nuevamente vigor a raíz del anuncio que hizo Mark Zuckerberg, el CEO de Facebook, en 2021, donde se indicaba el cambio de nombre corporativo a Meta, con la clara intención de ampliar su alcance más allá de las redes sociales hacia áreas como la realidad virtual. La idea era construir, con el apoyo de otras empresas tecnológicas (Bobrowsky, 2021), «el Metaverso» que permitiera a todas las personas sumergirse en una realidad virtual, vivir e interactuar en ella. Lo cierto es que esta idea, con el paso del tiempo ha ido perdiendo interés y fuerza, pues aún no se han desarrollado las tecnologías que hagan realidad ese concepto. Sin embargo, cabe precisar que no se trata de una revolución tecnológica más, sino de una consecuencia del proceso iniciado con la creación de Internet (Pałosz, 2022). Empero, carecemos de dispositivos de realidad virtual que realmente nos hagan movernos como si estuviéramos dentro de ese universo de forma realista. En otros términos, falta toda la infraestructura en términos de diseño (Fernández, 2021). Sin embargo, eso no significa que no merezca una reflexión más profunda.

La experiencia más cercana al Metaverso se produjo con los MOO o entornos en línea destinados a juegos multijugador que surgieron en los años noventa (Zuckerman, 2021, pp. 15-20). Estos videojuegos, que combinaban tecnologías de la época, como el uso de lenguajes HTML o la construcción de avatares tridimensionales, se enfocaban en la creación de mundos virtuales. Estos mundos virtuales se hicieron conocidos con la denominación MMOPRG, que significa «juegos de rol multijugador en línea» y se suelen dividir en función de su comunidad de jugadores y su estructura en mundos de «juego», por un lado, y mundos «sociales» por el otro. En los mundos virtuales de «juego», los usuarios asumen un rol específico y compiten para lograr objetivos predefinidos, y, en los mundos «sociales», el énfasis recae en la interacción entre usuarios y con su entorno. No son estrictamente juegos, sino más bien, plataformas de socialización.

En opinión de Bartle (2004), se trataba de «entornos persistentes moderados por computadora» a partir de *softwares* desarrollados por expertos, que permiten la interacción de múltiples individuos de forma simultánea. En la actualidad, los multiversos son entornos más complejos en los que se pueden crear economías funcionales, que permitan a los individuos y empresas crear, poseer, vender y ser recompensados por un rango increíblemente amplio de «trabajo» que produce «valor» (Ball, 2021, pp. 28-32). De hecho, una de las primeras investigaciones sobre mundos virtuales, fue la de Castronova (2001), quien estudió el funcionamiento de Norrath creado en 1999 y su auge económico generado a partir de las subastas de avatares y otros artículos, en páginas web del mundo real.

Es imperioso distinguir las dos acepciones del Metaverso: la amplia y la restringida. Esto es necesario por las implicancias jurídicas para la naturaleza y protección de los activos digitales que circulan en la virtualidad. Un concepto amplio de Metaverso (Ball, 2021) abarca cualquier entorno virtual inmersivo y persistente donde los usuarios pueden interactuar mediante avatares, independientemente de la tecnología subyacente utilizada. Esta definición incluiría plataformas como Second Life, Fortnite o Roblox.

Así, para la acepción amplia, el Metaverso se caracteriza por tres elementos: (i) la persistencia del mundo virtual (cuya existencia se mantiene independientemente que los usuarios específicos se encuentren conectados), (ii) la inmersión y presencia virtual (por medio de avatares representativos de los usuarios), y (iii) la interacción social y económica entre los participantes. Todo ello logra abarcar la diversidad de mundos virtuales existentes; no obstante, podría no distinguir entre plataformas con estructuras tecnológicas diferentes.

Por el contrario, un concepto restringido o estricto exigiría características técnicas específicas como la utilización de tecnología blockchain, NFTs para la representación de activos digitales, interoperabilidad entre plataformas, y descentralización en la gobernanza. Esta acepción, auspiciada por quienes entienden que la descentralización es ínsita al Metaverso, exigiría lo siguiente: (i) que la propiedad de activos digitales se verifique mediante criptografía; (ii) economía sustentada criptomonedas o tokens; (iii) gobernanza descentralizada o compartida (de manera ideal por medio de DAOS –Organizaciones Autónomas Descentralizadas); (iv) interoperabilidad técnica que posibilite la transferencia de activos entre plataformas diferentes, y (v) código abierto o, cuando menos, auditable. En línea con esta visión, plataformas como Decentraland, The Sandbox o similares calificarían como multiversos verdaderos; en tanto que Fortnite o Roblox no serían más que «mundos virtuales centralizados».

Actualmente, incluso los multiversos más avanzados presentan carencias importantes que reducen su funcionamiento planteando problemas jurídicos importantes. Entre estos, la interoperabilidad constituye uno de los principales del Metaverso actual (Dionisio y otros, 2013; Palosz, 2022). Tal se manifiesta en cuatro dimensiones: (i) interoperabilidad de activos digitales (los NFTs y otros adquiridos en una plataforma por lo general no se transfieren ni se utilizan en otra, por lo cual quedan depositados en el ecosistema donde se crearon); (ii) interoperabilidad de identidad digital (los avatares y perfiles de usuario tienden a no transferirse entre plataformas, lo cual fuerza al usuario a la creación de una identidad múltiple como fragmentada); (iii) interoperabilidad económica (las criptomonedas y sistemas de pago no son iguales entre plataformas, lo que dificulta la fluidez de las transacciones económicas), y (iv) la interoperabilidad técnica (la ausencia de estándares comunes impide que mundos virtuales diferentes se comuniquen entre sí).

Esta limitación fragmenta la experiencia del usuario y restringe el valor y utilidad de los activos virtuales. La ausencia de interoperabilidad genera consecuencias jurídicas diversas: refuerza el poder de mercado de plataformas propietarias; genera *lock-in* de usuarios que invirtieron en activos puntuales de una plataforma; dificulta la portabilidad de datos personales y activos digitales, lo que a su vez imposibilita la existencia de un «mercado secundario» de activos virtuales que vayan más allá de las plataformas individuales. Asimismo, persisten problemas relacionados con la escalabilidad tecnológica, la experiencia de usuario (que requiere equipamiento sofisticado), la sostenibilidad energética de las redes *blockchain*, y la ausencia de estándares técnicos comunes entre plataformas.

Adoptar una u otra acepción del Metaverso, por tanto, tiene implicaciones relevantes desde el lado del derecho, para la naturaleza de los activos digitales, lo cual fuerza a analizar las ventajas como desventajas de cada enfoque. Si se adopta un concepto estricto que exija *blockchain* y NFTs, las ventajas serían: (i) seguridad jurídica derivada de la inmutabilidad del registro *blockchain*; (ii) trazabilidad completa de la cadena de titularidad, lo que podría reducir conflictos sobre la propiedad; (iii) exclusividad técnica verificable que impedirá que se dupliquen, sin autorización, los activos; (iv) oponibilidad ante terceros a partir de un registro público descentralizado,

y (v) se facilita la transferencia transfronteriza de activos sin la existencia de intermediarios. No obstante, las desventajas no son ajenas a esta acepción: (i) el análisis se limita a un número reducido de plataformas, lo cual supone que se excluyan mundos virtuales ya consolidados en los usuarios; (ii) se perpetúa la fragmentación del Metaverso, al alejar a las plataformas no basadas en el *blockchain*; (iii) puede ser prematura si la tecnología *blockchain* no logra escalar o se la reemplaza por otras, y (iv) se sobrestima la capacidad actual del *blockchain*, cuya capacidad de escalamiento no es completa aún, a lo cual se agregan los costos energéticos y la experiencia del usuario. Los activos digitales tendrían características como exclusividad, trazabilidad y cierta oponibilidad técnica que los acercarán –aunque no completamente– a las propiedades de los derechos reales. La tokenización mediante NFTs permite identificar inequívocamente al titular y limitar la reproducción, otorgando mayor seguridad jurídica.

Por el contrario, desde el lado amplio del Metaverso algunas ventajas complementarias son las siguientes: (i) análisis integral que abarca diversas modalidades de mundos virtuales con sus correspondientes regímenes jurídicos; (ii) reconocimiento del mercado actual, en el cual los usuarios suelen navegar en plataformas que no recurren al *blockchain*; (iii) flexibilidad en la incorporación de innovaciones tecnológicas sin necesidad de estar sometidos al *blockchain*, y (iv) permitir que se identifiquen problemas jurídicos comunes a todos los mundos virtuales, a pesar su diferente configuración técnica. A su vez, sus desventajas podrían ser: (i) su reducida precisión en el análisis jurídico por considerar fenómenos que, desde el lado de la tecnología, son diferentes; (ii) dificultad para que se propongan soluciones regulaciones particulares que resulten aplicables a una diversidad de plataformas; (iii) muestra con claridad las limitaciones de los activos digitales respecto a los atributos esenciales de la propiedad real, en lo particular, en lo que referente a la falta de persecución real efectiva, sometimiento a reglas contractuales provenientes de la voluntad unilateral, así como la ausencia de inviolabilidad y perpetuidad, y (iv) no proporciona, con claridad, una pauta para determinar cuándo un mundo virtual puede, o no, merecer tutela jurídica. Sin embargo, esta acepción restringida limita el análisis a un número reducido de plataformas y excluye mundos virtuales consolidados.

Entre una y otra posibilidad, adoptamos la perspectiva amplia del Metaverso que permita analizar las cuestiones jurídicas de la propiedad virtual en una diversidad de plataformas, pero cuidando de realizar las distinciones que sean necesarias cuando las diferencias tecnológicas (en orden a la ausencia o no del *blockchain*) sean, en lo jurídico, importantes. Esa aproximación puede permitir conclusiones válidas sobre la naturaleza jurídica de los activos virtuales aplicables a una diversidad de escenarios, se trate de actuales o por venir.

Un concepto amplio de Metaverso permite un análisis más comprehensivo que abarca diversas modalidades de mundos virtuales, pero evidencia con mayor claridad las limitaciones de los activos digitales respecto a los atributos esenciales de la propiedad real, particularmente la falta de persecución real efectiva, la sujeción a términos contractuales unilaterales, y la ausencia de inviolabilidad y perpetuidad. Las interacciones en estos entornos propician intercambios onerosos, surgiendo el cuestionamiento sobre si estos «bienes intercambiables virtuales o digitales» pueden ser considerados «propiedad» bajo los términos y alcances de las normas civiles.

El presente trabajo analiza la naturaleza jurídica de la propiedad virtual, específicamente si constituye una categoría del derecho real de propiedad. La metodología se basa en el análisis documental y bibliográfico de investigaciones recientes, complementado con el estudio de casos de plataformas representativas

(Decentraland y The Sandbox). Nuestras hipótesis sostienen que la propiedad virtual no reúne los atributos esenciales del derecho real de propiedad, constituyendo en su lugar un derecho personal derivado de relaciones contractuales.

2.2. Desarrollo doctrinal de la propiedad virtual

El primer análisis sistemático de Lastowka y Hunter (2004) exploró la aplicación del derecho de propiedad real a mundos virtuales como Blazing Falls y Norrath. Los autores analizaron la relación entre propiedad virtual y real mediante tres teorías: utilitarismo de Bentham, propiedad de Locke y personalidad de Hegel. Concluyen que existe una base sólida para considerar que los activos virtuales, ya sean bienes muebles, inmuebles o avatares, deben tener derechos de propiedad. No ven una desconexión entre los sistemas de propiedad del mundo real y los activos virtuales, ya que estos últimos son esencialmente datos en servidores que se muestran en la pantalla de un participante. Sin embargo, la cuestión central es quién posee estos derechos de propiedad sobre los activos virtuales. La respuesta, según los autores, depende de los acuerdos de licencia y los términos y condiciones establecidos por los dueños o desarrolladores de los mundos virtuales. Estos contratos otorgan la mayoría de los derechos al propietario del mundo virtual, lo que significa que son ellos quienes determinan la existencia y las condiciones de la propiedad virtual, así como los derechos de sus titulares. En caso de disputas, los dueños de los mundos virtuales, a veces llamados «empresas-dios», pueden excluir a los jugadores de la propiedad virtual. Esto plantea diferencias significativas con el derecho real de propiedad, ya que este último no caduca ni se extingue por disputas ni es objeto de apropiación por terceros, a diferencia de lo que ocurre en los mundos virtuales. Aunque concluyeron que existía base para derechos de propiedad sobre activos virtuales, reconocieron que su alcance dependía de acuerdos de licencia con los desarrolladores.

Si bien Lastowka y Hunter realizan un análisis pionero que establece las bases para considerar derechos de propiedad sobre activos virtuales, consideramos que su aproximación presenta ciertas limitaciones. A nuestro juicio, los activos digitales no poseen todos los atributos esenciales de la propiedad real, aproximándose más bien a los derechos personales. Su estudio, aunque obsoleto por confundir los activos digitales con sus registros y preceder a tecnologías como *blockchain*, aporta observaciones valiosas: los contratos de licencia otorgan el control de estos activos al propietario de la plataforma («empresa-dios»), quien puede excluir a usuarios del acceso. Además, a diferencia de la propiedad real, los derechos sobre activos digitales pueden caducar, extinguirse o ser apropiados por terceros.

Fairfield (2005) propone una teoría de la propiedad virtual basada en tres requisitos: rivalidad, persistencia e interconectividad. Aunque estos requisitos se cumplen, la propiedad virtual no está reconocida legalmente. El autor destaca la importancia de distinguir entre el código del mundo virtual y el de los objetos virtuales para determinar los derechos sobre la propiedad virtual. Fairfield aboga por el reconocimiento legal de la propiedad virtual, ya que esto facilitaría la transformación de Internet en un entorno tridimensional global y estimularía el crecimiento de los recursos en línea. Además, aborda críticas comunes a su teoría desde perspectivas económicas, legales y tecnológicas. El autor destaca la necesidad de proteger los elementos fundamentales de los mundos virtuales, especialmente la propiedad virtual, y advierte que depender únicamente de contratos limitaría la capacidad de los usuarios para proteger sus propiedades virtuales en estos entornos.

Estamos en desacuerdo con este autor, pues consideramos que los tres requisitos propuestos (rivalidad, persistencia e interconectividad) son insuficientes para definir la propiedad virtual. La rivalidad no es natural en los activos digitales, que

son replicables salvo mediante tokenización; la persistencia digital difiere de la perpetuidad de la propiedad real por su duración limitada; y la interconectividad no es exclusiva de la propiedad. Además, la teoría omite atributos fundamentales de la propiedad como su carácter absoluto, oponibilidad erga omnes y perseguibilidad.

Otros autores más recientes, siguiendo esta línea, argumentan a favor de reconocer derechos de propiedad real sobre activos digitales (Michels y Millard, 2022), especialmente aquellos tokenizados mediante NFTs en plataformas *blockchain*. Estos argumentos se fundamentan en: (i) la exclusividad técnica que proporciona la tecnología *blockchain*, impidiendo la duplicación y permitiendo identificar inequívocamente al titular; (ii) la oponibilidad frente a terceros derivada de registros públicos inmutables en la *blockchain*; (iii) la transferibilidad de los tokens sin necesidad de intermediarios, y (iv) el valor económico real que estos activos han demostrado en el mercado. Bajo esta perspectiva, los NFTs representarían una evolución del concepto de propiedad adaptada al entorno digital, donde la posesión física se sustituye por el control criptográfico de claves privadas. Sin embargo, estos argumentos enfrentan objeciones sustanciales relacionadas con la falta de persecución real efectiva (el activo puede ser eliminado por el administrador de la plataforma), la ausencia de inviolabilidad constitucional, y la sujeción a términos contractuales que pueden modificar unilateralmente los derechos del adquirente.

Dentro de esta corriente que favorece el reconocimiento de derechos reales respecto a los activos digitales, se destacan posturas relevantes. El Tribunal Superior de Singapur dictó un precedente en 2023 donde reconoce los NFTs como activos con derecho de propiedad, con lo cual refuerza la tutela de la propiedad intelectual como la claridad en las transacciones digitales; lo cual sugiere que los activos digitales pueden ser abordados jurídicamente como si se tratara de bienes tangibles. Desde el lado de la academia española, los autores han explorado la posibilidad de aplicar los conceptos de propiedad tradicional a los activos virtuales, en el entendido que mediante la tecnología *blockchain*, los activos digitales pueden satisfacer la regla de la especificidad al permitir que se identifiquen los datos o activos sobre los cuales se debe ejercer control.

Del mismo modo, la referencia al *blockchain* para la asignación de activos digitales se encontraría conforme al principio de publicidad, al permitir que las cadenas de bloques permitan la verificación del derecho genuino de una persona a paquetes específicos de datos digitales, así como servir como una especie de registro público, al hacer que las transferencias posteriores de la propiedad de datos sean reconocidas por terceros. Estos argumentos proponen que el sistema jurídico pueda evolucionar hacia la creación de nuevos derechos a lo que cabría denominar «derechos de propiedad virtual» o *res digitalis*, que cumplirían los requisitos de controlabilidad y corporeidad impuestos por la propiedad.

Sin embargo, estas posturas pueden ser cuestionadas. A pesar de que el *blockchain* proporciona trazabilidad y un registro público descentralizado, esto no lleva necesariamente a conferir derechos reales de propiedad en sentido estricto. El *ledger* de *blockchain* opera como un registro privado, no como uno oficial con efectos erga omnes garantizados por el Estado. Es más, el reconocimiento judicial en Singapur (que se citó) debe ser contextualizado: el Tribunal determinó que los NFTs son «activos valiosos» susceptibles de ser utilizados como garantías, lo que no implica obviamente que constituyan propiedad real con todos los atributos esenciales que de ella son reclamables. La posibilidad de utilizar *blockchain* como registro no resuelve el problema central: los activos digitales siguen adoleciendo del carácter absoluto, la perpetuidad y la inviolabilidad que son propios de la propiedad real, lo

cual conlleva a su permanente control unilateral del propietario de la plataforma que los contiene.

Así, continuando con la línea de tiempo, los autores Brown y Raysman (2006) señalaron que la propiedad virtual en los MMORPG incluye activos como dinero, armas, ropa y tierras con valor en el mundo virtual. Estos activos están compuestos por códigos informáticos que permiten su visualización y son controlados por los desarrolladores mediante contratos y reglas. Los autores sugieren que los usuarios podrían considerarse «propietarios» si se les proporciona el código fuente a través de un contrato de licencia pública, lo que les permitiría diseñar y crear objetos virtuales.

En nuestra opinión, estos autores limitan erróneamente la propiedad virtual a activos dentro de un mundo virtual específico, ignorando que estos pueden tener valor fuera de él, especialmente cuando están tokenizados. Además, cometen el error de definir la propiedad virtual como códigos informáticos que permiten visualizar objetos virtuales, cuando debe diferenciarse entre el código de la plataforma y su funcionalidad.

En ese mismo año, el autor, Meehan (2006) definió de manera simple la propiedad virtual como cualquier cosa que sea «propiedad» en un juego en línea, incluyendo cuentas de personajes, moneda virtual y bienes raíces virtuales. Esta definición es imprecisa y demasiado amplia de la propiedad virtual, incluyendo cualquier «propiedad» en plataformas multiusuario. Aunque los objetos virtuales tienen reglas específicas establecidas por el código de la plataforma, estas no constituyen propiedad real. Si bien existen similitudes con la propiedad intelectual, sus normas no son directamente aplicables a los activos digitales, siendo importante distinguir que mientras la propiedad intelectual permanece con el propietario de la plataforma, los derechos sobre los activos virtuales se transfieren al adquirente.

Años después, Abramovitch y Cummings (2009) se adhieren a las ideas de Fairfield y definen la propiedad virtual como código de computadora que imita propiedades del mundo real, permite la exclusión de terceros y es persistente. Proponen una teoría de tres niveles de propiedades virtuales: i) el código del desarrollador, protegido por derechos de propiedad intelectual como *software*; ii) los objetos dentro del mundo virtual, que se asemejan a objetos del mundo real, y iii) los activos virtuales potencialmente protegidos por propiedad intelectual, como un libro virtual dentro del juego. Este enfoque por niveles evita la dicotomía entre la propiedad de los usuarios y la propiedad del desarrollador, y sugiere que la protección puede proporcionarse mediante propiedad intelectual o derecho de propiedad, dependiendo de las características de cada nivel.

Aunque el modelo de tres niveles propuesto por Abramovitch aporta claridad conceptual, que describe la «propiedad virtual» como código que imita propiedades reales, consideramos que al adquirir un bien virtual se compra una funcionalidad específica (*skin*, avatar, etc.) pero no, el código mismo. La división en tres niveles propuesta por el autor, realmente describe elementos protegibles de la plataforma. El *software* pertenece al propietario y está protegido por propiedad intelectual, mientras que los activos digitales son funcionalidades que simulan bienes reales, cuyo alcance está determinado por términos contractuales, haciendo innecesaria la creación de un nuevo derecho de propiedad.

Más adelante, Moringiello (2010) define la propiedad virtual como un conjunto de activos intangibles que deberían incluir los mismos derechos que los activos tangibles. Argumenta que la ley no debería permitir la personalización ilimitada de estos derechos a través de contratos estandarizados y propone aplicar el principio del

numerus clausus, propio de los derechos reales y del derecho continental, a los activos intangibles. Esto ayudaría a interpretar mejor los acuerdos entre operadores y participantes del mundo virtual, clarificando los derechos de propiedad otorgados y evitando la creación de derechos confusos mediante contratos.

Dentro de estos acuerdos, se encuentran los denominados EULA (acuerdos de licencia de usuario final) establecen los derechos y obligaciones de los usuarios y desarrolladores de videojuegos, y los TOS (términos y condiciones) incluyen disposiciones sobre las interacciones entre usuarios, además de obligaciones, derechos y cláusulas de jurisdicción. Conforme a Moringiello (2010), en estos contratos estandarizados, los desarrolladores crean activos intangibles y establecen reglas para disponer de la propiedad virtual, pero siempre dentro de los límites del contrato privado, sin otorgar derechos de propiedad reales al usuario. A pesar de las limitaciones para los usuarios, esta regulación contractual demuestra que los desarrolladores reconocen implícitamente la existencia de la propiedad virtual, aunque su naturaleza la hace difícil de equiparar con la propiedad real.

Discrepamos también con la autora, pues a nuestro juicio, los activos intangibles o «propiedad virtual» no equivalen a los tangibles al carecer del carácter absoluto de la propiedad real y estar sujetos a contratos estandarizados que favorecen el control del propietario de la plataforma. En este sentido, rechazamos la aplicación del principio de *numerus clausus* a estos derechos personales.

Erlank, en un trabajo presentado en la International Property Law Conference de 2010, explicó que la propiedad virtual se crea a partir de un código de computadora y abarca todos los objetos dentro de un mundo virtual, incluyendo bienes muebles e inmuebles virtuales, esclavos virtuales e incluso el avatar del usuario. El autor sostuvo que el concepto de «propiedad» en el mundo real difiere del concepto en el mundo virtual, donde los derechos de los jugadores se asemejan más a un derecho de «posesión» sobre los objetos que poseen virtualmente. En el mundo real, la propiedad incluye el derecho a poseer un bien, pero la posesión puede existir sin ser propietario, mediante contratos como el arrendamiento o la licencia. Es en este sentido que se entiende la 'propiedad' en los entornos virtuales.

En los mundos virtuales, los derechos de propiedad son establecidos y regulados por el código de *software*. En juegos básicos, la posesión determina la propiedad: quien tiene un objeto es su dueño hasta que lo suelte, momento en que cualquier otro jugador puede tomarlo. Los mundos virtuales más avanzados, especialmente los sociales, tienen sistemas más elaborados –por ejemplo, permitiendo que los propietarios de casas virtuales controlen el acceso a estas mediante derechos de visita. Estas reglas de propiedad virtual son definidas por los desarrolladores e incorporadas en los contratos de usuario.

Este argumento del autor Erlank (2010) que equipara la propiedad virtual con la posesión, argumentando que la titularidad en la plataforma virtual se determina por la posesión del bien, es particularmente, problemática porque el bien carece de los atributos esenciales de los derechos reales y del carácter absoluto de la propiedad. No obstante, el autor enfatiza la importancia de los contratos de usuario como base para la creación y adquisición de activos digitales mediante códigos.

En ese mismo año, en un trabajo publicado por Nelson (2010) se puede concluir que es difícil establecer una analogía entre el derecho de propiedad tradicional y los derechos sobre objetos virtuales (mejor denominados activos o recursos digitales). El autor critica los intentos previos de justificar la propiedad virtual basados en la teoría de Locke, la disuasión del robo y la eficiencia del mercado,

argumentando que asignar derechos de propiedad sobre recursos digitales no mejoraría la eficiencia del mercado y podría perjudicar los derechos de propiedad intelectual de los desarrolladores, siendo necesarias restricciones legales en el diseño y transferencia de estos activos. Coincidimos con este autor, cuando sostiene que asignar derechos de propiedad limitaría el desarrollo de activos digitales, siendo preferible un enfoque contractual flexible que permita mayor innovación en el ámbito virtual.

Más adelante, la autora Harbinja (2014) introduce el concepto de posesión de activos digitales. El término «activos virtuales» nos parece más idóneo para evitar cualquier connotación sobre su naturaleza jurídica; al mismo tiempo, reconocemos que equiparar la propiedad virtual con la propiedad real es inadecuado, ya que no resuelve los conflictos entre el propietario de la plataforma y los compradores de activos digitales.

Dado que en este trabajo se acoge la terminología de «activo digital», resulta necesaria una definición que incorpore la facultad de decisión y disposición (Avendaño y Avendaño, 2017) como elementos esenciales. Un activo digital en el Metaverso puede definirse como un bien inmaterial identificable electrónicamente, susceptible de valoración económica, respecto del cual su titular ostenta: (i) la facultad de decisión, entendida como la capacidad de determinar el uso, modificación o destrucción del activo dentro de los límites establecidos por la plataforma y el código subyacente, y (ii) la facultad de disposición, que implica la capacidad de transferir, enajenar o gravar el activo en favor de terceros, sujeto igualmente a las restricciones técnicas y contractuales de la plataforma. Estas facultades, si bien recuerdan los atributos tradicionales del dominio (*ius utendi, fruendi, abutendi*), difieren sustancialmente en su alcance y efectividad, toda vez que permanecen subordinadas a la arquitectura tecnológica de la plataforma y a los términos contractuales unilateralmente establecidos por su propietario. Esta subordinación constituye una limitación estructural que impide equiparar los activos digitales con los derechos reales de propiedad en sentido estricto.

Posteriormente, el autor citado Erlank (2015) comparó la propiedad virtual con la propiedad inmaterial, similar a la propiedad intelectual, pero a su vez, precisó que no se trata de un subconjunto de esta. Definió a la propiedad virtual como un conjunto de elementos específicos dentro de mundos virtuales (sitios web, correos electrónicos), y aunque sugirió que debería regularse como la propiedad real, reconoció que los acuerdos de licencia solo transfieren derechos de uso y posesión, no de propiedad según las leyes civiles tradicionales.

En este trabajo, el autor intenta equiparar la propiedad virtual con la propiedad intelectual, aunque no como una subcategoría de esta. Sin embargo, siguiendo su razonamiento, estos derechos perderían características como la perpetuidad, rivalidad y excluibilidad propias de la propiedad real. Varios autores argumentan que la propiedad intelectual no es una propiedad real (Bullard, 2004, pp. 120-135), sino un monopolio temporal a favor de su titular, aunque sin un poder de mercado significativo (Posner y Landes, 2003). La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual reconoce esta naturaleza de monopolio (Wipo, 2004, p. 32).

Los estudios sobre propiedad virtual, particularmente desde 2004 con el surgimiento de mundos virtuales como World of Warcraft y Second Life, muestran un esfuerzo por aplicar normas del mundo real al entorno digital. Sin embargo, como señaló Palosz (2022, pp. 1879-1880), se generaron confusiones al establecer analogías con derechos inmateriales. Pałka (2017) destaca que la variedad de términos utilizados «códigos» (Erlank, 2015), «activos con valor» (Brown y Raysman,

2006), «entradas en base de datos» (Lastowka y Hunter, 2004), «códigos de computadora» (Fairfield, 2005), «activos» (Meehan, 2006), «activos intangibles» (Moringiello, 2010, pp. 80-95) ha generado confusión conceptual. A pesar de esto, la doctrina mayoritaria, según Pałosz (2022, pp. 1879-1901), coincide en que los mundos virtuales son un tipo de *software* que, mediante comandos codificados, representa objetos virtuales y define las relaciones e interacciones posibles dentro de estos entornos.

Actualmente, la doctrina moderna establece que la teoría de la posesión tradicional no se aplica a los activos digitales por su naturaleza intangible y replicable. En su lugar, es más relevante la teoría del control efectivo, que se enfoca en la capacidad de controlar y transferir estos activos mediante claves privadas o transacciones en *blockchain*, especialmente en entornos digitales descentralizados donde los contratos inteligentes regulan automáticamente estas operaciones (Liu, 2022, p. 20). Según UNIDROIT (2023), la teoría del control sobre activos digitales equipara funcionalmente el control a la posesión de bienes muebles, pero sin el componente físico. El artículo 6 establece que el control otorga capacidad exclusiva para gestionar los beneficios del activo digital y transferirlos, incluyendo modificaciones o creación de nuevos activos derivados, aunque este control no necesita ser exclusivo, si el sistema lo limita o existe un acuerdo para compartirlo. (UNIDROIT, 2023, pp. 25-30).

Finalmente, resulta relevante considerar los principios del European Law Institute sobre el uso de activos digitales como garantía (ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security, 2022) y los principios sobre ejecución contra activos digitales (ELI Principles and Guidance for Enforcement Against Digital Assets, 2025). Los primeros establecen un marco conceptual para el uso de activos digitales como garantía en transacciones financieras. Definen a aquellos como registros electrónicos controlables que pueden tener valor patrimonial, distinguiéndose entre activos digitales que representan bienes físicos (tokenización de activos digitales) y los que constituyen nativos digitales originales. Adoptan, también, un concepto funcional de 'control' sobre activos digitales que se equipara al control de la posesión de muebles, no obstante, la ausencia del componente físico.

Este enfoque reconoce que el control concede capacidad exclusiva para gestionar los beneficios de los activos digitales y transferirlos, incluyendo modificaciones o creación de nuevos derivados. El European Law Institute se enfoca también en la definición de activo digital –desde el lado de su almacenamiento y gestión– al que entiende como un registro electrónico que (i) es capaz de ser sometido a control, es decir, la capacidad exclusiva o compartida de un sujeto para obtener los beneficios del registro electrónico e impedir que terceros los obtengan; (ii) puede ser transferido mediante la modificación del control sin el consentimiento del titular anterior, dependiendo de cómo se diseñe el sistema, y (iii) está almacenado en un medio electrónico capaz de ser recuperado, sea en sistemas distribuidos (*blockchain*) o centralizados. Dicha definición, a su vez, implica reforzar la noción de que los activos digitales, a pesar de su valía y control, no necesariamente suponen propiedad tradicional, sino derechos derivados del control técnico ejercido por medio de claves criptográficas y del reconocimiento contractual por parte de la plataforma.

El ELI ha abordado la necesidad de desarrollar marcos jurídicos específicos para activos que nacen y existen exclusivamente en formato digital. Estos principios permiten enmarcar el análisis de los activos digitales en el Metaverso dentro de las tendencias contemporáneas del derecho europeo, al proporcionar orientación sobre aspectos relacionados a (i) la naturaleza jurídica de los activos digitales y su calificación como objetos de derechos reales o personales; (ii) los requisitos para que

un activo digital pueda servir como garantía de obligaciones; (iii) las reglas jurídicas y jurisdicción aplicables en transacciones transfronterizas sobre activos digitales; (iv) mecanismos de ejecución forzosa contra activos digitales cuando el deudor incumpla sus obligaciones, y (v) las reglas sobre oponibilidad de derechos sobre activos digitales frente a terceros, particularmente en lo referente a la necesidad de distinguir entre activos digitales que representan bienes físicos (tokenización de activos tangibles) y aquellos que constituyen nativos digitales originales, es decir, bienes que no tienen correlato en el mundo físico y cuya existencia y valor son inherentemente digitales.

Los principios de UNIDROIT sobre activos digitales y derecho privado (UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law, 2023) complementan el marco propuesto por el ELI, al adoptar un concepto amplio de activo digital. El UNIDROIT define el activo digital como un «registro electrónico controlable», con dos características puntuales: (i) el control, entendido como la capacidad de un sujeto para ejercer poder sobre el activo de manera análoga a la posesión física de bienes tangibles, y (ii) la transferibilidad, que implica la posibilidad de transmitir ese control a otra persona. A diferencia de los principios ELI que requieren el valor patrimonial para calificarlo como activo digital, el UNIDROIT adopta una definición amplia que incluye registros electrónicos sin necesidad de valor económico. Esta aproximación permite que se abarque un espectro amplio de activos digitales, al incluir archivos alojados en plataformas centralizadas. El concepto de «control» que desarrolla UNIDROIT es relevante para el análisis de la propiedad virtual en el Metaverso. El control se define como la posibilidad de (i) obtener los beneficios sustanciales del activo digital, (ii) identificar a la persona que realiza el control, y (iii) impedir que otros obtengan los beneficios sustanciales y ejerzan control sobre el activo. UNIDROIT reconoce que el control no necesita ser exclusivo si el sistema así lo limita o existe un acuerdo para compartirlo. Esta flexibilidad conceptual resulta útil para analizar situaciones en las cuales el propietario de la plataforma y quien adquiere el activo virtual comparten ciertos aspectos del control.

3. Atributos del derecho real de propiedad sobre bienes tangibles

El marco legal del derecho de propiedad en el ordenamiento jurídico civil encuentra su fundamento normativo en disposiciones específicas del Código Civil. En el caso del Código Civil español, el artículo 348 establece que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes», definición que consagra el carácter amplio pero no absoluto del dominio. Este precepto se complementa con el artículo 349, que reconoce la función social de la propiedad al establecer que «nadie podrá ser privado de su propiedad sino por autoridad competente y por causa justificada de utilidad pública, previa siempre la correspondiente indemnización». El artículo 609 regula los modos de adquirir la propiedad, señalando que «la propiedad se adquiere por la ocupación, por la donación y sucesión testada o intestada, y por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición», estableciendo así los mecanismos tradicionales de transmisión del dominio. Asimismo, el artículo 610 consagra el principio de perpetuidad al afirmar que «se reputan bienes inmuebles [...] los derechos sobre bienes inmuebles», mientras que los artículos 464 y siguientes regulan la posesión como elemento fáctico complementario del derecho de propiedad. Esta estructura normativa del Código Civil español, que encuentra paralelos en los códigos civiles de tradición continental, establece los principios fundamentales que caracterizan el derecho real de propiedad y que servirán de parámetro comparativo para analizar si los activos digitales en el Metaverso pueden ser calificados como objeto de este derecho real.

La propiedad en el derecho civil se caracteriza por atributos específicos como exclusividad, carácter absoluto, oponibilidad, perseguibilidad, inviolabilidad, elasticidad y perpetuidad, cumpliendo una función social. La exclusividad opera en dos dimensiones: el ejercicio exclusivo del propietario y su facultad excluyente. El ejercicio exclusivo significa que solo el propietario ejerce dominio sobre el bien, manifestándose en tres derechos principales: el *ius utendi* (derecho de uso del bien dentro de límites legales, como habitar una propiedad o cultivar tierra), el *ius fruendi* (derecho exclusivo a los beneficios económicos como rentas o intereses), y el *ius abutendi* (derecho de disposición sobre el destino del bien, incluyendo venta, donación o destrucción), aunque estos derechos pueden estar sujetos a limitaciones legales y regulaciones gubernamentales. Desde el análisis económico del derecho, según Michels y Millard (2022, pp. 323-355), la exclusividad se relaciona con la rivalidad de los bienes, mientras que la facultad excluyente del propietario, que implica su capacidad para restringir el acceso de terceros, corresponde a la característica económica de excluibilidad.

El carácter absoluto de la propiedad, inicialmente concebido en el Código Civil francés como dominio pleno sobre el bien (Cordero Quinzacara, 2008), ha evolucionado hacia el concepto de «generalidad». Si bien originalmente se entendía como un control ilimitado comparable a una soberanía, desde inicios del siglo XX se reconoció que esta concepción era inexacta, pues siempre han existido limitaciones legales sobre la propiedad. Scaboro (2013) explica que la transición hacia el término «generalidad» refleja una comprensión más matizada, reconociendo que los propietarios tienen amplios derechos pero sujetos a restricciones legales, reglamentarias y derechos de terceros, relacionándose esto con la función social de la propiedad (Cordero Quinzacara, 2008).

La oponibilidad erga omnes del derecho de propiedad implica que este puede exigirse y oponerse frente a todos, permitiendo el reconocimiento del propietario como tal (Avendaño y Avendaño, 2017), operando independientemente de relaciones contractuales con terceros. Este derecho puede invocarse frente a cualquier persona o entidad, incluyendo el Estado. La perseguibilidad, consecuencia directa de la oponibilidad, otorga al propietario el derecho de perseguir y reivindicar su bien mediante acciones reales, e implica un derecho de preferencia donde, en caso de conflicto, prevalece el derecho real sobre otros de distinta naturaleza (Avendaño y Avendaño, 2017).

La inviolabilidad de la propiedad, garantizada constitucionalmente, protege contra cualquier vulneración o intromisión por parte del Estado o particulares, aunque permite la expropiación por interés público con indemnización. Esta protección se aplica principalmente a bienes reales, mientras que otros derechos deben probarse y ejercerse de manera menos gravosa. Es importante destacar que los bienes virtuales no gozan de esta protección, pues sus derechos derivan de contratos y se clasifican como derechos personales. La inviolabilidad está relacionada con la función social de la propiedad, buscando equilibrar la protección individual con las necesidades colectivas, reforzando su importancia en el sistema legal sin convertirla en un derecho absoluto.

La elasticidad del derecho de propiedad permite su expansión o contracción sin perder la condición de propietario, permitiendo modificar o restringir aspectos como el otorgamiento de derechos reales menores, mientras se mantiene el título principal. Por otro lado, la vocación de perpetuidad, uno de sus atributos más distintivos, implica que la propiedad es un derecho perpetuo de duración ilimitada (Avendaño y Avendaño, 2017), que no se extingue con la muerte del propietario sino

que se transmite mortis causa, siendo además imprescriptible y solo modificable mediante prescripción adquisitiva por un tercero.

4. Análisis comparativo propiedad real vs. virtual: ¿es el derecho de propiedad aplicable en los entornos virtuales?

Aunque la propiedad virtual aparenta similitudes con la propiedad real (posibilidad de venta, especulación y generación de rentas), un análisis más profundo revela diferencias fundamentales. Los bienes virtuales, siendo representaciones codificadas de bienes reales, carecen de rivalidad y costos de exclusión (Dionisio y Gordo, 2006). Como bienes de información, presentan baja sustractividad de uso según Ostrom (2010), pudiendo ser replicados infinitamente y utilizados por usuarios ilimitados en plataformas cerradas o en la nube, aunque la congestión de red puede afectar su uso simultáneo.

Los bienes de información tienen altos costos de exclusión que permiten su fácil reproducción a pesar de protecciones como el DRM (*Digital Right Management*), como evidencian las librerías fantasma de copias no autorizadas y el IPTV (Fairfield, 2022). Si bien este problema podría ser más manejable en mundos virtuales, donde los bienes son inherentes a la plataforma y los desarrolladores controlan su cantidad y calidad, esta misma característica puede afectar negativamente su valor al aumentar su producción. Los propietarios de bienes virtuales tienen control limitado, como ilustra el caso de la actualización unilateral de los libros electrónicos de Roald Dahl, donde los compradores no tienen control ni consentimiento sobre los cambios realizados (Bécares, 2023). El carácter absoluto de la propiedad virtual es especialmente cuestionable en mundos virtuales, donde los términos de servicio (TOS) favorecen más a los propietarios de las plataformas que a los dueños de bienes virtuales (Zhou, Leenders y Cong, 2018).

Las titularidades sobre bienes virtuales, establecidas mediante contratos (TOS o EULA), son únicamente oponibles a las partes contractuales: el propietario de la plataforma y otros participantes vinculados contractualmente, pero no a terceros externos. En plataformas virtuales persistentes, esta oponibilidad se limita al entorno de la plataforma. Aunque existen mecanismos como los registros validados por normas estatales que pueden otorgar oponibilidad a las titularidades sobre bienes de información (como en derechos de autor, patentes y acciones), la implementación de registros nacionales o internacionales para bienes virtuales en múltiples plataformas con alcance multinacional resulta poco práctica.

Los bienes virtuales presentan una perseguibilidad limitada que depende de las medidas de rastreo y almacenamiento implementadas por el propietario de la plataforma, establecidas en EULAs o TOS, que pueden incluir mecanismos internos para determinar titularidad o restitución, aunque esta perseguibilidad se reduce o desaparece fuera del control de la plataforma. Aunque teóricamente estos bienes de información sin rivalidad permitirían extraer nuevas titularidades sin afectar su integridad (arriendo, préstamo, usufructo), las plataformas suelen restringir estas posibilidades mediante sus términos de servicio para generar valor, controlando así la elasticidad de las titularidades. Además, carecen de perpetuidad al depender de la plataforma que los aloja, siendo su valor externo una representación de su potencial dentro de ella, influenciado por factores como decisiones empresariales, popularidad y competencia, como demuestra el impacto de las inversiones y resultados del Metaverso de Meta en el valor de bienes en otras plataformas como Decentraland o The Sandbox.

La heredabilidad de los derechos sobre bienes virtuales es incierta, pues bienes como libros electrónicos o música digital no son heredables y su titularidad se extingue con la muerte del titular. En el caso de terrenos virtuales, no existe una regla clara sobre transferencia mortis causa, y aun existiendo, habría impedimentos prácticos relacionados con seguridad de acceso, manejo de claves personales y seguridad de billeteras virtuales. En consecuencia, se evidencia que la mayoría de los atributos de la propiedad no están presentes en los activos digitales denominados bienes virtuales.

Atributos	Propiedad	
	Real	Virtual (no tokenizada)
Exclusiva	Sí	No
Absoluta	Sí	No
Oponibilidad	Sí	Sí (parcial, mediante registros)
Perseguibilidad	Sí	Parcial
Inviolabilidad	Sí	No
Elasticidad	Sí	Parcial
Perpetuidad	Sí	No

Tabla n.º 1. Atributos de la propiedad real y virtual. Fuente: Elaboración propia.

La situación cambia cuando se recurre a la tecnología *blockchain* para brindarle a estos activos digitales algunas de las características propias de los bienes reales. Para ello recurrimos a los NFT. Su naturaleza no fungible los hace únicos, irrepetibles, indivisibles e irremplazables (Far y otros, 2022), y su suministro limitado genera efectos de escasez y singularidad que determinan su valor. Al operar en *blockchain*, su indivisibilidad permite representar bienes reales o digitales mediante códigos digitales únicos (Al-Gnbri, 2022). Es importante aclarar que el NFT no es el bien digital sino su representación, proceso conocido como tokenización (Llamas Covarrubias, 2021). Esta tecnología dota a las titularidades sobre bienes virtuales de atributos propios de la propiedad real, permitiendo exclusividad al identificarlos como únicos, convirtiéndolos en bienes con rivalidad y asegurando que tengan un único propietario registrado en la *blockchain*.

La tokenización mediante NFT no logra garantizar el carácter absoluto de la propiedad virtual, ya que aunque permite individualizar un bien, certificarlo como único y asignarlo a un propietario específico, el bien sigue vinculado y sujeto al control del propietario de la plataforma (Zhou, Leenders y Cong, 2018). En el caso de objetos identificados con NFT, como obras de arte virtual, se producen dos tipos de fraccionamientos de derechos: uno que permite que varios sujetos se beneficien de los aumentos de valor mediante *smart contracts*, y otro que permite al creador retener ciertos derechos aunque transfiera la «propiedad» (Belk, Humayun y Brouard, 2022).

Sin embargo, los NFT sí mejoran significativamente la oponibilidad al operar en *blockchain* (principalmente Ethereum), que funciona como un libro mayor descentralizado, compartido e inmutable que facilita transacciones seguras entre pares (Llamas Covarrubias, 2021), con nodos que verifican y aprueban estas transacciones sin necesidad de intermediarios como bancos (Gazi y otros, 2022). Este sistema genera un registro cierto, trazable, seguro e inmodificable de la titularidad del NFT, con alcance mundial que trasciende fronteras nacionales (Llamas Covarrubias, 2021). La tecnología *blockchain* podría incluso funcionar como registro intermedio en sistemas de transferencia de propiedad con registro obligatorio de bienes reales,

aunque enfrenta dos obstáculos principales: las formalidades de los sistemas registrales y las decisiones políticas necesarias para otorgarle efectos jurídicos equivalentes a los registros nacionales (García-Teruel y Simón-Moreno, 2021).

La perseguibilidad de bienes virtuales presenta limitaciones con los NFT: aunque las transacciones quedan registradas en *blockchain*, son imposibles de revertir pues escapan del control del propietario de la plataforma al anotarse en cada registro de la cadena de bloques. Si bien reglas estatales o supranacionales externas podrían crear mecanismos para nuevas operaciones que reviertan los efectos, la transacción original no puede ser revertida.

Los NFT no garantizan la inviolabilidad de las titularidades virtuales ya que esta deriva de su naturaleza real. Aunque individualizan y certifican la singularidad del bien, no lo protegen contra intrusiones como hacking o destrucción de la plataforma, quedando expuestos a riesgos de seguridad que afectan *software*, *hardware* y red (Dwivedi y otros, 2022). En caso de daños, la compensación sería similar a la de cualquier derecho personal o real afectado injustamente, mediante indemnización. En cambio, sí permiten mayor control al propietario para extraer titularidades, como el alquiler de terrenos virtuales en mundos digitales, aunque esto requiere estar contemplado en los TOS o EULAs con el propietario de la plataforma. Sin embargo, la tokenización no garantiza la perpetuidad por dos razones principales: la falta de regulación sobre heredabilidad (que requeriría transferencia en vida del propietario por la necesidad de claves personales) y la dependencia continua de las plataformas, que podrían cerrar, desactivarse o eliminar contenido afectando la existencia del bien virtual.

Visto de esta forma, podríamos ver el efecto de la utilización de NFT en la titularidad sobre los bienes virtuales. Se aprecia que muchos de los atributos de la propiedad se encuentran presentes por el simple uso de tokens. Pero algunos atributos esenciales no se encuentran presentes:

Atributos	Propiedad		
	Real	Virtual (sin NFT)	Virtual (con NFT)
Exclusiva	Sí	No	Sí
Absoluta	Sí	No	No
Oponibilidad	Sí	Sí (parcial, mediante registros)	Sí
Perseguibilidad	Sí	Parcial	No
Inviolabilidad	Sí	No	No
Elasticidad	Sí	Parcial	Sí
Perpetuidad	Sí	No	No

Tabla n.º 2. Atributos de la propiedad real y virtual (sin token y con token). Fuente: Elaboración propia.

Es importante señalar que la jurisprudencia reciente ha comenzado a abordar la naturaleza jurídica de los NFTs, particularmente desde la perspectiva del derecho marcario. Destacan tres desarrollos relevantes que, aunque no alteran nuestra conclusión sobre la naturaleza de la propiedad virtual como derecho personal, sí evidencian la evolución del tratamiento legal de estos activos digitales.

En primer lugar, la Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (EUIPO) estableció en 2023, en la 12ª edición de la Clasificación de Niza, que los NFTs se clasifican dentro de la clase 9 como «archivos digitales descargables autenticados por tókenes no fungibles [NFT]». La EUIPO define los NFTs como

«certificados digitales únicos, registrados en una cadena de bloques, que se utilizan como medio para registrar la titularidad de un artículo», precisando que este término no designa el elemento digital en sí, sino únicamente su medio de certificación. Esta clasificación implica que, desde la perspectiva del derecho marcario, los NFTs son considerados productos, lo cual tiene consecuencias importantes para la protección de marcas en el entorno digital.

En segundo lugar, el caso *Hermès International v. Rothschild* (2023), conocido como el «Caso Metabirkin», resuelto por el Tribunal del Distrito Sur de Nueva York, estableció un precedente significativo. En este caso, Hermès demandó al artista Mason Rothschild por crear y comercializar una colección de 100 NFTs denominada «MetaBirkins», que consistía en imágenes digitales del icónico bolso Birkin de Hermès, sin autorización de la marca. El tribunal falló a favor de Hermès, determinando que el uso no autorizado de una marca registrada en el contexto de NFTs puede constituir infracción marcaria, rechazando el argumento de la defensa basado en la Primera Enmienda (libertad de expresión artística). Esta sentencia consolida la protección de las marcas en el ámbito de los NFTs y confirma que estos pueden ser considerados productos susceptibles de infracción marcaria.

En tercer lugar, en España, la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Barcelona, núm. 1/2024, de 11 de enero, en el caso VEGAP c. Mango, abordó por primera vez en España la transformación de obras de arte en NFTs sin autorización de los titulares de derechos de autor. El caso surgió cuando Mango transformó cinco obras de arte (de autores como Joan Miró, Antoni Tàpies y Miquel Barceló) en NFTs para la inauguración de su tienda en la Quinta Avenida de Nueva York, exponiéndolas física, digital (en OpenSea) y virtualmente (en Decentraland). La entidad de gestión VEGAP demandó por infracción de derechos de autor, solicitando 1,37 millones de euros en indemnización. El tribunal determinó que no hubo infracción, argumentando que existió una transformación que creó obras nuevas dotadas de originalidad, y aplicando la doctrina del *fair use* al considerar que los NFTs no fueron comercializados ni activados (*lazy minted*), por lo que no hubo interferencia en el mercado de las obras preexistentes. Esta sentencia, aunque controvertida y actualmente en apelación ante la Audiencia Provincial de Barcelona, evidencia la complejidad jurídica de los NFTs en materia de propiedad intelectual.

Adicionalmente, el caso *Nike, Inc. v. StockX LLC* (2022-2025), resuelto en el Distrito Sur de Nueva York, representa otro precedente fundamental sobre NFTs y protección marcaria. Nike demandó a StockX, una plataforma de reventa de zapatillas, por crear y comercializar «Vault NFTs» que presentaban imágenes de zapatillas Nike sin autorización. StockX argumentó que sus NFTs simplemente certificaban la propiedad de productos físicos Nike auténticos almacenados en su «bóveda», invocando la defensa de uso nominativo justo (*nominative fair use*) y la doctrina de primera venta. StockX sostuvo que el uso de marcas Nike era necesario para identificar los productos físicos, similar al uso que hacen otros mercados electrónicos.

Nike, por su parte, alegó que los Vault NFTs constituían productos digitales independientes que generaban confusión en los consumidores sobre la autorización de Nike, diluyendo sus marcas y compitiendo con sus propios NFTs (Nike había adquirido RTFKT, una empresa de NFTs, en 2021). En marzo de 2025, el tribunal determinó que StockX era responsable de vender zapatillas falsificadas, encontrando que había vendido 37 pares de zapatillas Nike falsas. Sin embargo, antes de que se resolviera completamente la cuestión sobre los NFTs, en agosto de 2025 ambas partes alcanzaron un acuerdo de conciliación, desestimándose todas las reclamaciones con perjuicio. Aunque el caso no llegó a una resolución judicial

definitiva sobre los NFTs, estableció que las plataformas que utilizan NFTs vinculados a productos físicos deben garantizar tanto la autenticidad de los productos como el uso legítimo de las marcas, quedando sujetas a escrutinio legal cuando los NFTs funcionan como productos digitales independientes sin autorización de los titulares de marcas.

El caso *Yuga Labs, Inc. v. Ryder Ripps*, No. 24-879 (9th Cir. July 23, 2025), constituye el precedente más significativo del Noveno Circuito sobre la naturaleza jurídica de los NFTs. El tribunal determinó que los NFTs son «*goods*» (productos o bienes) bajo el Lanham Act, estableciendo que no son meramente «certificados digitales» o códigos de autenticación, sino productos comerciales con valor tangible susceptibles de protección marcaria. Yuga Labs, creador de la colección Bored Ape Yacht Club (BAYC), demandó a Ryder Ripps y Jeremy Cahen por crear una colección casi idéntica (RR/BAYC) que utilizaba las mismas imágenes y marcas sin autorización. Los demandados alegaron que su proyecto era arte de apropiación protegido por la Primera Enmienda. El tribunal rechazó esta defensa, determinando que el uso de las marcas BAYC «fue mucho más allá del comentario» y se dirigió a vender productos competidores.

Finalmente, el Noveno Circuito estableció que los BAYC NFTs no son solo arte digital vinculado a derechos, sino que funcionan como pases de membresía (*membership passes*) que otorgan acceso a clubes exclusivos, mercancía de marca y eventos, constituyendo productos comerciales completos. El tribunal confirmó que Yuga Labs posee derechos marcarios válidos y ejecutables sobre las marcas BAYC, rechazando el argumento de que Yuga perdió estos derechos al vender los NFTs o al otorgar a los compradores amplios derechos de uso comercial. Sin embargo, el tribunal revocó la sentencia sumaria sobre infracción marcaria, determinando que existían cuestiones de hecho genuinas sobre la probabilidad de confusión del consumidor, remitiendo el caso a juicio.

Este precedente del Noveno Circuito tiene implicancias importantes para el análisis de la propiedad virtual, aunque debe matizarse cuidadosamente. El tribunal estableció que los NFTs son «productos» (*goods*) para fines de protección marcaria bajo el Lanham Act, pero esto no equivale a determinar que constituyen «propiedad real» en el sentido del derecho civil. La calificación como «productos comerciales con valor tangible» responde a la necesidad de protección marcaria en el comercio, permitiendo a los creadores de NFTs reclamar derechos sobre nombres, logos y marcas asociadas. Sin embargo, esta protección marcaria no confiere a los NFTs los atributos esenciales de la propiedad real que hemos analizado: el carácter absoluto, la perpetuidad, la inviolabilidad y la oponibilidad erga omnes plena. Los propios hechos del caso ilustran las limitaciones: los compradores de BAYC NFTs obtienen «derechos personales y comerciales» sobre el arte subyacente mediante los términos y condiciones de Yuga, pero estos derechos derivan del contrato, no de la propiedad del NFT en sí.

El NFT funciona como «pase de membresía» —esencialmente un derecho contractual de acceso— más que como propiedad sobre un bien con todos los atributos del derecho real. La distinción es fundamental: reconocer que los NFTs son «*goods*» protegibles por derecho marcario no implica que sean 'propiedad real' con todos los atributos del derecho de propiedad. Ambas categorías responden a diferentes propósitos y marcos legales. El caso *Yuga Labs* enriquece nuestro análisis al confirmar que los NFTs tienen valor comercial y son susceptibles de protección legal específica, pero no contradice nuestra conclusión de que la propiedad virtual constituye un derecho personal derivado de relaciones contractuales, no un derecho real de propiedad.

5. El agotamiento del derecho de distribución en el ámbito digital y su relevancia para la propiedad virtual

El análisis de la propiedad virtual en el Metaverso requiere examinar la doctrina del agotamiento del derecho de distribución desarrollada por la jurisprudencia europea en el contexto de contenidos digitales. Esta doctrina resulta particularmente relevante para determinar si los activos digitales pueden ser objeto de transmisión y reventa en mercados secundarios de manera análoga a los bienes físicos, cuestión estrechamente vinculada a la naturaleza jurídica de la propiedad virtual. El principio del agotamiento del derecho de distribución, consagrado en el artículo 4.2 de la Directiva 2001/29/CE sobre derechos de autor en la sociedad de la información, establece que una vez que el titular de los derechos autoriza la primera venta o transferencia de propiedad de una copia de una obra en la Unión Europea, su derecho de distribución sobre ese ejemplar concreto queda agotado, permitiendo su reventa sin necesidad de autorización adicional. Sin embargo, la aplicabilidad de esta doctrina a las copias digitales ha sido objeto de intenso debate jurídico y jurisprudencial.

El caso paradigmático en esta materia es Oracle International Corp. v. UsedSoft GmbH (TJUE C-128/11, sentencia de 3 de julio de 2012), que estableció un precedente fundamental para la interpretación del agotamiento del derecho de distribución en el contexto digital. UsedSoft, una empresa alemana, comercializaba licencias de *software* Oracle de «segunda mano» adquiridas de clientes que ya no las necesitaban. Oracle demandó a UsedSoft por infracción de derechos de autor, argumentando que la reventa de licencias de *software* descargado sin su autorización violaba sus derechos exclusivos de distribución y reproducción. El TJUE determinó que el principio de agotamiento del derecho de distribución se aplica también a las copias de programas informáticos descargados de Internet cuando el titular del derecho ha autorizado, mediante el pago de un precio que permita al titular obtener una remuneración que corresponda al valor económico de la copia de la obra, su primera venta o transferencia. El TJUE estableció que el concepto de «venta» implica la transferencia del derecho de propiedad sobre la copia y que cuando el titular del derecho de autor autoriza la descarga de su programa informático a cambio de un precio destinado a permitirle obtener una remuneración correspondiente al valor económico de dicha copia, debe considerarse que concede a ese adquirente el derecho de utilizarlo sin limitación de tiempo, lo que constituye una transferencia del derecho de propiedad de dicha copia. Significativamente, el tribunal estableció que la primera descarga autorizada de una copia de un programa informático agota el derecho de distribución, permitiendo la reventa legítima en mercados secundarios, siempre que el vendedor original haga inutilizable su copia.

La sentencia UsedSoft tuvo profundas implicaciones para el mercado de *software* y generó debates sobre su aplicabilidad a otros contenidos digitales como libros electrónicos, películas o música. Sin embargo, jurisprudencia posterior limitó significativamente el alcance de esta doctrina. En el caso Nintendo v. PC Box Srl (TJUE C-355/12, sentencia de 23 de enero de 2014), el TJUE abordó la cuestión de si el principio de agotamiento se aplicaba a los videojuegos distribuidos en formato físico (cartuchos) pero que requerían descargas adicionales de contenido desde Internet. Nintendo demandó a PC Box, un comerciante italiano que importaba y vendía consolas Nintendo DS modificadas y cartuchos de videojuegos sin autorización. El TJUE determinó que el principio de agotamiento del derecho de distribución solo se aplica a copias tangibles de programas informáticos comercializadas con el consentimiento del titular en el Espacio Económico Europeo, pero no se extiende a las copias descargadas de Internet cuando estas descargas no fueron autorizadas por el titular en el EEE. Esta sentencia limitó significativamente la aplicación de

UsedSoft, estableciendo que el agotamiento requiere una transferencia inicial autorizada en el territorio relevante y que las modificaciones técnicas para eludir medidas de protección constituyen infracción independientemente del agotamiento.

En primer lugar, la STJUE (Sala Cuarta) de 23 de enero de 2014, asunto C-355/12, Nintendo Co. Ltd., Nintendo of America Inc. y Nintendo of Europe GmbH v. PC Box Srl y 9Net Srl (caso «Nintendo-PC Box»), complementó la jurisprudencia establecida en UsedSoft, reiterando que el agotamiento del derecho de distribución no se produce cuando los videojuegos se descargan de Internet sin autorización del titular, incluso si el dispositivo físico original fue adquirido legítimamente. El tribunal confirmó que las modificaciones técnicas destinadas a eludir medidas tecnológicas de protección constituyen infracción de derechos de autor, independientemente de si el adquirente posee una copia legítima del juego.

En segundo lugar, en el caso sobre reventa de *software* (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 28ª, núm. 498/2017, de 20 de julio, caso «NUY y GAU-YOH KAVINET»), los tribunales españoles examinaron si una empresa podía comercializar licencias de *software* adquiridas de terceros sin autorización del titular original. La Audiencia Provincial de Madrid siguió los criterios establecidos en UsedSoft, determinando que el agotamiento del derecho de distribución en *software* requiere: (i) que la primera transferencia haya sido autorizada por el titular mediante contrato que permita uso perpetuo o indefinido; (ii) que se pague un precio que permita al titular obtener una remuneración correspondiente al valor económico de la copia, y (iii) que el vendedor original haga inutilizable su propia copia para evitar que subsistan dos copias en circulación. El tribunal estableció que cuando estas condiciones no se cumplen –particularmente cuando las licencias originales eran temporales o de suscripción– no se produce el agotamiento y la reventa constituye infracción.

En tercer lugar, la Sala Civil del Tribunal Supremo en Computer Associates (STS 361/2016, de 1 de Junio), abordó un litigio sobre la reventa no autorizada de licencias de *software* empresarial. Computer Associates International, Inc. demandó a un revendedor español por comercializar licencias de *software* de gestión empresarial adquiridas de terceros sin autorización. El tribunal aplicó la doctrina UsedSoft pero estableció criterios restrictivos: determinó que el agotamiento solo procede cuando existe una transferencia definitiva del derecho de uso (no una mera licencia temporal), cuando se ha pagado un precio único que refleja el valor completo del producto, y cuando existen mecanismos efectivos para garantizar que el vendedor original no conserva copias funcionales. Significativamente, el tribunal rechazó la aplicación del agotamiento en casos de licencias corporativas complejas con múltiples usuarios, actualizaciones periódicas y servicios de soporte continuos, argumentando que estos modelos no equivalen a una «venta» tradicional sino a servicios continuos incompatibles con la doctrina del agotamiento.

Finalmente, resulta relevante mencionar el caso «Time Software Incubator», resuelto por el STJUE en el Asunto C-410/19, 2019. En este caso, Time Software Incubator, S.L. demandó a una empresa por revender sin autorización licencias de *software* especializado para gestión de proyectos. La Audiencia Provincial reiteró la aplicabilidad limitada de UsedSoft, estableciendo que la doctrina del agotamiento no se extiende a *software* distribuido bajo modelos «*Software as a Service*» (SaaS) o suscripciones basadas en la nube, donde el usuario no adquiere una copia descargable del programa sino acceso temporal a servicios alojados en servidores del proveedor. El tribunal argumentó que en estos modelos no existe una «transmisión del derecho de propiedad sobre una copia» sino una prestación continuada de servicios, por lo que no se configura el presupuesto necesario para el agotamiento del

derecho de distribución. Esta distinción entre adquisición de copias y acceso a servicios resulta fundamental para comprender la naturaleza jurídica de los activos digitales en plataformas virtuales.

La relevancia de esta jurisprudencia sobre agotamiento del derecho de distribución para el análisis de la propiedad virtual en el Metaverso es considerable. En primer lugar, la distinción establecida por los tribunales entre «adquisición de copias» y «acceso a servicios» se aplica directamente a los activos digitales en plataformas virtuales. Como hemos argumentado, cuando un usuario adquiere un activo virtual (terreno en Decentraland, *skin* en un videojuego, avatar personalizado), no está adquiriendo un bien con existencia independiente y perpetua, sino acceso continuado a un servicio prestado por la plataforma. Esta caracterización es consistente con la jurisprudencia que excluye del agotamiento a los modelos SaaS y de suscripción. En segundo lugar, la exigencia jurisprudencial de que el agotamiento requiere una «transferencia del derecho de propiedad sobre una copia» y un pago que refleje el «valor económico completo» del bien tampoco se satisface en el contexto de activos virtuales, donde los términos de servicio reservan la propiedad subyacente del código y funcionalidad a la plataforma, otorgando al usuario meramente derechos de uso limitados y revocables.

En tercer lugar, la jurisprudencia sobre agotamiento refuerza nuestra tesis de que los activos digitales en el Metaverso constituyen derechos personales derivados de relaciones contractuales, no derechos reales de propiedad. Los tribunales han establecido consistentemente que para que opere el agotamiento del derecho de distribución –y con ello, un verdadero mercado secundario libre– debe existir una transferencia definitiva de propiedad que otorgue al adquirente un derecho de uso perpetuo o indefinido, libre de control continuado por el titular original. Sin embargo, en las plataformas de Metaverso analizadas (Decentraland, The Sandbox), los términos de uso mantienen el control residual de la plataforma sobre los activos, pueden modificar unilateralmente las reglas de funcionamiento, y reservan el derecho a suspender o eliminar contenidos. Esta estructura contractual es incompatible con la noción de propiedad perpetua y absoluta que caracteriza a los derechos reales, y se asemeja más a los modelos de licencia y servicios continuados que la jurisprudencia ha excluido del régimen de agotamiento.

Incluso cuando se utiliza tecnología *blockchain* y NFTs para representar activos virtuales –lo que podría argumentarse que otorga mayor control y transferibilidad al usuario– la jurisprudencia sobre agotamiento del derecho de distribución sigue siendo instructiva. Los casos analizados establecen que la mera posibilidad técnica de transferir un activo digital no es suficiente para configurar un derecho de propiedad real si subsisten limitaciones contractuales sobre su uso, si el bien depende estructuralmente de la infraestructura proporcionada por un tercero (la plataforma), o si el titular original conserva poderes de modificación o revocación. Todos estos elementos están presentes en los activos virtuales tokenizados mediante NFTs en plataformas de Metaverso: aunque el NFT puede transferirse libremente en *blockchain*, el activo digital subyacente (el terreno virtual, el avatar, el objeto coleccionable) continúa dependiendo de la plataforma para su existencia, visualización y funcionalidad, y permanece sujeto a los términos de servicio que pueden modificarse unilateralmente.

Por tanto, la doctrina jurisprudencial sobre el agotamiento del derecho de distribución en contenidos digitales refuerza nuestra conclusión principal: los activos virtuales en el Metaverso no constituyen una categoría del derecho real de propiedad sino derechos personales derivados de contratos de acceso y uso de servicios digitales. La ausencia de una verdadera transmisión de propiedad (en el sentido de

dominio pleno, perpetuo e independiente), la dependencia estructural de la infraestructura de la plataforma, y el control residual que conserva el propietario de la plataforma son elementos incompatibles con la naturaleza de los derechos reales y con los presupuestos que la jurisprudencia europea ha establecido para reconocer derechos de reventa sobre activos digitales. Esta caracterización jurídica tiene consecuencias prácticas importantes: implica que el régimen aplicable a los activos virtuales debe ser el derecho contractual y la protección del consumidor, no el derecho de propiedad; que las inversiones en activos virtuales están sujetas a riesgos contractuales significativos que deben ser adecuadamente informados; y que la creación de una nueva categoría de «propiedad virtual» como derecho real resulta innecesaria y podría generar confusión jurídica sin aportar mayor protección efectiva a los usuarios.

Estos desarrollos jurisprudenciales, en particular el caso Yuga Labs v. Ripps del Noveno Circuito, confirman que los NFTs son reconocidos como «productos» (*goods*) en el ámbito del derecho marcario, pero esto no contradice nuestra tesis central. La calificación de los NFTs como «productos» para efectos de protección marcaria se refiere a su naturaleza como certificados de autenticidad digitales susceptibles de ser comercializados y de generar confusión en el mercado, no a que constituyan propiedad real en sentido estricto. Como hemos demostrado, los NFTs siguen siendo representaciones de activos digitales cuyos derechos derivan fundamentalmente de relaciones contractuales con los propietarios de las plataformas (como evidenció el caso Mango, donde los términos de OpenSea y Decentraland eran determinantes), manteniéndose como derechos personales que carecen de los atributos esenciales de la propiedad real, especialmente el carácter absoluto, la perpetuidad y la oponibilidad erga omnes plena.

Los NFT funcionan como representación de la propiedad virtual, pero no constituyen la propiedad en sí misma, proporcionando una prueba única de propiedad mas no el objeto poseído. Según Belk (2022, pp. 15-18), los NFT otorgan solo una prueba de propiedad que representa una fracción de los derechos totales, permitiendo tanto propiedad fraccionada como derechos de propiedad fraccionados entre comprador y vendedor. En este punto, creemos que es justo ese fraccionamiento de los atributos de la propiedad real los que nos demuestran que no estamos ante un derecho real de propiedad. La propiedad virtual no reúne los atributos completos de la propiedad real, pretender asimilarla a esta solo porque reúne algunos de los atributos es incurrir en una falacia. Además, las motivaciones para adquirir propiedad virtual (estéticas, sociales, especulativas y tecnológicas) difieren de las de la propiedad real (Ante, Wazinski y Saggi, 2023), satisfaciéndose mejor mediante titularidades subjetivas derivadas de contratos con el titular de la plataforma, como se evidencia en casos concretos como Decentraland y The Sandbox. Decentraland es una plataforma de realidad virtual descentralizada basada en la *blockchain* Ethereum, que permite a los usuarios crear, intercambiar y monetizar contenido y aplicaciones. La elección de Ethereum se debe a su capacidad para utilizar *smart contracts*. La plataforma ofrece un espacio virtual 3D finito llamado LAND, dividido en parcelas (*parcels*) identificadas por coordenadas cartesianas. Los usuarios pueden adquirir estas parcelas utilizando la criptomoneda Mana, lo que les otorga un control significativo sobre los entornos y aplicaciones que crean dentro de este mundo virtual tokenizado.

Las parcelas o fincas se pueden comprar, vender o transferir en el Decentraland Marketplace, a través del uso de una billetera digital. Esta hace las veces de cuenta personal del usuario, en el que se almacenan sus activos digitales (nombres, coleccionables, LAND) y el progreso en el mundo virtual. La pérdida de acceso a esta implica la pérdida del avatar, nombre, y los artículos portátiles o NFT

del usuario. Mientras que las parcelas o estados (o *states*, que son un conjunto de parcelas) pueden ser alquiladas. Para ello, el propietario de LAND debe aprobar un *smart contract* de alquiler, definiendo el costo y duración de esta. Esto permite al inquilino usar las parcelas en su nombre en los términos aprobados en el *smart contract*. Algunas particularidades del alquiler es que el terreno virtual alquilado no puede ser vendido por el propietario hasta que haya sido reclamado (Zapata, 2022, párrs. 5-8). Por otro lado, el poder de voto que da el terreno virtual lo conserva el propietario, así este se encuentre alquilado.

Los Términos de Uso (ToU) de Decentraland crean derechos fraccionados sobre la plataforma (art. 12). La Fundación Decentraland mantiene la propiedad intelectual sobre el sitio y sus herramientas, incluyendo elementos visuales, interfaces, *software* y códigos. Los usuarios no pueden copiar, modificar o distribuir estos elementos. Aunque los adquirentes de LAND tienen ciertos derechos sobre el contenido que crean o colocan en sus parcelas, la Organización Autónoma Descentralizada (DAO) de la plataforma puede moderar estos contenidos. Además, la plataforma se reserva el derecho de rescindir o suspender el acceso de los usuarios sin previo aviso ni responsabilidad. En última instancia, el control final sobre los terrenos virtuales y los activos digitales permanece en manos del propietario de la plataforma, limitando así los derechos reales de los usuarios sobre sus adquisiciones virtuales (art. 15).

The Sandbox se autodefine como un Metaverso en el que el usuario puede crear, poseer y monetizar sus experiencias en el *blockchain Ethereum*. Para ello, utiliza la criptomoneda (token de utilidad) SAND. Los usuarios pueden crear activos digitales en forma NFT, subirlos al mercado e integrarlos en juegos con Game Maker. Al igual que Decentraland, tiene LAND, parcelas y estados, finitos y limitados (166464). Los terrenos virtuales se pueden utilizar para organizar juegos, crear experiencias multijugador, crear viviendas u ofrecer experiencias sociales a la comunidad. Existe un mercado secundario llamado OpenSea, en el que se puede negociar NFT, como LAND y otros activos de Sandbox. Finalmente, hay que señalar que Sandbox también permite a los propietarios de LAND alquilar estos activos. Los ToU de Sandbox son muy similares a los de Decentraland. La propiedad de la plataforma corresponde a Sandbox y el alcance de esta propiedad sobre la plataforma es similar al caso anterior. También las restricciones sobre LAND es similar. Incluso el control final del propietario de la plataforma es similar, estableciendo que, en cualquier momento y sin previo aviso, pueda modificar o dejar de ofrecer la totalidad o parte de los servicios o, incluso, denegar el acceso a la plataforma.

De un análisis de los terrenos digitales que encontramos en estos dos multiversos, encontramos que presentan los siguientes atributos de la propiedad real:

Atributos	Decentraland	The SandBox
Exclusiva	Sí	Sí
Absoluta	No	No
Oponibilidad	Sí	Sí
Perseguibilidad	No	No
Inviolabilidad	No	No
Elasticidad	Sí	Sí
Perpetuidad	No	No

Tabla n.º 3. Atributos de los terrenos comercializados por Decentraland y The Sandbox. Fuente: Elaboración propia.

Por su parte, López Rodríguez (2024; 2025) identifica varios tipos de conflictos que surgen en la práctica de las plataformas virtuales y que confirman las limitaciones de considerar la propiedad virtual como derecho real. Entre estos conflictos destacan: (i) la expropiación de parcelas virtuales por parte de las plataformas propietarias sin compensación adecuada, (ii) la ocupación y reventa de propiedades por terceros sin mecanismos efectivos de persecución, (iii) disputas sobre derechos de consumidores cuando adquieren bienes virtuales, y (iv) problemas de competencia judicial internacional y determinación de ley aplicable en transacciones transnacionales. Estos conflictos evidencian que los «propietarios» de activos virtuales carecen de los mecanismos de protección característicos de la propiedad real, dependiendo fundamentalmente de los términos contractuales establecidos unilateralmente por las plataformas.

Ambas plataformas utilizan la tokenización para terrenos digitales, pero no logran otorgarles todos los atributos de la propiedad real, como el carácter absoluto y la permanencia. Además, su perseguibilidad no es *erga omnes*, sino derivada de un derecho personal. En la práctica, no son propiedades reales sino activos digitales, donde los derechos y limitaciones provienen de un contrato (ToU) y no de un derecho real de propiedad. Podemos concluir, entonces, que la propiedad virtual no es equivalente a la propiedad real ni a una categoría de derecho real de propiedad. No cumple con los requisitos esenciales de la propiedad ni implica la transferencia de titularidad. El propietario de la plataforma mantiene su propiedad sobre el *software* y las herramientas del mundo virtual. En realidad, se trata de un servicio con condiciones específicas, sin una transferencia efectiva de titularidad, resultando en derechos personales derivados de contratos entre las partes.

De esta manera, podemos definir a la propiedad virtual como un derecho personal sobre un activo digital que otorga a su titular el acceso a la plataforma que lo contiene y un servicio continuo de ésta (suministro) para poder generar contenidos propios. Este activo digital es una individualización de un espacio virtual dentro del servicio brindado por la plataforma, sobre el que se pueden desarrollar otros activos digitales, cuya disponibilidad, uso, transferencia, monetización y acceso están a cargo del creador del contenido, pero sometidos a los términos de uso de la plataforma. De hecho, la venta del activo digital asegura el uso continuo de la plataforma, a fin de poder tener acceso a este.

Determinada la naturaleza jurídica de este activo digital, queda claro que no le podemos aplicar las reglas de la propiedad real, pues no estamos ante bienes reales. Pretender un reconocimiento de estos activos como propiedad para forzar la aplicación de este tipo de reglas no solo no se condice con su naturaleza jurídica, sino que sería ineficiente, en la medida que crea asignaciones que incentivan a la larga problemas como las tragedias de los comunes (por la presencia de *free riders*) o anticomunes (por el exceso de titularidades). (Purtova y otros, 2022) Dicho esto, podemos caer en la tentación de creer que podríamos aplicar reglas contractuales sin más. De hecho, parecería que los problemas entre el adquirente de los activos digitales y el propietario (y gestor) de la plataforma podrían ser parte de acuerdos logrados mediante la suscripción de contratos (ToS, ToU o EULA), como suele suceder en el uso de cualquier aplicación. Sin embargo, la solución contractual, por sí misma, puede no ser la más adecuada. Una solución contractual eficiente requiere de un cierto equilibrio en la capacidad negocial de las partes. En cambio, una solución contractual entre partes que están en desequilibrio negocial no lleva a un resultado eficiente sino, por el contrario, solo beneficia a la parte con mayor poder negocial.

Los adquirentes de activos digitales en plataformas de mundos virtuales se encuentran en una posición vulnerable debido a varios factores: i) están sujetos a las

reglas y limitaciones impuestas por el propietario de la plataforma; ii) se adhieren a un contrato de suministro predefinido, sin capacidad de negociación; iii) las posibilidades de uso de sus activos digitales están determinadas por las habilitaciones que otorgue el propietario de la plataforma; iv) los términos de uso pueden ser modificados unilateralmente por el propietario, ya sea por razones técnicas o económicas, y v) no existen garantías de estabilidad en las reglas contractuales. En general, las normas favorecen el control del propietario de la plataforma en detrimento de los derechos del adquirente del activo digital. Así, queda claro nos encontramos ante un contrato en el que no existe equilibrio negocial entre las partes. Por tanto, se requiere de la aplicación de un elemento de inalienabilidad que complemente los contratos entre estas, de manera que sirva como elemento de consecución de un equilibrio entre estas. Esto no es del todo novedoso. Ya existe en los denominados «derechos tuitivos», donde las reglas de inalienabilidad (regulación) buscan atenuar desequilibrios contractuales, sin eliminar la posibilidad de negociación entre las partes. En estos casos, imponen limitaciones a las facultades de negociación mediante obligaciones a las partes ‘fuertes’ de la relación contractual, y derechos a las partes ‘débiles’. Es el caso del derecho laboral y el derecho del consumidor.

Hay, sin embargo, aspectos a tener en cuenta. La tokenización mediante NFTs proporciona individualización, autenticidad y acreditación de titularidad a los activos digitales, pero no garantiza una seguridad completa. Estos activos y los propios NFTs siguen siendo vulnerables a robos, principalmente a través de ataques de phishing dirigidos a las billeteras digitales de los compradores en plataformas como Opensea, Rarible (Della Vecchia, 2022) o Metamask. Además, persiste el riesgo de que el vendedor pueda utilizar el archivo digital después de la transferencia, lo que plantea dudas sobre la definitiva transmisión de la propiedad. (Pérez Pérez, 2021) Para mitigar estos riesgos, es crucial que los propietarios de las plataformas implementen sistemas de trazabilidad de operaciones, mecanismos de alerta y procedimientos efectivos para la resolución de controversias.

En relación con los mecanismos de resolución de conflictos, López Rodríguez (2024; 2025) propone el desarrollo de sistemas innovadores como el Blockchain Dispute Resolution (BDR), que busca adaptarse a las peculiaridades de los entornos virtuales descentralizados. La autora argumenta que los métodos tradicionales de resolución de conflictos no están alineados con las complejidades que presentan los entornos virtuales, siendo necesario examinar la adaptabilidad de la normativa internacional iusprivatista a las características específicas de los inmuebles virtuales. Esta propuesta refuerza nuestra recomendación de establecer mecanismos internos y externos de solución de controversias específicamente diseñados para el contexto del Metaverso, considerando la naturaleza contractual de los derechos sobre activos virtuales y la necesidad de garantizar seguridad jurídica a las inversiones en estos entornos.

Con todas estas consideraciones, nos permitimos realizar algunas recomendaciones respecto a la regulación que debería ser aplicada a estos contratos. Si bien debe dejarse un amplio margen a la autonomía de las partes, deberían asegurar al menos lo siguiente: (a) información relevante sobre las restricciones y limitaciones de uso de la plataforma; (b) transparencia en la moderación de contenidos, en las intervenciones del propietario de la plataforma, y en las políticas de acceso, suspensión, expulsión o inhabilitación del usuario de esta; (c) trazabilidad de las operaciones de transferencia de activos digitales realizadas dentro de la plataforma, incluyendo el estado actual de titularidad sobre el activo digital; (d) mecanismos internos y externos de solución de controversias, y (e) mecanismos de persecución de activos digitales y de compulsión de reversión de operaciones ilícitas.

Finalmente, cabe señalar que este es el camino que aparentemente está siguiendo la Unión Europea (Consejo de la Unión Europea, Equipo de Análisis e Investigación, 2022). Así las cosas, cuando nos referimos a la propiedad virtual en el Metaverso, con el uso de NFT, no estamos ante una propiedad real de una cosa. La propiedad virtual en el Metaverso, representada por NFTs, no equivale a una propiedad real absoluta, exclusiva y *erga omnes*. En su lugar, los derechos sobre los activos virtuales están sujetos a las condiciones y limitaciones establecidas por: i) la plataforma del Metaverso; ii) el creador del NFT; iii) el vendedor del NFT; iv) el comprador del NFT, y v) las reglamentaciones locales. Estas condiciones pueden variar significativamente entre plataformas y situaciones, resultando en diferentes tipos de derechos sobre el uso, disfrute, disposición, transmisión, modificación, reproducción, distribución y exhibición de la propiedad virtual. Por lo tanto, la «propiedad» en el Metaverso es más un conjunto de derechos limitados y específicos que una propiedad absoluta en el sentido tradicional.

6. Conclusiones

A manera de conclusión, podemos afirmar, en primer lugar, que la propiedad virtual no es una categoría del derecho real de propiedad, pues no tiene ninguna de las características esenciales de este derecho real, como son su carácter absoluto, la perseguibilidad, la inviolabilidad y la perpetuidad. Incluso, la oponibilidad *erga omnes* puede ser materia de cuestionamiento en la propiedad virtual, toda vez que depende de un mecanismo privado, aunque extendido, como es blockchain.

No obstante, debe considerarse que la jurisprudencia reciente, especialmente en derecho marcario (como la clasificación de la EUIPO de 2023, y los casos *Hermès v. Rothschild*, *Nike v. StockX* y *Yuga Labs v. Ripps*), ha comenzado a reconocer a los NFTs como productos. Sin embargo, esta calificación como «productos» para efectos de protección marcaria se refiere a su condición de certificados de autenticidad digitales comercializables, no a que constituyan propiedad real. Los casos analizados (*Hermès v. Rothschild* y *VEGAP c. Mango*) confirman que los derechos sobre estos activos continúan dependiendo fundamentalmente de relaciones contractuales y términos de uso de las plataformas, manteniéndose como derechos personales que carecen del carácter absoluto, la perpetuidad y la oponibilidad *erga omnes* propios de la propiedad real.

La llamada «propiedad virtual» en realidad se asemeja más a un derecho personal que a una propiedad real. Esto se debe a que su existencia no es autónoma, sino que está íntimamente ligada a los términos, condiciones y contratos de licencia de la plataforma virtual o Metaverso en la que existe. Visto de esta forma, estamos ante un contrato de suministro permanente que da al adquirente el acceso a la plataforma, así como el uso de un activo individualizado en el que se reúnen obligaciones de hacer y no hacer. Estas últimas son necesarias para que el adquirente puede realizar una serie de acciones (creación de otros activos digitales, uso y explotación del activo, alquiler, entre otros) que permitan obtener un rendimiento y valor de su adquisición.

Cuando hablamos de propiedad virtual, en realidad nos estamos refiriendo a un activo digital que proviene de un contrato, celebrado entre el comprador del activo y el dueño de la plataforma en el que este se encuentra. Por tanto, estamos ante derechos personales, derivados de las obligaciones de los contratos.

En este sentido, respecto a las reglas aplicables a estos activos digitales, creemos que debe privilegiarse la autonomía de la voluntad expresada en los contratos entre los propietarios de las plataformas y los adquirentes, pero sometidos

a un conjunto de regulaciones que garanticen un cierto equilibrio negocial entre las partes.

A partir de este análisis, formulamos las siguientes recomendaciones regulatorias específicas para legisladores y usuarios:

Para los legisladores: (i) abstenerse de crear una nueva categoría de «propiedad virtual» como derecho real, reconociendo que los activos digitales en plataformas centralizadas constituyen derechos personales contractuales que funcionan adecuadamente bajo el marco jurídico existente de obligaciones y contratos; (ii) establecer requisitos mínimos de transparencia en los términos de servicio de plataformas de Metaverso, exigiendo que informen claramente a los usuarios sobre la naturaleza jurídica de los activos adquiridos, las limitaciones de sus derechos, las condiciones bajo las cuales la plataforma puede modificar, suspender o terminar el servicio, y los mecanismos de resolución de disputas disponibles; (iii) implementar normas de protección del consumidor específicas para transacciones de activos virtuales, estableciendo periodos de desistimiento, obligaciones de información precontractual clara sobre la fungibilidad y transferibilidad de los activos, y prohibición de cláusulas abusivas que permitan la modificación unilateral arbitraria de las características de los bienes virtuales adquiridos; (iv) regular los NFTs vinculados a activos virtuales mediante normas de protección marcaria y de consumo, sin equiparlos a propiedad real, reconociendo su naturaleza híbrida como certificados de autenticidad con valor comercial que confieren derechos contractuales específicos definidos en los términos de emisión; (v) establecer mecanismos obligatorios de resolución alternativa de disputas (como el Blockchain Dispute Resolution propuesto por López Rodríguez) específicamente diseñados para controversias en entornos virtuales descentralizados, con árbitros especializados en tecnología *blockchain* y activos digitales; (vi) crear registros públicos opcionales de transacciones de activos virtuales de alto valor, permitiendo a los usuarios que lo deseen inscribir sus adquisiciones para efectos de oponibilidad frente a terceros, sin que esto convierta al activo en propiedad real, y (vii) desarrollar normativa sobre portabilidad de activos virtuales entre plataformas compatibles, estableciendo estándares técnicos mínimos de interoperabilidad que reduzcan el *lock-in* de usuarios en plataformas específicas.

Y para los usuarios: (i) leer cuidadosamente los términos de servicio antes de realizar inversiones significativas en activos virtuales, prestando particular atención a las cláusulas sobre modificación del servicio, terminación de cuentas, transferibilidad de activos, y limitaciones de responsabilidad de la plataforma; (ii) comprender que los activos virtuales adquiridos constituyen derechos contractuales revocables, no propiedad perpetua e inviolable, y que su valor depende fundamentalmente de la continuidad y políticas de la plataforma emisora; (iii) diversificar inversiones en activos virtuales entre múltiples plataformas y no concentrar recursos significativos en una única plataforma centralizada, dado el riesgo de cierre, cambios de política, o modificaciones técnicas unilaterales; (iv) en el caso de NFTs vinculados a activos virtuales, verificar cuidadosamente qué derechos confiere realmente el *token* según los términos de emisión, distinguiendo entre la propiedad del NFT (certificado en *blockchain*), los derechos sobre el activo digital vinculado (generalmente contractuales), y los derechos de propiedad intelectual sobre el contenido asociado (frecuentemente retenidos por el creador); (v) considerar el uso de plataformas descentralizadas basadas en DAOs cuando se requiera mayor control y participación en la gobernanza, aunque reconociendo que estas también presentan riesgos técnicos y legales específicos; (vi) mantener evidencia de transacciones, correspondencia con la plataforma, y capturas de pantalla de términos de servicio aplicables al momento de la adquisición, para facilitar potenciales reclamaciones

futuras, y (vii) consultar con asesores legales especializados antes de realizar inversiones significativas en activos virtuales, particularmente cuando se proyecten usos comerciales o transacciones de alto valor.

Finalmente, consideramos que estas recomendaciones buscan equilibrar la protección de usuarios e inversores con el fomento de la innovación tecnológica, reconociendo que la regulación excesiva o inadecuada (como la creación de una categoría de propiedad virtual como derecho real) podría obstaculizar el desarrollo de estas tecnologías emergentes, mientras que la ausencia total de regulación deja a los usuarios desprotegidos frente a prácticas abusivas de plataformas dominantes.

Bibliografía

- Abramovitch, S. H. y Cummings, D. L. (2009). Virtual property, real law: The regulation of property in video games. *Canadian Journal of Law and Technology*, 6(2), pp. 73-81.
- Al-Gnbri, M. K. (2022). Accounting and auditing in the metaverse world from a virtual reality perspective: A future research. *Journal of Metaverse*, 2(1), pp. 29-41.
- Ante, L., Wazinski, F.P. y Saggi, A. (2023). Digital real estate in the metaverse: An empirical analysis of retail investor motivations. *Finance Research Letters*, 58(Part A), Article 104299. <https://doi.org/10.1016/j.frl.2023.104299>
- Argelich Comelles, C. (2022a). Contratos de consumo, derechos reales inmobiliarios, privacidad y responsabilidad civil en el Metaverso. En L.M. Martínez Velencoso y J. Plaza Penadés (dirs.), *Retos normativos del Mercado único digital europeo* (pp. 51-70). Tirant lo Blanch.
- Argelich Comelles, C. (2022b). La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas blockchain. En M. García Goldar y J. Núñez Cerviño (dirs.), *El Derecho ante la tecnología: Innovación y adaptación* (pp. 209-223). Colex.
- Avendaño, J. y Avendaño, F. (2017). *Derechos reales*. Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.
- Ball, M. (2020). The metaverse: What it is, where to find it, and who will build it. *Epyllion*. <https://www.matthewball.vc/all/themetaverse>
- Ball, M. (2021). Framework for the metaverse. *Epyllion*. <https://www.matthewball.vc/all/forwardtothemetaverseprimer>
- Bartle, R. (2004). Pitfalls of a virtual property. <https://mud.co.uk/richard/povp.pdf>
- Belk, R., Humayun, M., & Brouard, M. (2022). Money, possessions, and ownership in the metaverse: NFTs, cryptocurrencies, Web3 and wild markets. *Journal of Business Research*, (153), pp. 198-205.
- Bécares, B. (2023). Los libros electrónicos de Dahl se están actualizando sin pedir permiso. Tus libros de Kindle no son tuyos y no se pueden heredar. *Genbeta*. <https://www.genbeta.com/actualidad/libros-electronicos-dahl-se-estan-actualizando-pedir-permiso-tus-libros-kindle-no-tuyos-no-se-pueden-heredar>
- Bobrowsky, M. (2021). Big tech seeks its next fortune in the metaverse. *The Wall Street Journal*. <https://www.wsj.com/articles/big-tech-seeks-its-next-fortune-in-the-metaverse-11636459200>
- Brown, P. y Raysman, R. (2006). Property rights in cyberspace games and other novel legal issues in virtual property. *The Indian Journal of Law and Technology*, (2), pp. 87-105.
- Bullard, A. (2004). Reivindicando a los piratas: ¿es la propiedad intelectual un robo? *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, 1(1), pp. 307-337.
- Castronova, E. (2001). Virtual worlds: A first-hand account of market and society on the cyberian frontier. *CESifo Working Paper*, (618), pp. 1-42.

- Clavin, W. (2019). Virtual reality for scientists. *Caltech*. <https://www.caltech.edu/about/news/virtual-reality-scientists>
- Consejo de la Unión Europea. Analysis and Research Team. (2022). *Metaverse – virtual world, real challenges*. <https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf>
- Cordero Quinzacara, E. (2008). De la propiedad a las propiedades: La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho*, 31(2), pp. 493-525.
- Davis, W. (2021). *Metaverse explained for beginners: A complete guide to investing in cryptocurrency, NFT, blockchain, digital assets, web 3 & future technologies*. Autoedición.
- Dionisio, J. D., Burns, W. G., y Gilbert, R. (2013). 3D virtual worlds and the metaverse: Current status and future possibilities. *ACM Computing Surveys*, 45(3), Article 34, pp. 1-38.
- Decentraland. (2023). Terms of use. <https://decentraland.org/terms/>
- Della Vecchia, F. (2022). Alerta por estafas con NFT: Así roban las billeteras de usuarios de Rarible y Open Sea. *Forbes Argentina*. <https://www.forbesargentina.com/money/alerta-estafas-nft-asi-roban-billeteras-usuarios-rarible-open-sea-n15009>
- Dionisio, F. y Gordo, I. (2006). The tragedy of the commons, the public goods dilemma, and the meaning of rivalry and excludability in evolutionary biology. *Evolutionary Ecology Research*, (8), pp. 321-332.
- Dwivedi, Y. K., Hughes, L., Baabdullah, A. M., Ribeiro-Navarrete, S., Giannakis, M., Al-Debei, M. M., Dennehy, D., Metri, B., Buhalis, D., Cheung, C. M. K., Conboy, K., Doyle, R., Dubey, R., Dutot, V., Felix, R., Goyal, D. P., Gustafsson, A., Hinsch, C., Jebabli, I. y Wamba, S. F. (2022). Metaverse beyond the hype: Multidisciplinary perspectives on emerging challenges, opportunities, and agenda for research, practice and policy. *International Journal of Information Management*, (66), Article 102542.
- Erlank, W. (2010). Acquisition of ownership inside virtual worlds [Conference presentation]. International Property Law Conference 2010.
- Erlank, W. (2015). Virtual property: Lex virtualis ipsa loquitur. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, 18(7), pp. 2525-2559.
- European Law Institute. (2022). Model Rules on a Digital Asset Transfer System (Data). <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/completed-projects-old/digital-assets/>
- European Law Institute. (2022). ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security. ELI. <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/eli-principles-on-the-use-of-digital-assets-as-security/>
- European Law Institute. (2025). ELI Principles and Guidance for Enforcement Against Digital Assets. ELI. <https://www.europeanlawinstitute.eu/>
- Far, S. B., Rad, P., Jafari, A. y Jannati, H. (2022). A review of non-fungible tokens applications in the real-world and metaverse. *Procedia Computer Science*, (214), pp. 755-762. <https://doi.org/10.1016/j.procs.2022.09.231>
- Fairfield, J. A. T. (2005). Virtual property. *Boston University Law Review*, (85), pp. 1048-1102. <https://ssrn.com/abstract=807966>
- Fairfield, J. A. T. (2022). Property as the law of virtual things. *Frontiers in Research Metrics & Analytics*. *Washington and Lee University School of Law Scholarly Commons*. *Scholarly Articles*. <https://doi.org/10.3389/frma.2022.981964>
- Fernández, Y. (2021). Qué es el Metaverso, qué posibilidades ofrece y cuándo será real. *Xataka*. <https://www.xataka.com/basics/que-Metaverso-que-posibilidades-ofrece-cuando-sera-real>
- Garón, J. (2022) Legal implications of a ubiquitous metaverse and a Web3 future. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4002551

- García-Teruel, R. y Simón-Moreno, H. (2021). The digital tokenization of property rights: A comparative perspective. *Computer Law & Security Review*, (41), pp. 1-16. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105543>
- Gazi, S., Motta, M., Agrawal, A. y Ganguly, N. (2022). Blockchain as commons: Applying Ostrom's polycentric approach to blockchain governance. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4250547>
- Guilabert Vidal, M. R. (2022). Adquisición de Fincas Virtuales en el Metaverso y su Problemática en el Derecho Inmobiliario. *Cuadernos de Derecho Privado*, (4), pp. 53-79.
- Harbinja, E. (2014). Virtual worlds – A legal post-mortem account. *Scripted – A Journal of Law, Technology & Society*, 11(3), pp. 273-307.
- Huansheng, Ning, Wang, H., Lin, Y., Wang, W., Dhelim, S., Farha, F., Ding, J. y Daneshmand, M. (2021). A survey on metaverse: The state-of-the-art, technologies, applications, and challenges. *ArXiv*, pp. 1-34. <https://arxiv.org/abs/2111.09673>
- Hussein, M. y Natterdal, C. (2015). *The benefits of using virtual reality in education: A comparison study*. University of Gothenburg Chalmers University of Technology Department of Computer Science and Engineering.
- Institut International pour l'Unification du droit privé (2023). Draft Unidroit principles on digital assets and private law. <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2023/01/Draft-Principles-and-Commentary-Public-Consultation.pdf>
- Lastowka, G. y Hunter, D. (2004). The laws of the virtual worlds. *California Law Review*, 92(1), pp. 1-96. <https://doi.org/10.2139/ssrn.402860>
- Liu, H. (2022). Title, control and possession in the digital asset world. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4079185
- López Rodríguez, A. M. (2024). Inmuebles virtuales y perspectivas innovadoras de resolución de conflictos en el Metaverso. *Cuadernos de derecho transnacional*, 16(1), pp. 319-343. <https://doi.org/10.20318/cdt.2024.8426>
- López Rodríguez, A. M. (2025). *Resolución de conflictos en el Metaverso: nuevas reglas para mercados, propiedad, consumidores y trabajadores en las nuevas realidades virtuales*. Tecnos.
- López-Tarruella Martínez, A. (2023). Definiendo el Metaverso. En A. López-Tarruella Martínez (dir.), *Protección de la propiedad intelectual en el Metaverso* (pp. 21-42). Editorial Reus.
- Llamas Covarrubias, J. Z. (2021). La propiedad como objeto, medio y fin en el uso de las tic: propiedades inteligentes, geoetiquetadas y virtuales. *Revista de la Propiedad Inmaterial*, (30), pp. 247-293.
- Meehan, M. (2006). Virtual property: Protecting bits in context. *Richmond Journal of Law & Technology*, 13(2), pp. 1-48.
- Michels, J. D. y Millard, C. (2022) The new things: Property rights in digital files? *The Cambridge Law Journal*, 81(2), pp. 323-355.
- Moringiello, J. (2010). What virtual worlds can do for property law. *Florida Law Review*, (62), pp. 59-202.
- Nelson, J. W. (2010). Virtual property problem: What property rights in virtual resources might look like, how they might work, and why they are a bad idea. *McGeorge Law Review*, (41), pp. 1-34.
- Ostrom, E. (2010). Beyond markets and states: Polycentric governance of complex economic systems. *The American Economic Review*, 100(10), pp. 641-672. <https://doi.org/10.1257/aer.100.3.641>
- Pałosz, R. (2022). How do base rules constitute a virtual world? *International Journal Semiot Law*, (35), pp. 1879-1901.
- Pałka, P. (2017). *Virtual property: Towards a general theory*. Tesis doctoral, European University Institute, Department of Law.

- Oficina de Propiedad Intelectual de la Unión Europea (2023). Clasificación de Niza, 12ª edición. Clase 9: Archivos digitales descargables autenticados por tokens no fungibles [NFT]. <https://www.euipo.europa.eu>
- Pérez, E. (2021). Las ciudades virtuales se llenan de inversores inmobiliarios: más de 50 millones de dólares para comprar casas en las que no se puede vivir. *Xataka*. <https://www.xataka.com/criptomonedas/ciudades-virtuales-se-llenar-inversores-inmobiliarios-50-millones-dolares-para-comprar-casas-que-no-se-puede-vivir>
- Posner, R. y Landes, W. (2003). *The economic structure of intellectual property law*. Harvard University Press.
- Purtova, N. y van Maanen, G. (2022). Thinking of data as an economic good: What it can (not) teach us about data governance. *ArXiv*, pp. 1-58. <https://arxiv.org/abs/2212.10244>
- Scaboro, R. (2013). Le droit de propriété, un droit absolument relatif. *Droit et Ville*, 2(76), pp. 237-255.
- Skwarek, M. (2011). AR occupy Wall Street. *Docubase*. <https://docubase.mit.edu/project/ar-occupy-wall-street>
- Wetsman, N. (2021). VR treatment for lazy eye in children gets FDA approval. *The Verge*. <https://www.theverge.com/2021/10/20/22736894/fda-vr-tv-movies-treatment-lazy-eye-amblyopia>
- World Intellectual Property Organization. Committee on Development and Intellectual Property. (2012). *Scoping study on copyright and related rights and the public domain* (CDIP/7/INF/2).
- Woon, Alexander (2022): The metaverse is not above real world law. *The straits times*. <https://www.straitstimes.com/opinion/the-metaverse-is-not-above-real-world-law>
- Zapata, V. (2022). Decentraland anuncia alquiler de tierras en su Metaverso. *Beincrypto*. <https://es.beincrypto.com/decentraland-anuncia-alquiler-tierras-Metaverso>
- Zhou, M., Leenders, M. y Cong, L. M. (2018). Ownership in the virtual world and the implications for long-term user innovation success. *Technovation*, (78), pp. 56-65. <https://doi.org/10.1016/j.technovation.2018.06.002>

La reforma judicial en México (2024). ¿Instrumento de captura política o mecanismo de fortalecimiento institucional?

Judicial reform in Mexico (2024). Instrument of political capture or mechanism for institutional strengthening?

Azucena Serrano*

Universidad Autónoma Metropolitana-Xochimilco

ORCID ID 0009-0004-5066-1111

azucenacs7@gmail.com

Cita recomendada:

Serrano, A. (2026). La Reforma Judicial en México (2024). ¿Instrumento de captura política o mecanismo de fortalecimiento institucional? *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 144-174.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10378>

Recibido / received: 27/10/2025
Aceptado / accepted: 23/02/2026

Resumen

El presente estudio analiza la reforma judicial mexicana de 2024 con el objetivo de evaluar si fortaleció la independencia y profesionalismo de los tribunales o si, por el contrario, configuró un proceso de subordinación política. Para ello, se emplea una metodología cualitativa de corte normativo-comparativo y contextual, examinando en qué medida las nuevas disposiciones se aproximan o se alejan de los estándares internacionales de gobernanza judicial. El argumento central sostiene que el nuevo diseño no debe interpretarse como un cambio meramente técnico, sino como una estrategia más amplia de reconfiguración institucional bajo un régimen populista. En este marco, se plantea que la reforma constituyó un proceso de captura a través de la intervención del oficialismo en cinco ámbitos clave del sistema de justicia: los procesos de nombramiento, el régimen disciplinario, la titularidad de los jueces, la autonomía financiera y la autoridad jurisdiccional. Este análisis permite comprender la nueva ley como un ejemplo más de cómo los gobiernos populistas pueden

* Profesora Investigadora por la Universidad Autónoma Metropolitana, Xochimilco. Doctora en Investigación en Ciencias Sociales con mención en Ciencia Política por la FLACSO-México. Líneas de investigación: Elecciones, democracia participativa, instituciones democráticas y populismo.

emplear cambios normativos para consolidar su influencia política sobre el aparato de justicia, planteando desafíos significativos para la consolidación de un Estado de derecho.

Palabras clave

Reforma judicial, independencia judicial, captura institucional, des-democratización, populismo, México.

Abstract

This study examines Mexico's 2024 judicial reform with the aim of assessing whether it strengthened the independence and professionalism of the courts or, conversely, constituted a process of political subordination. To this end, it employs a qualitative normative-comparative and contextual methodology, analyzing the extent to which the new provisions align with or diverge from international standards of judicial governance. The central argument contends that the new institutional design should not be understood as a merely technical adjustment, but rather as part of a broader strategy of institutional reconfiguration under a populist regime. Within this framework, the reform is interpreted as a process of cooptation carried out through the ruling party's intervention in five key dimensions of the justice system: appointment procedures, the disciplinary regime, judicial tenure, financial autonomy, and jurisdictional authority. This analysis allows the reform to be understood as a further example of how populist governments may use legal changes to consolidate political influence over the judiciary, posing significant challenges to the consolidation of the rule of law.

Keywords

Judicial reform, judicial independence, institutional capture, democratic backsliding, populism, Mexico.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. El Poder Judicial en las democracias liberales. 3. Mecanismos institucionales para fortalecer el Poder Judicial. 4. Limitaciones del marco normativo. 5. Hipótesis y metodología. 6. Crisis de la democracia liberal, populismo y reformas institucionales. 7. El populismo en México. 8. El Poder Judicial en México: situación anterior a la reforma. 9. Patrones de presión política sobre el Poder Judicial. 10. Principales cambios de la reforma. 11. Evaluación de los cambios a la luz de los estándares internacionales. 11.1. Control de acceso a la judicatura. 11.2. Instrumentalización del régimen disciplinario. 11.3. Debilitamiento de la estabilidad judicial. 11.4. Intervención en la gestión administrativa y presupuestaria. 11.5. Menoscabo de la autoridad judicial. 12. Conclusiones

1. Introducción

Las reformas judiciales se han convertido en uno de los ejes centrales del debate contemporáneo sobre la calidad democrática y el fortalecimiento del Estado de derecho. En este contexto, la reforma al Poder Judicial (PJ) en México en 2024 plantea una interrogante central para la teoría democrática y el constitucionalismo comparado: ¿se trata de un proceso de fortalecimiento institucional orientado a corregir déficits históricos de legitimidad y eficiencia, o constituye un mecanismo de captura que debilita la autonomía del PJ y reconfigura el equilibrio de poderes? El presente artículo intenta contestar a esta pregunta basándose en la literatura sobre gobernanza judicial y los estudios sobre populismo. Sostiene que la reforma de 2024 debe analizarse no solo como un rediseño técnico del sistema de justicia, sino como parte de una estrategia más amplia de reconfiguración institucional en un contexto populista.

El argumento central que se defiende es que, si bien el PJ mexicano enfrentaba problemas reales (impunidad, nepotismo, rezago y baja legitimidad social), el nuevo diseño institucional no fortalece sus garantías de independencia, profesionalización y autoridad, sino que introduce mecanismos que incrementan su vulnerabilidad frente al poder político, abriendo la puerta a una subordinación estructural. Asimismo, se sostiene que estos mecanismos de cooptación no surgieron de manera aislada ni repentina, más bien fueron precedidos por patrones sistemáticos de presión política (discursiva, legislativa, presupuestal e institucional) que erosionaron gradualmente la legitimidad y la capacidad de resistencia del órgano judicial, preparando el terreno para su posterior reconfiguración normativa. Cabe señalar que el argumento planteado no es completamente original. La ciencia política ha explicado ya el vínculo entre populismo y reformas judiciales, mostrando cómo los liderazgos populistas tienden a intervenir en los tribunales para neutralizar contrapesos y consolidar poder. Sin embargo, la relevancia de este trabajo radica en documentar con detalle cómo tuvo lugar ese proceso en el caso mexicano y en identificar los mecanismos empleados para lograr la cooptación judicial.

Para evaluar la hipótesis, la investigación adopta un enfoque cualitativo de carácter normativo-comparativo y contextual. A partir de estándares internacionales sobre independencia judicial y de la teoría contemporánea sobre la autonomía y autoridad de los tribunales, se realiza un análisis jurídico-institucional de la reforma, contrastando sus disposiciones con parámetros consolidados de gobernanza judicial. Este examen se complementa con un análisis contextual que reconstruye el entorno político en el que la reforma fue gestada y aprobada, identificando patrones previos de presión. La triangulación de fuentes (iniciativas legislativas, debates parlamentarios, discursos oficiales, cobertura mediática e informes especializados) permite no solo evaluar el diseño formal de la reforma, sino también comprender las dinámicas de poder que la hicieron posible. El documento se estructura de la siguiente manera. Primero, se desarrolla el marco teórico sobre gobernanza judicial y sus límites. Segundo, se analiza la crisis de legitimidad de la democracia liberal y el vínculo entre populismo y reformas institucionales. Tercero, se examina el caso mexicano y los patrones de presión política sobre el PJ previos a la reforma. Cuarto, se evalúan los cambios normativos a la luz de las hipótesis planteadas. Finalmente, se dan las conclusiones.

2. El Poder Judicial en las democracias liberales

Las democracias liberales tienen como objetivo central la defensa de las libertades y garantías fundamentales, entendidas como prerrogativas propias de toda persona y no como dádivas del poder político. Estos derechos fundamentales (de carácter civil, político, social, económico y jurídico) establecen límites claros a la autoridad, cuya tarea principal consiste en proteger la dignidad humana frente a abusos, ya provengan de instancias gubernamentales o de actores privados. Desde esta perspectiva, el Estado no es un fin en sí mismo, sino un instrumento al servicio del individuo; por ello, este modelo democrático se presenta como la forma de organización más idónea para asegurar la autonomía y el respeto a la persona. Sin embargo, la efectiva protección de estas libertades requiere de dispositivos institucionales capaces de contener a quienes gobiernan. La Constitución, la separación de poderes, el Estado de derecho, las elecciones libres y el pluralismo político constituyen condiciones estructurales indispensables de toda democracia liberal. Entre estos elementos, el Estado de derecho ocupa un lugar central, pues garantiza que todas las personas, autoridades y órganos públicos actúen sometidos a normas generales y no a voluntades arbitrarias.

Ahora bien, para sostener la vigencia del Estado de derecho, resulta imprescindible un Poder Judicial autónomo, capaz de hacer valer el marco normativo, actuar como contrapeso frente a los demás poderes y proteger las garantías fundamentales mediante la interpretación y aplicación de la ley, incluso cuando ello implique revisar decisiones respaldadas por mayorías políticas. No obstante, para que los tribunales funcionen con eficacia, es indispensable que cuenten con ciertos atributos básicos, como son: la independencia judicial, autoridad, profesionalismo y especialización, legitimidad política y rendición de cuentas. Estos criterios de gobernanza han sido ampliamente desarrollados por la teoría política y constitucional contemporánea, como muestran los trabajos de Ackerman (2000), Russell y O'Brien (2001), Burbank y Friedman (2002), Shetreet y Forsyth (2012), Ríos-Figueroa y Staton (2014) y Brinks y Blass (2018), así como por organismos internacionales especializados en gobernanza judicial, entre ellas la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 1982), el Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE, 2010), la Red Mundial de Justicia Electoral (RMJE, 2021) y la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, 2020). A continuación, se explica cada uno de estos elementos.

La independencia judicial es la capacidad de los jueces y del sistema jurisdiccional en su conjunto, para ejercer sus funciones sin influencias ni controles externos e internos, resolviendo los casos únicamente con base en los hechos, el derecho aplicable y su propio razonamiento, libres de presiones políticas, económicas o de cualquier otra índole (Russell y O'Brien, 2001; Burbank y Friedman, 2002). Este principio se manifiesta en dos dimensiones complementarias: la independencia externa, que protege a los jueces de interferencias provenientes del Ejecutivo, Legislativo u otros actores con poder; y la independencia interna, orientada a proteger su libertad decisoria frente a influencias dentro de la propia estructura jerárquica (Pozas y Ríos-Figueroa, 2022). Cuando cualquiera de estas formas de independencia se debilita, se afecta la objetividad, la igualdad ante el orden jurídico y el sentido mismo de justicia, pues las sentencias terminan respondiendo a intereses ajenos en lugar de fundarse en argumentos jurídicos sólidos.

Es importante señalar que varios teóricos y analistas del PJ han advertido que este órgano no actúa en un vacío institucional ni como un árbitro neutral separado del sistema político, sino como un actor estratégico que interactúa con otras fuerzas y, a menudo, se alinea con coaliciones de poder dominantes (Dahl, 1957; Epstein y Knight, 1998; Helmke y Ríos-Figueroa, 2010). De esta manera, la independencia judicial no puede entenderse como aislamiento o neutralidad absoluta, sino como una relación contingente, donde depende de factores como incentivos políticos, apoyos institucionales y la distribución del poder. En efecto, los tribunales requieren de otros actores para implementar y legitimar sus decisiones, lo que los lleva a negociar, acomodarse o resistir según el contexto. Ignorar estas interdependencias conduce a una visión ilusoria de la independencia, que oscurece el carácter político de la judicatura y limita nuestra capacidad para comprender fenómenos como la cooperación estratégica, el activismo selectivo o la captura del sistema judicial.

A la luz de esta advertencia, la independencia debe concebirse no como neutralidad apolítica o aislamiento institucional, sino como una capacidad relacional y estratégica para interactuar con el sistema político sin quedar subordinado (ni formal ni informalmente) a ningún actor, grupo o coalición dominante, aun estando plenamente inserto en él (Brinks y Blass, 2018). Esta capacidad relacional no implica alineamiento ni dependencia, sino la posibilidad de gestionar presiones, apoyos, y conflictos de manera tal que preserve un margen autónomo de decisión. La independencia, así entendida, no elimina la política del quehacer judicial, sino que

regula la forma en que los jueces interactúan con ella, e impide que los tribunales se conviertan en instrumentos de intereses particulares o proyectos hegemónicos.

El PJ no debe entenderse únicamente en términos de independencia frente a presiones externas o internas, sino que también es importante analizar el grado de autoridad que posee (Brinks y Blass, 2018). Esto se refiere a la capacidad real del tribunal para intervenir en decisiones políticamente relevantes y producir efectos obligatorios sobre otros actores del Estado. La autoridad, por tanto, expresa qué tan central es el PJ dentro del sistema constitucional, no solo como intérprete del derecho, sino como actor con capacidad real de gobernanza constitucional. Brinks y Blass (2018) subrayan que la independencia y la autoridad judicial no son equivalentes ni necesariamente correlacionadas, ya que un tribunal puede ser altamente independiente, pero carecer de autoridad efectiva para influir en la política, o bien poseer amplias facultades constitucionales, pero estar sujeto a captura política. Esta distinción resulta especialmente relevante para el análisis de América Latina, donde reformas institucionales han fortalecido formalmente la autonomía judicial sin asegurar, en muchos casos, su capacidad real de control del poder, o han expandido la autoridad de los tribunales en contextos de debilidad en sus garantías de independencia.

La especialización y el profesionalismo en la judicatura son conceptos distintos pero complementarios. La especialización permite a los jueces contar con conocimientos técnicos profundos en áreas específicas del derecho, elevando la calidad, precisión y eficiencia en sus fallos (Baum, 2011). El profesionalismo, en cambio, implica formación continua, ética, responsabilidad y un compromiso constante con los valores democráticos, los derechos humanos y el servicio público (Waldo, 1948). La ausencia de cualquiera de estos elementos debilita la calidad de la justicia, genera inseguridad jurídica y puede propiciar prácticas como la corrupción, la demora procesal y un trato inadecuado a los ciudadanos. Por otro lado, la legitimidad judicial es el reconocimiento social de que el PJ tiene autoridad moral y legal para ejercer su función, es decir, para resolver conflictos, interpretar y aplicar el derecho y proteger los derechos fundamentales. No basta con que los jueces cuenten con un poder formal otorgado por la ley y la Constitución; es indispensable que la sociedad los perciba como actores justos, imparciales, competentes y confiables (Tyler, 1990). En este sentido, un PJ es legítimo cuando los ciudadanos confían en que sus decisiones son acertadas, imparciales y guiadas por el derecho, no por intereses políticos o personales. Esta legitimidad resulta fundamental, pues en una democracia el cumplimiento voluntario de las resoluciones judiciales y el respeto al Estado de derecho dependen en gran medida de la confianza pública hacia el sistema judicial.

Finalmente, la rendición de cuentas es el principio que obliga a los tribunales, y en particular a los jueces, a justificar y asumir plena responsabilidad por el ejercicio de sus funciones públicas, siempre dentro del marco de la ley, la ética y la Constitución. Esto no implica un control político que comprometa su independencia, sino que busca garantizar que dicha independencia se ejerza con responsabilidad, transparencia y bajo mecanismos institucionales de supervisión (Barak, 2006). En un Estado democrático de derecho, la independencia judicial no puede confundirse con impunidad ni con un aislamiento absoluto frente al escrutinio público. Por el contrario, debe complementarse con sistemas que permitan evaluar el desempeño, la conducta y el uso del poder judicial, asegurando que este sirva al interés general y no a intereses particulares o indebidos.

3. Mecanismos institucionales para fortalecer al Poder Judicial

En el apartado anterior se subrayó el papel crucial del PJ en el mantenimiento del Estado de derecho y los principios que debe cumplir para operar eficazmente. Pero surge una pregunta clave: ¿cómo asegurar que estos estándares se cumplan realmente? Según la teoría política y constitucional contemporánea (Russell y O'Brien, 2001; Burbank y Friedman, 2002), así como las recomendaciones de organismos internacionales (ONU, 1982; CCJE, 2010; UNODC, 2020), los factores esenciales para garantizar estas condiciones son: los procedimientos de selección y nombramiento de jueces, la gestión de la carrera judicial, la estabilidad en la titularidad de los cargos, la autonomía financiera y administrativa del tribunal, y el alcance y respeto de sus decisiones. Cada uno de estos elementos será examinado a continuación, mostrando cómo contribuye a un sistema judicial sólido y confiable.

Procedimientos de nombramiento: La teoría política y las buenas prácticas internacionales sostienen que la independencia judicial no depende de un único candado institucional, sino de procesos de nombramiento que distribuyen el poder entre múltiples actores con intereses distintos (Brinks y Blass, 2018). Los sistemas que mejor protegen la autonomía judicial son aquellos que combinan la intervención de diversas ramas del poder (por ejemplo, propuestas del Ejecutivo con ratificaciones legislativas calificadas y participación de órganos técnicos) e incorporan reglas que impiden capturas unilaterales. Esta fragmentación eleva los costos de politización, promueve acuerdos pluralistas y fortalece la autonomía efectiva de los jueces, a diferencia de los esquemas concentrados en un solo poder, que suelen producir tribunales formalmente independientes, pero políticamente vulnerables. Asimismo, para asegurar un sistema judicial eficiente y confiable, los mecanismos de selección deben basarse en criterios objetivos de mérito, trayectoria, conocimiento, idoneidad e integridad, garantizando también la competencia profesional e imparcialidad en el ejercicio del cargo (CCJE, 2010).

Gestión de la carrera judicial: Una buena gestión de la carrera judicial es fundamental para proteger la autonomía, la imparcialidad, la calidad profesional y la confianza en el PJ. Estos valores perduran cuando el ingreso, el ascenso y la permanencia se rigen por reglas claras, técnicas y tomadas de manera colegiada, basadas en el mérito y en evaluaciones transparentes, y no en decisiones arbitrarias o favoritismos políticos. Contar con órganos autónomos y plurales que administren y evalúen la carrera ayuda a evitar coacciones externas o internas (ONU, 1982; CCJE, 2010; y UNODC, 2020). Así, cuando las oportunidades de progreso dependen de criterios objetivos y estables, se fortalece la independencia real; en cambio, si la carrera está controlada por actores políticos o por autoridades internas, la estabilidad puede usarse como forma de disciplina antes que una garantía de libertad decisoria.

Términos y condiciones de la titularidad: La regulación de la titularidad y permanencia en el cargo también es clave para el buen funcionamiento del PJ, porque define qué tan vulnerables son los jueces frente a represalias políticas. La teoría y los estándares internacionales señalan que la autonomía se refuerza cuando existen períodos largos o vitalicios, reglas estrictas para la destitución y procesos disciplinarios a cargo de órganos institucionales autónomos, no de mayorías políticas (ONU, 1982; CCJE, 2010; y UNODC, 2020). Si la permanencia está jurídicamente protegida y es difícil remover a un juez por razones partidarias, este puede decidir con mayor libertad. En cambio, cuando las remociones son flexibles o la disciplina depende del poder político, la estabilidad se transforma en un mecanismo de presión, debilitando la independencia real. También son importantes condiciones materiales como sueldos adecuados y protegidos frente a recortes arbitrarios, ya que brindan

seguridad profesional y reducen riesgos de corrupción o sometimiento político (ONU, 1982; CCJE, 2010; y UNODC, 2020).

Autonomía financiera y administrativa: La autonomía financiera y administrativa representa un elemento determinante para su funcionamiento eficaz. Cuando este órgano depende de otras instancias para obtener sus recursos, queda expuesto a presiones que pueden incidir en su operatividad, en la calidad del servicio y en las condiciones laborales de quienes lo integran. Para evitar esa vulnerabilidad, resulta necesario que elabore su propio presupuesto de manera transparente y justificado, mientras órganos administrativos autónomos se encargan de gestionar los recursos de forma eficiente, distribuyendo fondos equitativamente, implementando controles internos, priorizando infraestructura, capacitación y tecnología, y asegurando un número adecuado de jueces y personal. Además, es fundamental establecer indicadores de desempeño que permitan evaluar el impacto de las acciones adoptadas, fortaleciendo así la efectividad (UNODC, 2020).

Fortalecimiento de la autoridad judicial: Respecto a la autoridad judicial, esta se fortalece diseñando tribunales con competencias amplias, efectos jurídicos robustos y acceso efectivo a la justicia constitucional (Brinks y Blass, 2018). Esto implica que puedan revisar leyes y actos del Ejecutivo, anular actos con efectos generales, interpretar directamente derechos fundamentales y contar con mecanismos accesibles para que ciudadanos y organizaciones activen el control constitucional. Asimismo, es importante que las decisiones judiciales sean vinculantes y ejecutables, con reglas claras de cumplimiento que obliguen a los otros poderes del Estado a acatarlas (Brinks y Blass, 2018). En conjunto, estos mecanismos convierten al PJ en un actor central del sistema constitucional, capaz no solo de decidir con independencia, sino de influir realmente en la política pública y en el equilibrio de poderes.

4. Limitaciones del marco normativo

En las líneas anteriores se delinearon los principios en los que debe basarse el funcionamiento del PJ, junto con los mecanismos diseñados para resguardar su autonomía, profesionalización y responsabilidad institucional. No obstante, resulta indispensable reconocer los límites de este marco normativo para evitar una argumentación simplista que asuma dichos estándares internacionales como perfectos, neutrales o incuestionables. Aunque la separación de poderes, la independencia de los tribunales y los sistemas meritocráticos de carrera se han consolidado como referentes normativos centrales en el análisis de sistemas judiciales contemporáneos, es importante advertir que tales arreglos no garantizan por sí solos resultados democráticos. Numerosos estudios muestran que las cortes operan dentro de configuraciones políticas concretas, establecen relaciones de colaboración o conflicto con los gobiernos y, en algunos casos, pueden incluso apoyar a los grupos que tienen más poder o ayudar a mantener desigualdades ya existentes (Hirschl, 2004; Helmke y Ríos-Figueroa, 2010).

Asimismo, diversos análisis advierten que los modelos de gobernanza judicial, pese a su amplia difusión por organismos multilaterales, suelen basarse en supuestos institucionales ideales. Por ejemplo, asumen que existen burocracias organizadas, un verdadero equilibrio entre las autoridades y que las normas se cumplen de manera efectiva. Sin embargo, en democracias en desarrollo o en regímenes híbridos, donde persisten dinámicas de informalidad institucional, concentración de poder político y debilidades estructurales del Estado de derecho, estas condiciones rara vez se cumplen plenamente. Por tanto, la aplicación automática de dichos estándares puede

ocultar relaciones de dependencia política e ignorar formas más sutiles de control judicial. En consecuencia, si no se considera el contexto y las prácticas políticas informales, se corre el riesgo de no comprender correctamente cómo funcionan en los hechos los cambios institucionales (Pozas y Ríos-Figueroa, 2022).

De manera complementaria, diversos autores han advertido que el fortalecimiento de la independencia judicial y la adopción acrítica de modelos de gobernanza judicial pueden, en determinados contextos, favorecer la consolidación de poderes judiciales altamente cerrados, corporativos y socialmente distantes. La excesiva autonomización de la judicatura puede derivar en formas de elitismo institucional en las que jueces y altos tribunales adquieran una autoridad desproporcionada frente a los poderes representativos, limitando espacios de deliberación democrática y, en algunos casos, sustituyendo decisiones políticas por interpretaciones judiciales poco sensibles a las demandas sociales. Este fenómeno (frecuentemente descrito como juristocracia) pone de relieve que la independencia judicial, si no se equilibra con mecanismos adecuados de rendición de cuentas y apertura institucional, también puede generar tensiones democráticas relevantes (Hirschl, 2004; Abdo, 2013).

No obstante, estas limitaciones no invalidan los modelos de gobernanza judicial. Por el contrario, dichos principios siguen ofreciendo criterios fundamentales para evaluar grados de autonomía judicial, niveles de profesionalización y riesgos de subordinación política. Al reconocer que siempre existen tensiones entre la justicia y el poder, estos estándares permiten identificar con mayor claridad cómo las reformas judiciales pueden alterar los equilibrios entre poderes y facilitar procesos de captura o debilitamiento de los contrapesos democráticos, especialmente en contextos de concentración de poder ejecutivo. El punto clave es reconocer las limitaciones de estos modelos y actuar de manera que se eviten los riesgos señalados anteriormente.

5. Hipótesis y metodología

A partir del marco teórico expuesto y una vez que se indicaron las limitaciones de este referente normativo pueden formularse las siguientes cinco hipótesis de investigación, orientadas a evaluar empíricamente la reforma judicial mexicana de 2024 y analizar si constituyó un mecanismo de cooptación del PJ por el gobierno en turno o si fue una herramienta de fortalecimiento institucional.

- **H1: Procedimientos de nombramiento:** Si los nombramientos judiciales son plurales, con contrapesos institucionales y criterios de mérito, aumenta la autonomía judicial; si se concentran en un solo poder y permiten injerencia política, crece el riesgo de cooptación y subordinación del poder judicial.
- **H2. Régimen disciplinario:** Si el régimen disciplinario garantiza reglas estrictas de destitución y procesos a cargo de órganos autónomos y no políticos, se fortalece la independencia judicial; si las remociones son arbitrarias y están sujetas a presiones políticas, aumenta el riesgo de dominación.
- **H3. Titularidad del cargo:** Si la titularidad del cargo judicial está protegida mediante períodos largos o vitalicios, incrementa la integridad del PJ; al contrario, la reducción de las garantías de permanencia (mediante mandatos breves o mecanismos de remoción discrecionales) incrementa la inseguridad de los jueces y genera incentivos para emitir decisiones alineadas con los actores que pueden incidir en su continuidad o trayectoria profesional.
- **H4. Autonomía financiera:** Si el poder judicial cuenta con autonomía financiera y administrativa (incluida la elaboración de su propio presupuesto y

la gestión eficiente y transparente de sus recursos) se fortalece su funcionamiento; si depende de otras instancias para financiarse y administrarse, aumenta su susceptibilidad a presiones externas que pueden afectar su operatividad y desempeño.

- **H5. Autoridad judicial:** Si el tribunal dispone de amplias competencias, efectos jurídicos vinculantes y acceso efectivo al control constitucional, su capacidad para influir en el equilibrio de poderes se fortalece; de lo contrario, su peso político se debilita y aumenta el riesgo de subordinación.

Para comprobar estas hipótesis la investigación adopta un enfoque cualitativo de carácter normativo-comparativo, orientado a evaluar en qué medida las reformas analizadas se ajustan (o se apartan) de los estándares internacionales de gobernanza judicial. El análisis parte de los principios desarrollados líneas arriba en materia de independencia judicial, para utilizarlos como parámetro normativo de contraste. En términos metodológicos, se examinarán los cambios introducidos por la reforma mediante un análisis jurídico-institucional de sus disposiciones, identificando variaciones en los procedimientos de nombramiento, las garantías de estabilidad, el régimen disciplinario, la autonomía financiera y el alcance de la autoridad jurisdiccional. Pero antes de pasar a ese examen, se explicará el interés del populismo por debilitar al PJ. Para ello, es necesario abordar primero la crisis de legitimidad de la democracia liberal, el surgimiento del populismo y cómo, al acceder al poder, este busca transformar la democracia liberal debilitando instituciones esenciales.

6. Crisis de la democracia liberal, populismo y reformas institucionales

En el primer apartado de este texto se sostuvo que uno de los fines centrales de las democracias liberales es la protección de las libertades individuales y los derechos fundamentales, lo que explica la relevancia del Estado de derecho y la necesidad de un PJ autónomo y respetado. Sin embargo, la democracia no puede reducirse a su dimensión jurídico-liberal. Es, ante todo, una forma de gobierno representativo fundada en la soberanía popular y en el principio de igualdad política (Rousseau, 2017). En efecto, no se debe olvidar que la democracia es el gobierno del pueblo. La legitimidad democrática, por tanto, no descansa únicamente en la garantía de derechos y libertades, sino también en la capacidad de las instituciones para expresar, canalizar y transformar la voluntad ciudadana en decisiones colectivas.

Precisamente para articular estas dos dimensiones (protección de libertades y soberanía popular) la democracia liberal se organiza mediante una compleja arquitectura institucional que incluye parlamentos, partidos, tribunales, prensa libre, procedimientos deliberativos y mecanismos de control del poder (Dahl, 1998). Estas mediaciones no constituyen un obstáculo al autogobierno, sino su condición de posibilidad en sociedades plurales y complejas, pues sin esta arquitectura sería difícil canalizar el conflicto, procesar la diversidad y transformar desacuerdos profundos en decisiones legítimas, aceptables incluso para quienes resultan perdedoras en el proceso (Rawls, 1971; Dahl, 1998). No obstante, se debe admitir que este diseño institucional genera tensiones persistentes con la promesa de igualdad política, en la medida en que la representación produce inevitablemente élites políticas (Michels, 2008; Schumpeter, 1942; Dahl, 1998). El problema democrático no reside en la existencia de estas élites, sino en su tendencia a autonomizarse, cerrarse sobre sí mismas y debilitar los vínculos de rendición de cuentas, lo que profundiza la distancia entre representantes y representados y erosiona la función representativa de las instituciones.

Este proceso de autonomización de las élites se intensifica cuando la toma de decisiones de interés general se desplaza hacia espacios tecnocráticos, corporativos o poco accesibles al escrutinio público (Mills, 1957). En estas condiciones, la democracia liberal puede conservar su legalidad formal, pero comienza a perder legitimidad social, ya que amplios sectores de la ciudadanía no se sienten representados, perciben que sus demandas no son escuchadas y consideran que las instituciones responden a intereses particulares antes que al interés general (Mouffe, 2009). Esta brecha entre gobernantes y gobernados produce una creciente desafección política, que se manifiesta en abstención electoral, apatía y desconfianza hacia las instituciones democráticas (Mouffe, 2009). Es en este contexto de crisis de representación y distanciamiento sostenido entre las instituciones y la ciudadanía donde el populismo emerge como una respuesta política a la pérdida de legitimidad de la democracia liberal (Mouffe, 2009). La fuerza del populismo no radica únicamente en su lenguaje confrontativo, sino en su capacidad para movilizar apoyo y articular una crítica efectiva (aunque normativamente problemática) a la percepción de que los mecanismos de decisión pública han sido capturados por élites políticas, económicas y tecnocráticas, volviéndose impermeables al control ciudadano. Pero también, su fuerza proviene de la promesa de restaurar una democracia auténtica, en la que el pueblo realmente decida su destino. Mediante esta combinación de crítica, movilización y promesa, el populismo logra acceder al poder y transformar desde adentro las democracias liberales (Urbinati, 2020). Para comprender mejor esta dinámica, es necesario comenzar por definir qué entendemos por populismo.

De acuerdo con Urbinati (2023), las definiciones sobre el populismo se orientan principalmente en dos direcciones: la formulación de un concepto minimalista y la construcción de una teoría maximalista. La primera busca identificar el fenómeno cuando se presenta, extrayendo ciertas condiciones mínimas que lo caracterizan. Para ello, se analizan su ideología o discurso, su estilo político y las estrategias empleadas para alcanzar el poder. Entre los referentes de este enfoque se encuentran Mudde y Rovira Kaltwasser (2019), Weyland (2001) y Knight (1998). En cambio, la teoría maximalista trasciende la función meramente analítica, reclamando una validez eficaz, ya que propone un modelo para conformar un sujeto colectivo capaz de atraer a la mayoría y ejercer el gobierno. Particularmente en tiempos de crisis institucional y ante el declive de la legitimidad tradicional de los partidos, este proyecto puede desempeñar un papel político y reorganizar el orden democrático existente. Entre sus exponentes más destacados se encuentran Ernesto Laclau (2005) y Chantal Mouffe (2009).

Frente a estas aproximaciones, surge una perspectiva más crítica, la de la politóloga italiana Nadia Urbinati (2020), que será la que se emplee en este texto. Su propuesta se distancia de las definiciones minimalistas, que reducen el populismo a una retórica antiélite o a una estrategia electoral, pues estas visiones no alcanzan a capturar el impacto estructural que el populismo ejerce sobre la democracia liberal una vez que accede al poder. Asimismo, su enfoque contrasta con el de autores como Laclau (2005), para quien el populismo podría representar una forma de expansión democrática. Urbinati, en cambio, enfatiza que el populismo tiende a eliminar lo que hace posible una democracia, a saber: el pluralismo, instituciones mediadoras, procedimientos deliberativos y mecanismos de control, para sustituirlos por una lógica de identificación absoluta entre el líder y pueblo. A continuación, examinaremos cómo se materializa este proceso.

Para Urbinati (2020), el populismo no se limita a un estilo retórico ni a una ideología débil, sino que constituye una forma específica de representación política que surge desde el interior de las democracias liberales. A diferencia de la representación liberal, que se basa en la mediación institucional, el pluralismo y la

deliberación, el populismo busca reducir la distancia entre gobernantes y gobernados, presentando al líder como intérprete inmediato y exclusivo de la voluntad popular. En este sentido, el populismo no elimina la representación, sino que la concentra en una figura personal que afirma encarnar al pueblo en su totalidad: el líder ya no habla en nombre del pueblo, sino como si fuera el pueblo. No obstante, el eje de la teoría de Urbinati (2020) es que el «pueblo» populista no coincide con la totalidad de la ciudadanía. Se trata de una fracción que se presenta como el pueblo auténtico, verdadero o moralmente superior, mientras que quienes disienten son excluidos simbólicamente, identificados como élites corruptas, enemigos o antipueblo. Por ello, esta concepción del pueblo resulta profundamente antipluralista.

Ahora bien, un rasgo clave del populismo, según Urbinati (2020) es su «antisistemismo». Esto no debe entenderse como un rechazo total de la democracia o de la política, sino como una crítica radical a las instituciones y procedimientos de la democracia liberal. El antisistemismo populista se expresa en la deslegitimación de los parlamentos, los partidos políticos, los tribunales, los medios de comunicación, y en general, de todas las instancias de mediación. Estas instituciones son presentadas como artificios corruptos que distorsionan la voluntad popular. El sistema aparece, así, como un obstáculo ilegítimo que impide que la mayoría gobierne plenamente, tal como promete la democracia. Sin embargo, para Urbinati (2020), el antisistemismo no solo aparece como una crítica al sistema, sino también cumple una función estratégica, ya que constituye el mecanismo central mediante el cual el populismo puede acceder al poder sin perder su identidad política. Al redefinir el sistema como un conjunto de instituciones capturadas por élites corruptas (y no como el espacio legítimo del gobierno democrático), el populismo logra gobernar desde dentro del orden democrático mientras se presenta externo a él. De este modo, aunque ocupa el Estado y ejerce el poder, el liderazgo populista mantiene la narrativa de confrontación con un sistema que siempre aparece como residual, resistente o saboteador. Esta construcción discursiva permite y legitima una transformación concreta del orden institucional.

Dicha transformación no implica suprimir por completo las instituciones de la democracia liberal, sino en subordinarlas de manera gradual y discreta: las instituciones son capturadas, debilitadas y puestas bajo control, de modo que pierden independencia y dejan de cumplir plenamente su función de equilibrar poderes (Bermeo, 2016; Levitsky y Ziblatt, 2018; Waldner y Lust, 2018). Este proceso resulta posible y políticamente eficaz en un contexto marcado por una profunda crisis de legitimidad de la democracia liberal, en el que amplios sectores de la ciudadanía perciben a las instituciones como distantes, opacas, corruptas y ajenas a su voluntad. En este escenario, el populismo encuentra condiciones favorables para intervenir sobre ellas sin enfrentar una resistencia social significativa. Así, parlamentos, partidos, tribunales y organismos de control no son eliminados, sino progresivamente despojados de su autonomía o son subordinados a los intereses del régimen populista. El resultado es un vaciamiento de la democracia: las instituciones persisten en la forma, pero pierden su función pluralista, deliberativa y limitadora del poder. La democracia no desaparece, pero se transforma en un régimen plebiscitario, centrado en la relación directa entre el líder y el pueblo, en la que el líder se erige como el intérprete exclusivo de la voluntad popular (Urbinati, 2020). Lo cual contradice los principios de una sociedad libre y plural, ya que concentra el poder en el líder, imponiendo la voluntad de la mayoría sobre quienes disienten.

¿De qué manera se conecta lo anterior con las reformas al poder judicial? La respuesta radica en el lugar que este ocupa dentro de la arquitectura institucional de la democracia liberal. Como ya se ha mencionado, el PJ constituye un contrapeso central frente a los abusos del Ejecutivo y del Legislativo, protege los derechos

fundamentales y limita el ejercicio arbitrario del poder mediante mecanismos como el control de constitucionalidad, la anulación de actos ilegales y la defensa de las minorías. Precisamente por estas funciones, el PJ se convierte en un obstáculo para los proyectos populistas que buscan concentrar la representación de la voluntad popular en la figura del líder (Ríos-Figueroa, 2022). Pero desde la perspectiva populista, los tribunales no son garantes del Estado de derecho, sino que forman parte de un sistema capturado por élites corruptas, cuya función sería bloquear la realización de la voluntad popular tal como es interpretada y encarnada por el líder (Urbinati, 2020).

Por ello, una vez en el poder, estos liderazgos suelen desplegar una estrategia gradual orientada a someter al PJ, especialmente cuando los tribunales han puesto resistencia a los planes y proyectos del régimen populista (Ríos-Figueroa, 2022). En una fase inicial, recurren a una narrativa de deslegitimación que presenta a jueces y tribunales como élites corruptas, privilegiadas y antidemocráticas, con el fin de erosionar su credibilidad social. Posteriormente, impulsan mecanismos de control institucional que pueden incluir el nombramiento de jueces afines, presiones políticas directas, la captura de órganos disciplinarios o reformas legales y constitucionales que reducen la autonomía judicial. El éxito de estos procesos depende tanto de la legitimidad previa del sistema judicial como de la correlación de fuerzas en el Congreso (Ríos-Figueroa, 2022). Si esta cooptación se consuma, el PJ deja de actuar como garante del Estado de derecho y se transforma en un instrumento del gobierno, lo que debilita de manera sustantiva la separación de poderes y erosiona los fundamentos mismos de la democracia constitucional. En los siguientes apartados se analizará si esta dinámica de cooptación de los tribunales se ha producido en el país, mediante la verificación de las hipótesis planteadas anteriormente. Para ello, primero se argumentará por qué México puede considerarse un régimen populista; después, se examinará la situación del PJ y la necesidad de una reforma; y, finalmente, se evaluará la reforma propuesta a la luz de las hipótesis planteadas.

Pero antes de pasar al próximo apartado conviene cerrar este retomando una cuestión que quedó abierta. Si bien se ha señalado que la democracia liberal genera tensiones persistentes con su promesa de autogobierno e igualdad política (en la medida en que tiende a organizarse como un sistema de competencia entre élites que pueden volverse cerradas, tecnocráticas y distantes de la ciudadanía). Es verdad que ello no implica que la arquitectura institucional de la democracia liberal deba ser abandonada. Por el contrario, dicha arquitectura resulta fundamental para gobernar sociedades plurales y complejas, para establecer límites efectivos al poder del Estado y, sobre todo, para proteger las libertades y derechos de los individuos (Rawls, 1971; Dahl, 1998). En consecuencia, más que sustituir la democracia liberal por arreglos populistas que vacíen de contenido las instituciones democráticas, el desafío consiste en fortalecer un entorno político más participativo y socialmente conectado, sin renunciar a sus instituciones. De lo contrario, el riesgo es erosionar los contrapesos democráticos y abrir la puerta a formas de concentración del poder incompatibles con una sociedad libre.

7. El populismo en México

El ascenso de Andrés Manuel López Obrador (AMLO) al poder y la consolidación de Morena como fuerza dominante pueden ser analizados con claridad desde la teoría del populismo desarrollada por la politóloga Nadia Urbinati que expusimos líneas arriba. Veamos por qué. Según Urbinati, el populismo no ve al pueblo como una pluralidad social, sino como un sujeto moral unificado, portador exclusivo de la legitimidad democrática. En el caso de Morena y AMLO, esta lógica está presente en

su discurso constante: el pueblo es bueno y sabio, mientras que la élite política es corrupta y enemiga del cambio (Solís, 2022). Los desacuerdos se interpretan como fallas morales, transformando la política en un conflicto ético donde solo AMLO y su movimiento representan la voluntad auténtica del pueblo. Asimismo, el populismo, según Urbinati, es antisistémico porque desconfía de los contrapesos y mediaciones institucionales que fragmentan la voluntad popular. Durante el gobierno de AMLO, esto se tradujo en ataques recurrentes a organismos autónomos, al PJ, a la prensa crítica y a la sociedad civil organizada, presentándolos como instrumentos de las élites o vestigios del antiguo régimen (Casar, López-Ayllón y Ortiz, 2024). Este rechazo a los límites institucionales evidencia la lógica antisistémica del populismo.

Urbinati señala que el liderazgo populista encarna la voluntad unificada del pueblo. AMLO ha consolidado su centralidad mediante una presencia constante en el espacio público (conferencias matutinas, consultas simbólicas, comunicación directa con la ciudadanía), construyendo una legitimidad que no depende solo de elecciones, sino de un reconocimiento constante de su autoridad (Navarrete, 2023). La opinión del líder se confunde así con la voluntad popular, característica central del populismo. Finalmente, el populismo convierte la mayoría electoral en una mayoría ética: los seguidores no solo apoyan al líder por preferencias políticas, sino porque representan la versión moralmente correcta de la nación. En el caso de AMLO y Morena, su base electoral es construida como portadora de la moral y la justicia frente a las élites corruptas, consolidando una mayoría que se percibe a sí misma como legítima y virtuosa (Solís, 2022). En conclusión, desde la teoría de Nadia Urbinati, AMLO y Morena pueden ser considerados un movimiento populista porque cumple con los rasgos fundamentales: la construcción moral del pueblo, el antisistemismo, la deslegitimación de la mediación institucional, la centralidad del liderazgo y la transformación de la mayoría electoral en una mayoría ética. Aunque este proyecto se presente como una profundización de la democracia, Urbinati advertía que, en realidad, constituye una desfiguración democrática, donde la soberanía popular se absolutiza y termina debilitando las condiciones mismas del pluralismo político.

8. El Poder Judicial en México: situación anterior a la reforma

Antes de evaluar la reforma judicial, es indispensable diagnosticar la situación del sistema de justicia y examinar las razones que hacían necesaria una transformación. En primer lugar, la impunidad en México es extremadamente alta, pues del 100% de los delitos cometidos, únicamente se resuelven el 0.9% (Impunidad Cero, 2024a), esto quiere decir que el 99% de los crímenes perpetrados se dejan sin castigo. Esta realidad se refleja también en la percepción ciudadana. Según la organización Impunidad Cero, en 2023, el 87% de los mexicanos consideraba que el nivel de impunidad se ha mantenido o incluso ha aumentado (Impunidad Cero, 2024b). Esta problemática está estrechamente vinculada a la ineficiencia y la corrupción del sistema de justicia. De hecho, el PJ es percibido como la segunda institución más corrupta del país, sólo después de la policía (Instituto Nacional de Estadística y Geografía [INEGI], 2024), lo que refuerza la urgencia de una reforma profunda y adecuada.

Otro problema que vive el PJ en México es el rezago institucional derivado de la insuficiencia de jueces y de los recortes presupuestales. En Europa existen en promedio 22 personas juzgadoras por cada 100 mil habitantes (Wahl, 2024); sin embargo, en México solo hay 5.1 por cada 100 mil (INEGI, 2025). Esta disparidad contribuye a que el acceso a la justicia sea lento e ineficiente. Por ejemplo, en promedio, en México, los casos tardan de tres a diez años en resolverse, a diferencia

de Alemania que tardan entre uno a dos años (Voz México Legal, 2025). A nivel federal, se estima un rezago de 552 mil resoluciones pendientes (Fuentes, 2025).

Asimismo, un problema adicional relevante es el nepotismo dentro del sistema judicial. En diciembre de 2023, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) publicó un estudio que reveló que el 49% de las personas trabajadoras activas en el PJ tenían al menos un familiar laborando dentro del mismo poder (Mosso, 2024). También existían serios problemas dentro del CJF. En 2023, la Secretaría de Gobernación informó que, entre 2004 y 2023, se presentaron 38 mil quejas contra funcionarios del PJ ante dicho órgano. De este total, el 86% fue desechado sin siquiera iniciar una investigación. De las denuncias que sí fueron investigadas, el CJF solo sancionó a 472 jueces y magistrados: 292 recibieron únicamente apercibimientos o amonestaciones, 102 fueron suspendidos temporalmente, 41 destituidos, 23 inhabilitados y 14 sancionados económicamente. Es decir, de las 38 mil quejas presentadas en casi dos décadas, solo 23 funcionarios fueron inhabilitados (García, 2024).

Todo lo anterior generó un déficit significativo de legitimidad y aceptación del PJ entre la ciudadanía, ya que entre 1995 y 2024, el promedio de personas que expresaron tener algo o mucha confianza en este poder fue de apenas el 28% (Latinobarómetro, 2024). La crisis de legitimidad de la justicia en México es una realidad evidente, ampliamente diagnosticada y documentada en diversas dimensiones. Por esta razón, se sostenía que era urgente una reforma profunda en el sistema de justicia. Era imprescindible erradicar los males que afectan a este poder. La reforma debía ser cuidadosa, sustentada en evidencia técnica, con un enfoque integral que promoviera la independencia y la transparencia del sistema y que se ajustara a los estándares internacionales. En lo que sigue, se evaluará si los cambios normativos cumplieron con esto o, el nuevo diseño institucional debilita las garantías de gobernanza judicial y constituye un intento de subordinación del PJ.

Pero antes, se mostrará que previo a la reforma tuvo lugar un proceso de deslegitimación y debilitamiento del PJ, manifestado en patrones observables de presión política ejercidos por actores del Ejecutivo y del partido gobernante. Estos patrones no deben interpretarse como conflictos interinstitucionales aislados, sino como señales sistemáticas orientadas a erosionar su legitimidad y a preparar el terreno para una posterior reconfiguración institucional. Esta secuencia (deslegitimación previa, presión sostenida y consecuente rediseño institucional) guarda una similitud con lo expuesto en el apartado quinto respecto del populismo y sus estrategias de transformación institucional.

9. Patrones de presión política sobre el Poder Judicial

Como se mencionó en el quinto apartado, relativo al populismo y los cambios estructurales, en los regímenes populistas los procesos de reconfiguración institucional suelen estar precedidos por una etapa de deslegitimación pública y hostigamiento institucional. Esta fase antecede a las reformas normativas y tiene como finalidad disminuir la capacidad de resistencia del órgano judicial. En este sentido, se parte de la idea de que la reestructuración del aparato de justicia se fue perfilando de manera gradual mediante la combinación de ataques discursivos, amenazas institucionales y ajustes presupuestales. A este conjunto de dinámicas lo denominaremos *patrones de presión política*, los cuales, en México, se identificaron en cinco dimensiones empíricas: (1) narrativas públicas de deslegitimación del PJ por parte de actores del Ejecutivo; (2) iniciativas legislativas y ataques discursivos promovidos por legisladores del partido gobernante dirigidos a modificar o amenazar

la estructura judicial; (3) modificaciones presupuestales que afectaron de manera sistemática la capacidad operativa de este poder; (4) procesos de nombramiento de jueces y magistrados con afinidad política al partido gobernante; y (5) reacciones políticas intensificadas frente a decisiones judiciales adversas al gobierno.

Antes de examinar dichas dimensiones, es necesario precisar el contexto en el que se desplegaron. El gobierno de Morena impulsó estas acciones en un escenario en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) asumió un papel más activo como contrapeso al Poder Ejecutivo. Durante el sexenio de AMLO, la SCJN no solo incrementó de manera significativa el número de acciones de inconstitucionalidad promovidas por el Ejecutivo (alcanzado un total de 20), sino que también aumentó el porcentaje de normas declaradas inválidas enviadas por los presidentes, que pasó del 47% bajo la administración de Enrique Peña Nieto al 64% con López Obrador (Velázquez y González, 2025). Este incremento evidencia que la Corte se consolidó como un límite efectivo frente a iniciativas del Ejecutivo que contravenían la Constitución.

Entre las decisiones más relevantes se encuentran la invalidez del denominado Plan B, reforma electoral que afectaba la autonomía y profesionalismo del Instituto Nacional Electoral (INE); la declaración de inconstitucionalidad de la llamada Ley Zaldívar, que buscaba extender el mandato del presidente de la SCJN, el cual era afín a Morena; la restricción de la Ley de Remuneraciones por comprometer la independencia judicial; y la anulación del traslado del control operativo de la Guardia Nacional a la Secretaría de la Defensa Nacional (Velázquez y González, 2025). Con estos fallos, el máximo tribunal se afirmó como el principal contrapeso institucional ante una agenda presidencial que buscaba concentrar el poder para representar la voluntad del pueblo. No obstante, lejos de generar una adaptación institucional o una búsqueda de negociación política, estos frenos constitucionales detonaron una escalada de confrontación por parte del Ejecutivo, que progresivamente transformó al PJ de árbitro constitucional en adversario político.

Uno de los mecanismos centrales de presión política consistió en la construcción de narrativas públicas de deslegitimación del PJ desde el Ejecutivo. De manera reiterada, el presidente López Obrador presentó a jueces y magistrados como actores corruptos, defensores de privilegios y ajenos a los intereses populares, cuestionando no solo decisiones específicas, sino de la legitimidad misma de la institución judicial como contrapeso democrático. Esta estrategia discursiva no fue esporádica, sino sostenida en el tiempo. Entre 2019 y 2023 se realizaron 1,358 conferencias matutinas presidenciales, durante las cuales el presidente criticó y cuestionó la integridad y legitimidad del PJ en al menos 312 ocasiones (Aguiar, 2024). Si se consideran además las intervenciones de funcionarios públicos y periodistas afines al gobierno que reprodujeron o reforzaron estas críticas en ese espacio, el número de ataques asciende a 408 episodios (Aguiar, 2024). La recurrencia de estos señalamientos evidencia la existencia de un patrón sistemático de deslegitimación institucional orientado a erosionar la autoridad simbólica de los tribunales y a justificar públicamente su intervención política. A continuación, se presentan algunos fragmentos representativos de las críticas presidenciales dirigidas al PJ, las cuales fueron hechas en las conferencias matutinas:

No tiene remedio el Poder Judicial, está podrido, están actuando de manera facciosa. Imagínense, componerle la plana al Poder Legislativo. Es de sentido común, de juicio práctico, al Poder Ejecutivo lo elige el pueblo, a mí me eligieron; al Poder Legislativo lo mismo, se elige a los diputados, se elige a los senadores, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo nombran a los ministros de la Corte y esos señores, que ahora forman parte del supremo poder conservador, que están dedicados a obstaculizar la

transformación del país para sostener el viejo régimen, el antiguo régimen de corrupción y de privilegios, ellos deciden que una ley enviada por el Ejecutivo, aprobada por el legislativo no es válida (López Obrador, 2023, 9 mayo).

Por otro lado, imagínense el Poder Judicial y en particular la Suprema Corte, que está completamente en contra de nosotros y de la transformación del país, que forma parte también del mismo grupo conservador y corrupto. [...] Entonces como obedecen (la SCJN) a los intereses del antiguo régimen es un poder para proteger privilegios de una minoría, no para defender al pueblo, y para defender a delincuentes de cuello blanco y de la delincuencia organizada; entonces, ¿cuándo van ellos a resolver de conformidad con la ley, con apego al Estado de derecho, si forman parte de un grupo de intereses creados, si existe una relación de componendas, de complicidades y los miembros del Poder Judicial forman parte de ese agrupamiento conservador, corrupto? (López Obrador, 2023, 19 mayo).

Estos fragmentos ilustran que la narrativa presidencial no se limita a críticas aisladas, sino que construye de manera sistemática una imagen estructural del sistema judicial como una élite cerrada y moralmente cuestionable, incapaz de impartir justicia de forma imparcial. Asimismo, el PJ es presentado como un enemigo del proyecto democrático y de la voluntad popular, en el que las decisiones judiciales contrarias al Ejecutivo y Legislativo son interpretadas como actos de sabotaje político, obstrucción de la transformación institucional o defensa de privilegios oligárquicos. Dentro de este marco discursivo, los tribunales dejan de ser concebidos como árbitros constitucionales para convertirse en actores políticos ilegítimos que actúan contra el pueblo. Esta resignificación de la función judicial permite redefinir la independencia no como un contrapeso democrático, sino como un obstáculo antidemocrático, lo que contribuye a erosionar la confianza pública en el PJ y a legitimar, de manera indirecta, posteriores intentos de intervención política sobre su autonomía.

A esta estrategia discursiva se sumaron ataques institucionales sistemáticos desde el Poder Legislativo, impulsados principalmente por legisladores de Morena y sus aliados, orientados a modificar o amenazar principalmente la estructura y funciones del PJ. Durante el sexenio se presentaron 135 iniciativas de reforma constitucional y de leyes secundarias dirigidas a alterar el diseño institucional de la judicatura, de las cuales el 52% fueron promovidas por legisladores de Morena (Difusión FJEDD, 2025). Varias de estas propuestas constituían amenazas directas a la independencia judicial, como la iniciativa presentada en abril de 2019 por el entonces coordinador de los senadores de Morena, que planteaba la creación de una tercera sala en la SCJN para conocer asuntos de corrupción, cuyos integrantes serían designados por el presidente de la República (Ríos-Figueroa, 2022). De manera paralela, el ataque legislativo se expresó también en el plano discursivo: entre septiembre de 2018 y junio de 2023 se registraron más de 143 declaraciones de diputados y 174 de senadores dirigidas a cuestionar la integridad, legitimidad y autonomía del PJ (Aguiar, 2024). A continuación, se presentan algunos fragmentos representativos de estos pronunciamientos:

El Poder Judicial es por diseño el poder más antidemocrático y elitista de este país. [...] En el Poder Judicial federal se anida la corrupción, se anida el nepotismo, se anidan los traidores a la patria, los que entregan a este país a los extranjeros y los que sucumben frente a los intereses de los privados [...] Los jueces de distrito conceden amparos al por mayor en contra del interés general y de la soberanía de este país. [...] Los jueces de distrito no están con este país, los jueces de distrito pertenecen a una élite que durante siglos ha terminado por distribuir la riqueza de la nación entre pocos privilegiados (Senador García Almaguer, 2021, 5 octubre).

La Corte (refiriéndose al SCJN) es como la “Chimoltrufia”, como dicen una cosa dicen otra, la contraria. Son los primeros violadores del marco constitucional, cobran creó

que 600 mil pesos mensuales, cuando todavía hay mexicanos que no pueden comer tres veces al día estos angelitos cobran 600 mil pesos y tienen un fideicomiso, vamos a ir por el fideicomiso. Van a ver, ya llegaron a su límite, vamos a hacer una serie de reformas al Poder Judicial y les vamos a quitar sus privilegios (Diputado Fernández Noroña, 2023, 9 mayo).

Estas iniciativas y pronunciamientos públicos no solo buscaban reformas puntuales, sino que configuraron un entorno sostenido de presión, amenaza y acoso institucional hacia el PJ. Al reiterar de forma constante la posibilidad de modificar su estructura, sus condiciones laborales o de someter a juzgadores a mecanismos de control disciplinarios como varias iniciativas lo pedían, el legislativo (especialmente diputados y senadores de Morena) visibilizó su disposición a intervenir directamente en la autonomía judicial cuando esta contravenía sus intereses. Este clima de hostigamiento político funcionó como una amenaza institucional creíble que incrementó la vulnerabilidad del PJ frente al Legislativo y alteró los incentivos bajo los cuales operan los jueces. En primer lugar, ante el temor de represalias legislativas (como recortes presupuestales o reformas punitivas) la capacidad de los juzgadores para decidir con base estricta en criterios jurídicos se ve comprometida. Este contexto puede favorecer dinámicas de autocensura judicial, en las que se evitan resoluciones susceptibles de incomodar a las mayorías políticas para evitar esas represalias. Asimismo, este conflicto permanente entre el Poder Legislativo y el Poder Judicial contribuye a reforzar un clima de polarización en la opinión pública. Mientras ciertos sectores interpretan el acoso político como una necesaria limpieza institucional o corrección de privilegios, otros lo perciben como una amenaza directa a la democracia constitucional y al equilibrio de poderes. Esta polarización no solo erosiona aún más la legitimidad judicial, sino que facilita la aceptación social de intervenciones políticas sobre los tribunales, normalizando prácticas de presión que socavan progresivamente la autonomía institucional.

La presión política también se expresó a través de mecanismos administrativos indirectos, especialmente mediante modificaciones presupuestales que redujeron sistemáticamente los recursos asignados al PJ. Durante el gobierno de AMLO, la judicatura enfrentó diversos recortes presupuestarios en el marco de la política de austeridad republicana promovida por el Ejecutivo federal. Estos recortes no se produjeron de forma constante a lo largo del sexenio, sino que se intensificaron en sus últimos años, especialmente en 2023 y 2024. En términos reales, el presupuesto del PJ prácticamente se estancó: entre 2015 y 2023 apenas creció un 1.3%, lo que implica una reducción efectiva al considerar una inflación promedio anual de 4.7%. Al cierre del sexenio, se estima que el recorte acumulado superó los 30,000 millones de pesos, y el presupuesto aprobado para 2024 fue aproximadamente un 15% menor al solicitado por el propio PJ (SCJN, 2023). La restricción presupuestal al PJ puede entenderse como una forma indirecta pero altamente efectiva de presión política institucional, en tanto limita su capacidad operativa, administrativa y decisional sin necesidad de modificar formalmente sus atribuciones constitucionales. Recortes presupuestales selectivos afectan la profesionalización de la judicatura, debilitan órganos de control interno, retrasan procesos judiciales y generan vulnerabilidades administrativas que incrementan la dependencia del PJ respecto de actores políticos. En este sentido, la reducción de recursos no opera únicamente como una medida de austeridad fiscal, sino como una herramienta de presión política que erosiona de facto la autonomía judicial.

Otra forma de presión política fueron los procesos de nombramiento de jueces en la SCJN como en el CJF. Durante el sexenio de López Obrador, se realizaron cinco nombramientos en la SCJN, de un total de once ministros y ministras, llevados a cabo de forma escalonada. Cuatro de estos nombramientos respondieron al término del

mandato de los ministros salientes; sin embargo, el quinto fue altamente cuestionado, ya que en 2019 el ministro Eduardo Medina Mora renunció anticipadamente a su cargo, presuntamente debido a presiones ejercidas desde el propio gobierno federal (Garza & Martín, 2019). Esta renuncia forzada fue interpretada como una forma de intervención política directa y un ejemplo de grave crisis institucional, al implicar que un poder del Estado presionaba a otro. Además, los nombramientos realizados durante este periodo fueron señalados por su rapidez, falta de transparencia y dudas sobre la idoneidad de los perfiles seleccionados. En particular, tres de las ministras designadas (Yasmín Esquivel Mossa, Lenia Batres y Loretta Ortiz) mantenían vínculos cercanos con Morena o habían sido militantes del partido, lo que generó serias preocupaciones sobre su independencia judicial (Zerega, 2023).

Finalmente, el proceso de presión política alcanzó su punto culminante tras dos fallos especialmente adversos para la agenda del Ejecutivo y que ya hemos mencionado: la invalidación de la reforma electoral conocida como Plan B y de la reforma que buscaba transferir el control de la Guardia Nacional. A partir de estas resoluciones, AMLO intensificó de manera sistemática la confrontación y la deslegitimación pública del PJ. Tan solo en el primer semestre de 2023, de 132 conferencias matutinas analizadas, en 67 de ellas (es decir, en más del 50%) el presidente dedicó parte de su discurso a atacar a ministros de la SCJN y cuestionar la legitimidad democrática de sus decisiones (Aguiar, 2024). Sobre esta base discursiva, el presidente comenzó a argumentar de manera explícita la urgencia de una reforma judicial profunda, presentada como un mecanismo necesario para «devolver la justicia al pueblo», depurar a una judicatura supuestamente corrompida y neutralizar a un poder que, según su narrativa, había dejado de representar la voluntad democrática. Ejemplos representativos de estos señalamientos se presentan a continuación:

Entonces, pues todas las leyes que se aprueben se impugnan, [...] los del supremo poder conservador anulan las leyes. Por eso pienso que es importantísimo que se elijan a los integrantes del Poder Judicial, como se elige al presidente, como se elige a los diputados, como se elige a los senadores, que es el pueblo que los elija, que no representen a una élite, y eso se puede. Yo voy a presentar una iniciativa de reforma para que el pueblo elija a los jueces (López Obrador, 2023, 22 junio).

Ya se sabe lo suficiente, de cómo hay mucha corrupción en el Poder Judicial, mucha, mucha corrupción. Está el Poder Judicial secuestrado, tanto por la delincuencia organizada como por la delincuencia de cuello blanco. Y no está el Poder Judicial al servicio del pueblo. Jueces, magistrados, ministros no imparten justicia. [...] Entonces, necesitamos esa reforma. [...] Sí urge la reforma (López Obrador, 2023, 11 junio).

Estos señalamientos marcaron la fase culminante de una escalada sostenida de hostilidad política contra el PJ. A diferencia de los ataques previos (que se desarrollaron principalmente en los planos discursivos, presupuestal e institucional), esta etapa combinó la deslegitimación pública con la construcción explícita de una narrativa reformista orientada a reestructurar de manera profunda la judicatura. Finalmente, en septiembre de 2024, una vez que Morena y su coalición obtuvieron las mayorías legislativas necesarias (de manera muy cuestionada), estas presiones se tradujeron en acción institucional concreta mediante la aprobación de la reforma judicial. De este modo, los patrones de presión política desplegados a lo largo del sexenio no solo erosionaron progresivamente la legitimidad y capacidad de resistencia del PJ, sino que prepararon el terreno político y simbólico para su transformación estructural, mostrando una secuencia coherente entre confrontación, desgaste institucional y reforma. Es importante mencionar que dicha reforma fue sancionada al margen de un procedimiento democrático sustantivo y sin la construcción de consensos amplios, predominando la voluntad del partido en el poder.

El proceso legislativo estuvo marcado por mecanismos poco transparentes para asegurar los votos necesarios, así como por la exclusión de la oposición y la ausencia de participación ciudadana y debate plural. A continuación, se examinará el contenido de la reforma y se evaluará si esta cumple con los criterios de gobernanza judicial o constituye un mecanismo de cooptación institucional.

10. Principales cambios de la reforma

En esta sección se examinarán las modificaciones más relevantes introducidas por la reforma al PJ, considerando su alcance y sus efectos en la estructura institucional. Cabe precisar que, en el apartado relativo a la reducción de la autoridad jurisdiccional, se incorporan también otras reformas aprobadas en 2025 (en particular, la relativa a la Ley de Amparo), las cuales disminuyen de manera significativa la capacidad de los tribunales para ejercer control sobre normas y actos de autoridad.

Suprema Corte de Justicia de la Nación: La reforma redujo el número de ministros que integran la SCJN, pasando de 11 a 9, y disminuyó la duración de su encargo de 15 a 12 años, sin posibilidad de reelección. Además, elimina el funcionamiento por salas, mecanismo anteriormente utilizado para dividir el trabajo entre distintas materias y agilizar la resolución de casos. A partir de la reforma, la SCJN sesionará únicamente en Pleno.

Elección de jueces y magistrados: Antes de la reforma, los ministros de la SCJN eran nombrados por el Senado a partir de ternas propuestas por el presidente de la República. Lo mismo ocurría con los magistrados del Tribunal Electoral. En el caso de los jueces de distrito y magistrados de tribunales colegiados, estos eran designados mediante la carrera judicial, con el objetivo de asegurar su independencia, idoneidad, estabilidad, profesionalización y especialización. Aunque no hay que olvidar que este proceso presentaba problemas serios de nepotismo y corrupción. La reforma elimina este sistema y establece que los siguientes cargos serán elegidos por votación popular directa: Ministros de la SCJN; Magistrados de la Sala Superior y Salas Regionales del Tribunal Electoral; Magistrados de Circuito; Jueces de Distrito

Únicamente los magistrados de circuito y los jueces de distrito podrán ser reelegidos de forma consecutiva cada que termine su periodo.

Los requisitos para ser candidato son: contar con título de Licenciatura en Derecho; promedio mínimo de 8 en la carrera; promedio mínimo de 9 en materias relacionadas con la función judicial; tener al menos cinco años de experiencia profesional en el ámbito jurídico.

Consejo de la Judicatura Federal: Previo a la reforma, el CJF era el órgano responsable de la administración, disciplina y carrera judicial del PJ. Estaba integrado por siete miembros: el presidente de la SCJN, cuatro consejeros designados por la Corte, uno por el Senado y uno por el presidente de la República. Esta composición limitaba la autonomía interna del órgano judicial, al estar influenciada por otros poderes del Estado y por la cúpula del propio PJ. Ahora, la reforma elimina al CJF y lo sustituye por dos nuevos órganos:

- **Órgano de Administración Judicial:** encargado de la gestión administrativa, recursos humanos, financieros y operativos del PJ. Este órgano se integrará por cinco personas que durarán en su encargo seis años improrrogables, de los cuales una será designada por el Poder Ejecutivo; uno por el Senado de la República; y tres por el Pleno de la SCJN.

- Tribunal de Disciplina Judicial: responsable de supervisar y sancionar la conducta de jueces y magistrados. Este órgano estará integrado por cinco personas elegidas mediante voto ciudadano, quienes durarán seis años en el cargo, sin posibilidad de reelección.

Reducción de autoridad judicial: se eliminó el amparo con efectos generales en juicios contra leyes y se suprimió la posibilidad de suspender normas impugnadas en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, lo que implica que las leyes cuestionadas continúan vigentes mientras se resuelve el caso. Asimismo, el número de votos de ministros de la SCJN necesarios para declarar la inconstitucionalidad de leyes aumentó a seis votos, y se limitó el interés legítimo a casos de daño directo, dificultando que se defiendan derechos colectivos. Además, se hicieron más estrictas las reglas para suspender actos de autoridad, exigiendo pruebas claras del daño y priorizando el interés público. Finalmente, se restringió el amparo en casos fiscales y de deuda pública, reduciendo la capacidad de los tribunales para frenar decisiones de la autoridad antes de que causen efecto.

11. Evaluación de los cambios a la luz de los estándares internacionales

A continuación, se analizarán los cambios normativos introducidos por la reforma a la luz de los estándares internacionales de gobernanza judicial, con el objetivo de evaluar su impacto sobre la independencia y autoridad del PJ dentro del sistema de pesos y contrapesos. Se examinará si estas modificaciones aumentan la dependencia funcional del órgano judicial frente al poder político, configurando mecanismos de cooptación, o si, por el contrario, fortalecen la autonomía, la imparcialidad y la transparencia de los tribunales. Para ello, se contrastarán los hallazgos con las hipótesis planteadas.

11.1 Control de acceso a la judicatura

En este apartado, se evaluará la «H1: Si los nombramientos judiciales son plurales y con criterios de mérito, aumenta la autonomía judicial; si permiten injerencia política, crece el riesgo de cooptación». La reforma introduce la elección popular de jueces y magistrados, lo cual representa un giro radical en el diseño institucional del sistema judicial mexicano, alineándolo con un modelo excepcionalmente minoritario a nivel internacional. Fuera de México, solo Estados Unidos y Bolivia utilizan de manera generalizada este método, mientras que en países como Suiza y Japón se aplica de forma limitada y en contextos muy específicos. Esta escasa adopción no es causal: la evidencia comparada ha mostrado que la elección popular de jueces tiende a socavar la independencia judicial externa al someter el acceso a la judicatura a dinámicas electorales, partidistas y de financiamiento político.

En efecto, desde una perspectiva teórica, los procesos electorales trasladan inevitablemente la selección judicial al terreno de la competencia política, donde predominan la movilización de recursos, la influencia mediática y la intervención de actores con capacidad de presión organizada. En este entorno, el nombramiento de jueces deja de centrarse en criterios técnicos como la trayectoria profesional, la especialización jurídica o la reputación ética, para convertirse en una contienda en la que los candidatos con mayor respaldo partidista, financiero o comunicacional adquieren ventajas decisivas. Como resultado, se amplía la interferencia de actores que no deberían incidir en la función jurisdiccional. Partidos políticos, grupos económicos e incluso organizaciones criminales (sobre todo en contextos de debilidad institucional) encuentran incentivos para intervenir en la competencia electoral

judicial, generando relaciones de dependencia entre los jueces electos y quienes facilitaron su acceso al cargo. La evidencia empírica proveniente de Estados Unidos confirma estos riesgos. Diversos estudios han documentado la participación sistemática de partidos políticos y grupos de interés en el financiamiento de campañas judiciales, así como la correlación entre dicho apoyo y decisiones judiciales posteriores (O'Reilly, 2004; Goldberg, 2007; Brace y Boyea, 2008; Canes-Wrone, Clark & Kelly, 2014). Lo anterior demuestra que incluso en sistemas con instituciones consolidadas, la elección popular de jueces puede generar incentivos problemáticos para la independencia judicial.

De este modo, la elección popular en México generaría un riesgo de cooptación del PJ por parte del gobierno en turno a través de una cadena de incentivos institucionales bien identificables. En primer lugar, las campañas requieren recursos financieros, estructuras territoriales de movilización y acceso a medios de comunicación, bienes altamente concentrados en el partido gobernante y en actores con poder organizado. En contextos de dominación partidista como lo es ahorita el mexicano, esta asimetría permite al oficialismo influir decisivamente en la selección de candidaturas viables, promover perfiles leales y marginar aspirantes independientes o críticos. En segundo lugar, una vez electos, los jueces enfrentarían incentivos de lealtad derivados del respaldo recibido y de la posibilidad de reelección o de futuras posiciones públicas. Finalmente, este entramado transforma la lógica de la rendición de cuentas judicial: en lugar de responder prioritariamente al derecho y a la Constitución, los jueces pasan a internalizar consideraciones políticas vinculadas a la supervivencia electoral y al apoyo del partido dominante. En resumen, la capacidad de Morena para movilizar recursos públicos, estructuras del Estado y apoyo territorial crea condiciones propicias para influir de manera decisiva en las elecciones judiciales, promoviendo candidatos afines y subordinando de facto al PJ a intereses partidistas (Pedroza, 2025). Paralelamente, la debilidad del Estado de derecho incrementa el riesgo de infiltración de actores criminales en los procesos electorales mediante financiamiento ilegal, intimidación o violencia, con el objetivo de capturar posiciones judiciales estratégicas que garanticen impunidad (Ley, 2024). Así, la elección judicial en México no solo reproduciría los problemas observados en otras experiencias comparadas, sino que los amplificaría en un entorno institucional particularmente vulnerable.

Adicionalmente, el propio diseño normativo de la reforma incorporó dispositivos formales de control político sobre la selección de los candidatos en las elecciones judiciales. Tanto el artículo 96 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) como el artículo 500 de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales establecieron que las candidaturas serían previamente evaluadas y filtradas por comités de selección conformados por los tres Poderes de la Unión, bajo los criterios que cada uno determinara. Si bien, en teoría, este aspecto puede valorarse positivamente, en tanto involucra la participación de diversas ramas del poder y promueve una conformación plural de los comités; en la práctica, esta arquitectura institucional otorgó al partido gobernante una influencia decisiva sobre el acceso mismo a la contienda electoral. Dado que Morena controlaba el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y que la integración de la SCJN en ese momento incluía ministros cercanos al oficialismo, la conformación de dichos comités permitió ejercer un control político indirecto del oficialismo, pero efectivo sobre la preselección de aspirantes (Castillo, 2024). Lejos de operar como órganos técnicos independientes, estos comités funcionaron como filtros políticos que limitaron la competencia a perfiles compatibles con los intereses del partido gobernante. Este mecanismo fue ampliamente cuestionado en el debate público, tanto por la afinidad política de varios integrantes de los comités como por la ausencia de conocimientos

jurídicos especializados en algunos de ellos, lo que debilitó aún más cualquier pretensión de evaluación meritocrática (Castillo, 2024).

Así, respecto a la H1 se puede afirmar que creció el riesgo de cooptación, al permitir injerencia política en los procesos de nombramiento. En efecto, la introducción de elecciones judiciales y el diseño de los comités de evaluación configuraron un mecanismo clave de reconfiguración del acceso a la judicatura, incrementando la exposición del proceso de selección a influencias políticas y debilitando los filtros meritocráticos tradicionales. Este diseño institucional politiza estructuralmente el proceso de selección, crea dependencias hacia actores políticos y económicos, y erosiona tanto la independencia como la profesionalización del PJ. Además, se aleja de manera significativa de los estándares internacionales de gobernanza judicial, las cuales privilegian sistemas de nombramiento basados en comités técnicos plurales, con participación de distintos poderes del Estado y, en muchos casos, de actores de la sociedad civil, orientados a evaluar trayectorias profesionales, capacidades técnicas, integridad y mérito, más que a someter a los candidatos a competencias electorales. En el contexto mexicano, lejos de fortalecer la autonomía judicial o su legitimidad democrática, este modelo facilita su subordinación al partido gobernante, consolidando un patrón de cooptación institucional desde el punto mismo de ingreso al cargo.

11.2 Instrumentalización del régimen disciplinario

La H2 planteaba que, si el órgano disciplinario era autónomo y existían destituciones reguladas, la independencia judicial aumentaba, de lo contrario, se reducía. En este contexto, la reforma introduce una nueva arquitectura del sistema disciplinario del PJ, particularmente mediante la creación del Tribunal de Disciplina Judicial (TDJ) en el artículo 94 de la CPEUM. Formalmente, este órgano se presenta como una herramienta para fortalecer la rendición de cuentas y combatir prácticas como la corrupción o el nepotismo. Sin embargo, su diseño introduce serios riesgos para la independencia interna de los jueces. En términos comparados, los estándares internacionales en materia de gobernanza judicial coinciden en que los órganos disciplinarios deben ser independientes de los poderes políticos y estructuralmente protegidos frente a presiones externas (ONU, 1982; CCJE, 2010; y UNODC, 2020). No obstante, la reforma mexicana se aparta de estas recomendaciones al establecer que los integrantes del TDJ sean electos por voto popular.

Esta normativa politiza directamente la función disciplinaria, exponiéndola a dinámicas partidistas, campañas mediáticas e influencias de grupos de interés. En lugar de garantizar perfiles técnicos e imparciales, la elección popular favorece la llegada de personas con respaldo político o capacidad de movilización electoral, muchas veces sin la preparación jurídica necesaria y con compromisos hacia quienes facilitaron su acceso al cargo. En efecto, al postular que los integrantes del TDJ sean electos mediante procesos altamente politizados, el diseño institucional permite que el partido gobernante (a través del financiamiento de campañas, el control de recursos públicos y la movilización de su estructura partidista) coloque perfiles afines a sus intereses en el órgano encargado de supervisar y sancionar la judicatura, lo cual ocurrió el día de la elección (Pedroza, 2025). Este mecanismo genera una relación de dependencia entre quienes ejercen el poder disciplinario y el oficialismo, convirtiendo al TDJ en un instrumento potencial de presión selectiva.

A esta politización estructural se suma un segundo elemento grave: la ampliación de la legitimación para denunciar a jueces a magistrados ante el TDJ. El artículo 97 de la CPEUM, establece que cualquier persona o autoridad (incluidos

actores políticos) podrá presentar denuncias por presuntas responsabilidades administrativas o penales cometidas por integrantes del PJ, obligando al TDJ a investigar y, en su caso, sancionar dichas conductas. Si bien en abstracto este mecanismo puede presentarse como una herramienta de rendición de cuentas, en un contexto de alta polarización política y de control partidista del órgano disciplinario, se puede transformar en un canal institucionalizado de presión y acoso contra la judicatura. Legisladores, funcionarios o actores afines al gobierno pueden utilizar las denuncias como instrumentos de represalia frente a resoluciones judiciales incómodas, saturando al sistema disciplinario con procedimientos estratégicos dirigidos a intimidar a jueces específicos.

Un tercer agravante más es que ahora también se puede sancionar disciplinariamente a los jueces por el contenido de sus propias decisiones judiciales. La Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), en su artículo 184, faculta al TDJ para sancionar a jueces por emitir resoluciones consideradas contrarias a la Constitución o a la jurisprudencia, cuando se considere que lo hicieron por «negligencia o ignorancia inexcusables», o incluso por incurrir en «inferencias probatorias irracionales». Este diseño rompe con el principio fundamental de independencia judicial interna, según el cual los jueces no deben ser castigados por el sentido de sus fallos, salvo en casos excepcionales de corrupción comprobada (ONU, 1982; CCJE, 2010; UNODC, 2020). Al abrir la puerta a sanciones por criterios interpretativos o errores jurídicos, se genera un poderoso efecto inhibitor: los jueces pueden verse incentivados a decidir conforme a lo que resulte políticamente aceptable o institucionalmente seguro, antes que conforme a su convicción jurídica, por miedo a ser investigados y destituidos.

Otro elemento crítico es la falta de recursos externos de revisión de las resoluciones disciplinarias. Los artículos 191 y 193 de la LOPJ establecen que las resoluciones del Pleno del TDJ serán definitivas e inatacables, lo que implica que no existe ninguna instancia superior o externa que pueda revisar si el procedimiento fue justo, si se cometieron errores de derecho o si se violaron garantías procesales fundamentales. Al establecer que las decisiones del TDJ sean definitivas e inatacables, se elimina cualquier contrapeso que permita corregir abusos, arbitrariedades o violaciones al debido proceso. Esta concentración de poder disciplinario sin control superior convierte al TDJ en un órgano prácticamente soberano sobre la carrera judicial, lo cual contradice principios básicos de justicia administrativa y debilita gravemente las garantías de los jueces frente a sanciones injustificadas.

Finalmente, el sistema disciplinario carece de una verdadera separación entre los que investigan, evalúan y sancionan. El artículo 139 de la LOPJ prevé la existencia de un Órgano de Investigación y un Órgano de Evaluación. Sin embargo, ambos dependen del TDJ, cuyos miembros nombran a los responsables de esos órganos y emiten la resolución definitiva en los procedimientos. Lo anterior genera un conflicto, ya que quienes deberían investigar y evaluar basados en criterios técnicos saben que su nombramiento y posición dependen del mismo órgano que dictará la sentencia final. Esa relación de subordinación genera un incentivo estructural para alinearse, consciente o inconscientemente, hacia los criterios o expectativas del órgano decisor, con el fin de conservar el cargo. Así, cuando una sola autoridad controla todas las partes del proceso, ya no existen mecanismos internos que permitan que las diferentes funciones se supervisen y se equilibren entre sí. Esto hace que sea más difícil evitar errores o abusos, porque nadie revisa ni controla lo que hace esa autoridad.

En conjunto, las transformaciones introducidas en el sistema disciplinario del PJ, nos permiten confirmar de la H2 que se incrementó el riesgo de dominación. La elección popular de los integrantes del TDJ politiza la función disciplinaria y facilita su captura por el partido gobernante, mediante el apoyo de perfiles afines en las elecciones. La ampliación de la legitimación para denunciar a jueces con el TDJ convierte el sistema en una vía potencial de presión estratégica, en la medida en que permite a actores políticos o grupos de interés activar procedimientos disciplinarios como forma de represalia frente a resoluciones incómodas. La posibilidad de sancionar por el contenido de las decisiones judiciales introduce un efecto inhibitor que afecta la libertad interpretativa. La inexistencia de recursos externos elimina contrapesos frente a abusos del TDJ. Y la concentración de funciones de investigación, evaluación y sanción en un mismo órgano suprime la separación interna de controles. Estos elementos no fortalecen la rendición de cuentas ciudadana, al contrario, se crean mecanismos específicos mediante los cuales el oficialismo puede incidir sobre el comportamiento de los jueces, ya que la judicatura consciente de que su carrera depende de autoridades vinculadas al partido gobernante enfrenta incentivos estructurales para moderar sus fallos, evitar confrontaciones con el Ejecutivo y ajustar estratégicamente sus decisiones a las preferencias del poder político.

11.3 Debilitamiento de la estabilidad judicial

Ahora se evaluará la H3 que indicaba que, si la titularidad del cargo judicial está protegida mediante períodos largos o vitalicios, incrementa la integridad del PJ, al contrario, la reducción de las garantías de permanencia genera incentivos para emitir decisiones alineadas con los actores que pueden incidir en la continuidad o trayectoria profesional. Como se mencionó en los primeros apartados, uno de los pilares fundamentales de la independencia judicial es la estabilidad en el cargo, entendida como la garantía de que los jueces no puedan ser removidos, sancionados o condicionados en su continuidad salvo por faltas graves debidamente comprobadas mediante procedimientos imparciales (ONU, 1982; CCJE, 2010; UNODC, 2020). Esta protección busca aislar a la judicatura de presiones políticas y asegurar que las decisiones jurisdiccionales se adopten exclusivamente con base en la Constitución y la ley. No obstante, la reforma judicial introdujo modificaciones sustantivas que, aunque formalmente preservan plazos de ejercicio, debilitan de manera material la estabilidad judicial y transforma la permanencia en el cargo en un proceso condicionado y vulnerable a influencias políticas.

En primer lugar, el artículo 97 de la CPEUM dispone que las magistradas y los magistrados de circuito, así como las juezas y jueces de distrito, ejercerán su cargo por un periodo de nueve años, con posibilidad de reelección consecutiva al término de cada mandato. Este sistema rompe con el principio tradicional de inamovilidad judicial, pues ahora, su permanencia depende de evaluaciones periódicas de carácter electoral, y de obtener la aprobación de quienes pueden brindar apoyo en esa contienda política. Así, en lugar de concebir el cargo judicial como una función independiente garantizada a largo plazo, se introduce un sistema en el que la continuidad depende de procesos electorales que, en contextos de alta concentración de poder partidista como en México, pueden ser fácilmente influenciados por el partido gobernante.

Además, el simple hecho de que los jueces deban someterse a procesos de reelección genera incentivos para que sus fallos se alineen con las preferencias de electorados o de los actores políticos que facilitan su permanencia en el cargo. La literatura comparada ha documentado con claridad cómo las dinámicas electorales

condicionan el comportamiento judicial. En Estados Unidos, por ejemplo, múltiples estudios muestran que las sentencias, particularmente en temas altamente politizados como la pena de muerte, tienden a endurecerse o moderarse en función de los ciclos electorales y de los incentivos de reelección (Brace & Boyea, 2008; Canes-Wrone, Clark y Kelly, 2014). Esto podría replicarse en el caso mexicano, donde, si el electorado favorece a Morena, los jueces podrían generar sentencias alineadas con la ideología del partido, en lugar de atender aspectos jurídicos.

Este riesgo se intensifica con la creación del Órgano de Evaluación del Desempeño Judicial, entidad auxiliar del TDJ encargada de supervisar y calificar la labor de las personas juzgadoras. De conformidad con el artículo 141 y 167 de la LOPJ, este órgano tiene amplias facultades para decidir cómo se realizarán las evaluaciones, sin que existan criterios claros u objetivos previamente establecidos. Más aún, de acuerdo con el artículo 172 de la LOPJ, los resultados considerados insatisfactorios pueden llevar a sanciones graves, como la suspensión o incluso la destitución de un juez. Este diseño institucional genera un riesgo evidente de cooptación, en la medida en que los mecanismos de evaluación podrían usarse como herramienta de presión o represalia. Si el TDJ está influenciado por el partido oficialista, la revisión del desempeño deja de ser un control técnico destinado a garantizar la calidad y se convierte en un instrumento para amenazar a los jueces que adopten decisiones que incomoden al poder político, ya que podrían diseñarse métodos de evaluación adversos dirigidos a los jueces que tomen decisiones incómodas, utilizándolos posteriormente como argumento para su destitución.

En conjunto, la introducción de la reelección judicial y de sistemas de evaluación sin criterios objetivos ni garantías robustas de imparcialidad reconfigura de manera profunda los incentivos de la judicatura y permiten confirmar la parte de la H3 de que genera incentivos para emitir decisiones alineadas con los actores que pueden incidir en su continuidad o trayectoria profesional. Estos cambios, aunque presentados como ajustes administrativos orientados a mejorar el desempeño, generan en la práctica una dependencia estructural de los jueces respecto del electorado y, sobre todo, de los actores políticos con capacidad de influir en los procesos de reelección y supervisión.

11.4 Intervención en la gestión administrativa y presupuetaria

La H4 planteaba que la intervención del poder político en la gestión administrativa incrementa la dependencia institucional, y viceversa, menos intervención, mayor autonomía. Para evaluar esta hipótesis, se analizará el diseño del órgano encargado de la administración judicial y la distribución de competencias y recursos entre el Poder Judicial, el Ejecutivo y el Legislativo. Aunque formalmente se reconoce cierta autonomía administrativa, la participación del Poder Ejecutivo y del Senado en el proceso de nombramiento de sus integrantes introduce un espacio potencial de politización, al permitir la designación de perfiles que podrían estar alineados con el gobierno en turno. Esta influencia política en los órganos administrativos debilita su autonomía técnica y puede favorecer una gestión alineada con intereses partidistas más que con criterios de fortalecimiento institucional. Además, la ausencia en el marco normativo de mecanismos robustos de transparencia y rendición de cuentas respecto a las decisiones administrativas, como al uso de los recursos públicos, reduce los controles internos y externos sobre posibles desviaciones, asignaciones discrecionales o usos estratégicos del presupuesto como herramienta de presión.

Asimismo, el marco normativo establece que el propio PJ elabore su proyecto presupuestal, sin embargo, su aprobación final continúa dependiendo del Ejecutivo y

del Legislativo, lo que consolida una relación estructural de dependencia financiera. Esta subordinación no es meramente formal: condiciona la capacidad del PJ para expandir infraestructura, fortalecer la carrera judicial, invertir en capacitación, modernizar sistemas tecnológicos o enfrentar problemáticas crónicas como la sobrecarga de trabajo en los tribunales. La falta de previsiones legales para atender estos déficits estructurales (incluida la ausencia de estrategias sistemáticas de digitalización y optimización procesal) perpetúa un modelo de operación vulnerable, lento y fácilmente asfixiable mediante restricciones presupuestales.

Así, se cumple la parte de la H4 que indica que la dependencia financiera funciona como un mecanismo de disciplinamiento indirecto. El control político sobre la aprobación de recursos permite premiar o castigar institucionalmente al PJ según su grado de alineación o confrontación con el gobierno en turno. Recortes selectivos, retrasos en asignaciones o negativas a proyectos estratégicos generan presiones organizacionales que afectan el desempeño del sistema en su conjunto, al tiempo que envían señales claras sobre los costos de ejercer un control judicial efectivo.

11.5 Menoscabo de la autoridad judicial

Por último, se analizará la H5 que señala que las reformas que amplían el alcance de las competencias jurisdiccionales aumentan la autoridad judicial efectiva, y las que reducen sus competencias, disminuyen su autoridad. En el contexto mexicano se observa que, los cambios normativos en materia de amparo, control constitucional y funcionamiento de la SCJN redujeron la autoridad judicial, al limitar de forma sistemática la capacidad del PJ para frenar normas ilegales, proteger derechos colectivos y ejercer control efectivo sobre el poder político. En primer lugar, la eliminación de los efectos generales del amparo contra normas de carácter general (artículo 107 de la CPEUM) fragmenta la fuerza del control constitucional, pues incluso cuando una disposición es declarada inconstitucional, sus efectos se restringen al caso concreto, permitiendo que la norma siga produciendo consecuencias jurídicas para el resto de la población. De manera complementaria, la prohibición del artículo 105 de la CPEUM de suspender normas impugnadas en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales vacía de contenido la función preventiva de la justicia constitucional, ya que las leyes cuestionadas continúan aplicándose durante todo el proceso, aun cuando posteriormente sean invalidadas. Esto genera daños irreversibles y convierte al control judicial en un mecanismo tardío e ineficaz.

Asimismo, la indicación del artículo 105 de la CPUEM de aumentar el umbral de votos necesarios para declarar la inconstitucionalidad de leyes (seis de nueve ministros) hace mucho más difícil que los jueces puedan anular reformas hechas por mayorías políticas. Esto favorece que normas que podrían ser inconstitucionales sigan vigentes, no por razones legales, sino solo por reglas de procedimiento. Paralelamente, el endurecimiento del concepto de «interés legítimo» en el artículo 107 de la CPUEM dificulta que las personas y grupos puedan acceder a la justicia para defender derechos colectivos. Ahora se exige que haya un daño directo, actual y específico. Esto significa que si un grupo no está sufriendo el daño, ya no puede presentar un amparo, aunque pueda demostrar que otras personas o grupos vulnerables sí lo están sufriendo. Como resultado, se complica la defensa de estos grupos. Este cambio reduce el papel del PJ como garante de derechos importantes y limita su función social de control del poder. La reforma también debilita mucho la herramienta «suspensión del acto reclamado», la cual permitía a una autoridad judicial ordenar que una acción o decisión tomada por una autoridad administrativa o de gobierno dejará de surtir efecto temporalmente mientras se revisaba su legalidad o

conveniencia. Actualmente, para que se aplique la suspensión se exigen pruebas claras del daño y se prioriza el interés social (fracción X, artículo 107 de CPEUM), esto eleva sustancialmente la carga probatoria para las personas quejasas. Además, al impedir el amparo en temas delicados, como en casos fiscales o deuda pública, los jueces pierden una herramienta importante para evitar daños inmediatos, favoreciendo la ejecución de actos estatales aun cuando sean potencialmente inconstitucionales.

En conjunto, estas modificaciones producen un desplazamiento estructural del equilibrio de poder: los tribunales conservan formalmente sus competencias, pero pierden su capacidad real de frenar al Ejecutivo y al Legislativo de manera oportuna, efectiva y con impacto general. Por tanto, se confirma la segunda parte de la H5. Así, desde una lógica de captura institucional, no se trata de eliminar al PJ sino de vaciarlo de autoridad práctica, transformándolo en un actor que revisa ex post decisiones políticas ya consolidadas, sin capacidad de corrección estructural. Al restringir el acceso a la justicia, debilitar los efectos de sus sentencias y neutralizar sus herramientas de intervención inmediata, la reforma reduce al PJ a un contrapeso simbólico, facilitando la concentración de poder en las mayorías gobernantes. En este sentido, la reducción de autoridad judicial opera como un mecanismo sofisticado de captura: no subordina directamente a los jueces, pero les retira progresivamente los instrumentos que hacen posible ejercer control constitucional efectivo.

12. Conclusiones

La evidencia presentada permite concluir que la reforma judicial de 2024 no fue únicamente un ajuste técnico destinado a corregir fallas históricas del sistema de justicia, sino una reconfiguración institucional en un régimen populista que debilitó de manera estructural las garantías de gobernanza judicial. Aunque el PJ mexicano enfrentaba problemas reales de legitimidad, corrupción y opacidad, los cambios adoptados alteraron los incentivos bajo los cuales opera la judicatura. La politización del acceso, la instrumentalización potencial del régimen disciplinario, la erosión de la estabilidad en el cargo, la dependencia presupuestaria y la reducción de competencias jurisdiccionales configuran, en conjunto, un patrón coherente de subordinación del PJ hacia el gobierno populista en turno. Con esta reforma, Morena consolidó su control al debilitar una institución que había funcionado como contrapeso frente a sus intentos de concentración de poder. La medida erosiona la autonomía del Poder Judicial y le arrebató herramientas clave para frenar las acciones inconstitucionales de este gobierno.

Uno de los principales aportes del artículo consiste en mostrar que esta transformación no surgió de manera abrupta, sino que fue precedida por patrones sistemáticos de presión política (discursiva, legislativa, presupuestal e institucional) que erosionaron gradualmente la legitimidad y la capacidad de resistencia del órgano judicial. Al reconstruir esta secuencia (deslegitimación, hostigamiento y rediseño normativo) el trabajo aporta evidencia empírica concreta sobre cómo puede gestarse un proceso de captura institucional en un régimen formalmente democrático. Asimismo, otro de los aportes centrales del texto fue identificar con precisión los mecanismos concretos mediante los cuales se produjo la subordinación del PJ. En primer término, la sustitución de la carrera judicial por la elección popular directa de ministros, magistrados y jueces (con candidaturas previamente filtradas por comités de evaluación integrados por miembros del oficialismo) trasladó el acceso al cargo desde criterios predominantemente meritocráticos hacia dinámicas electorales estructuralmente permeables a la influencia del partido gobernante.

En segundo lugar, la creación del TDJ, cuyos integrantes también son electos por voto popular y concentran facultades de investigación y sanción sin contrapesos externos efectivos, introdujo un mecanismo institucional susceptible de operar como vía de presión selectiva sobre el contenido de las decisiones jurisdiccionales. En tercer lugar, la imposición de mandatos de nueve años con posibilidad de reelección sujeta nuevamente a competencia electoral debilitó la inamovilidad judicial y generó incentivos para evitar confrontaciones con actores con capacidad de incidir en la contienda, como Morena. A ello se suma la potencial utilización del control presupuestario como mecanismo de disciplina indirecta por parte del Poder Ejecutivo. Finalmente, la reducción de la autoridad jurisdiccional (mediante la supresión de los efectos generales del amparo, la prohibición de suspender normas impugnadas y el aumento del umbral de votación para declarar inconstitucionalidades) restringe de manera sustantiva la capacidad del tribunal para ejercer un control efectivo frente al gobierno y los demás poderes.

Este estudio abre diversas líneas de investigación futura. Será fundamental evaluar empíricamente el comportamiento de jueces y magistrados bajo el nuevo esquema para determinar si se materializan los incentivos de alineamiento anticipados; analizar los efectos de la reforma en la protección de derechos colectivos y en la litigación estratégica; comparar el caso mexicano con otros procesos recientes de reconfiguración judicial en América Latina; y examinar el impacto de la reforma en la percepción ciudadana de legitimidad y confianza. Solo a través de este seguimiento sistemático podrá determinarse si la transformación observada constituye un episodio coyuntural o un punto de inflexión duradero en la trayectoria democrática del país.

Bibliografía

- Abdo Ferez, M. C. (2013). La política y la juristocracia. *Sociedad*, (33), 1-24.
- Ackerman, B. (2000). The New Separation of Powers. *Harvard Law Review*, 113(3), 633-729.
- Aguiar, A. (2024). *Subverting judicial legitimacy: Presidential rhetoric and democratic erosion in Mexico* (Working Paper). CEU Democracy Institute.
- Barak, A. (2006). *The judge in a democracy*. Princeton University Press.
- Baum, L. (2011). *Specializing the Courts*. University of Chicago Press.
- Bermeo, N. (2016). On democratic backsliding. *Journal of Democracy*, 27(1), 5-19.
- Brace, P. y Boyea, B. (2008). State Public Opinion, the Death Penalty, and the Practice of Electing Judges. *American Journal of Political Science*, 52(2), 360-372.
- Brinks, D. y Blass, A. (2018). *The DNA of Constitutional Justice in Latin America: Politics, Governance, and Judicial Design*. Cambridge University Press.
- Burbank, S. y Friedman, B. (2002). *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*. SAGE Publications, Inc.
- Canes-Wrone, B., Clark, T. y Kaelly, J. (2014). Judicial Selection and Death Penalty Decisions. *American Political Science Review*, 108(1), 23-39.
- Casar, M. A., López-Ayllón, S., y Ortiz, G. (Eds.). (2024). *El legado administrativo de AMLO: el desmantelamiento del Estado*. Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI).
- Castillo, J. (2024, 01 de noviembre). Cercanos a Morena y juristas veteranos: los nombres que cribarán a los candidatos a elección de jueces, ministros y magistrados. *El País*. <https://elpais.com/mexico/2024-11-01/cercanos-a-morena-y-juristas-veteranos-los-nombres-que-cribaran-a-los-candidatos-a-la-eleccion-de-jueces-ministros-y-magistrados.html>
- Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) (2010). *Carta Magna de los Jueces (Principios Fundamentales)*. Disponible en: <https://rm.coe.int/168074774a>
- Dahl, R. (1957). Decision-making in democracy: The Supreme Court as a national policy-maker. *Journal of Public Law*, 6(2), 279-295.

- Dahl, R. A. (1998). *On democracy*. Yale University Press.
- Difusión FJEDD (2025). 2018-2024. *Un sexenio de deslegitimación y ataques al Poder Judicial que culminaron en la reforma constitucional*. Fundación Justicia. Disponible en: <https://www.fundacionjusticia.org/2018-2024-un-sexenio-de-deslegitimacion-y-ataques-al-poder-judicial-que-culminaron-en-la-reforma-constitucional/>
- Epstein, L. y Knight, J. (1998). *The Choices Justices Make*. CQ Press.
- Fernández Noroña, G. (2023, 09 de mayo). Diario de los Debates. Cámara de Senadores. Sesión Pública de la Comisión Permanente Celebrada en la Ciudad de México, el 09 de Mayo de 2023.
- Fuentes, V. (2025, 9 de septiembre). Tienen medio millón de casos rezagados. *Reforma*.
- García Almaguer, H. (2021, 05 de octubre). *Diario de los Debates*. Cámara de Diputados. LXV Legislatura. Sesión 12 del Primer Periodo de Sesiones Ordinarias del Primer Año de Ejercicio.
- García, F. (2024, 10 de septiembre). Consejo de la Judicatura desechó 86% de 38 mil quejas en 19 años: SEGOB. *El Heraldo de México*. <https://heraldodemexico.com.mx/nacional/2024/9/10/consejo-de-la-judicatura-desecho-86-de-38-mil-quejas-en-19-anos-segob-636503.html>
- Garza, J. y Martín, J. (2019, 04 de octubre). La renuncia de Medina Mora: un terremoto judicial. *Revista Nexos*. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/la-renuncia-de-medina-mora-un-terremoto-judicial/>
- Goldberg, D. (2007). Interest Group Participation in Judicial Elections. En M. Streb (Ed.), *Running for Judge. The Rising Political, Financial and Legal Stakes of Judicial Elections* (pp. 73-95). New York University Press.
- Helmke, G. y Ríos-Figueroa, J. (2010). *Tribunales constitucionales en América Latina*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Hirschl, R. (2004). *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*. Harvard University Press.
- Impunidad Cero (2024a). *El tamaño de la impunidad en México*. Disponible en: <https://www.impunidadcero.org/impunidad-en-mexico/#/>
- Impunidad Cero (2024b). *Percepciones de impunidad 2024*. Disponible en: <https://www.impunidadcero.org/uploads/app/articulo/204/contenido/1718122427Z88.pdf>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (2024). *Percepción sobre el desempeño de las autoridades de seguridad pública y justicia*. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/temas/percepciones/>
- INEGI. (2025). *Estadísticas a propósito del Día de las Personas Juzgadas [Comunicado de prensa]*. Instituto Nacional de Estadística y Geografía. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/aproposito/2025/EAP_PERJ_UZG.pdf
- Knight, A. (1998). Populism and Neo-populism in Latin America, especially Mexico. *Journal of Latin American Studies*, 30(2), 223-248.
- Laclau, E. (2005). *On Populist Reason*. Verso.
- Latinobarómetro (2024). *Confianza en el Poder Judicial [México]*. <https://www.latinobarometro.org/odajds/>
- Levitsky, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*. Ariel.
- Ley, S. (2024). Democracia, poderes fácticos y regímenes de gobernanza criminal. *Cuadernos de Divulgación de la Cultura Democrática*. INE.
- López Obrador, A. M. (2023, 9 mayo). *Conferencia de prensa matutina del 9 de mayo de 2023*. Gobierno de México.
- López Obrador, A. M. (2023, 19 de mayo). *Conferencia de prensa matutina del 19 de mayo de 2023*. Gobierno de México.

- López Obrador, A. M. (2023, 11 junio). *Conferencia de prensa matutina del 11 de junio de 2023*. Gobierno de México.
- López Obrador, A. M. (2023, 22 de junio). *Conferencia de prensa matutina del 22 de junio de 2023*. Gobierno de México.
- Velázquez, R., y González, L. (2025). De la negociación al conflicto: la transformación de la relación ejecutivo-legislativo en México, 2018-2024. *Foro internacional*, 65(3), 523-574
- Michels, R. (2008). *Los partidos políticos: Un estudio sociológico de las tendencias oligárquicas de la democracia moderna* (J. Molina, Trad.). Amorrortu.
- Mills, C. (1957). *La élite del poder* (F. M. Torner, Trad.). Fondo de Cultura Económica
- Mosso, R. (2024, 8 septiembre). En 2022, 49% de servidores públicos en órganos jurisdiccionales tenían al menos un familiar en el PJF. *Milenio*. <https://www.milenio.com/politica/en-2022-49-de-servidores-publicos-tenian-familiar-en-poder-judicial>
- Mouffe, C. (2009). El populismo como espejo de la democracia. En F. Panizza (Comp.). *El populismo como espejo de la democracia* (pp. 53-72). Fondo de Cultura Económica.
- Mudde, C., y Rovira Kaltwasser, C. (2019). *Populismo: Una breve introducción*. Alianza Editorial.
- Navarrete Vela, J. P. (2023). El liderazgo carismático de AMLO y su influencia en la Cuarta Transformación (4T). *KORPUS* 21(137), 353-370.
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) (2020). *Independencia del Poder Judicial y el Rol de los Fiscales*. Disponible en: <https://www.unodc.org/e4j/zh/crime-prevention-criminal-justice/module-14/key-issues/1--the-main-factors-aimed-at-securing-judicial-independence.html>
- O'Reilly, J. (2004). Writing Checks or Righting Wrongs: Election Funding and the Tort Decisions of the Ohio Supreme Court. *Cleveland State Law Review*, 51(3), 643-658.
- Organización de las Naciones Unidas (ONU) (1982). *Principios básicos relativos a la independencia de la judicatura*. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/basic-principles-independence-judiciary>
- Pedroza, E. (2025, 2 de junio). Así operó la red en Morena para capturar la elección judicial. *PROCESO*. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2025/6/2/asi-opero-la-red-en-morena-para-capturar-la-eleccion-judicial-352222.html>
- Pozas, A. y Ríos, F. (2022). Instituciones informales e independencia judicial de facto. *Política y Gobierno*, 29(2), 1-27.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la justicia* (M. D. González, Trad.). Fondo de Cultura Económica.
- Red Mundial de Justicia Electoral (RMJE) (2021). *Estudio de mejores prácticas del Observatorio de Independencia Judicial de la Red Mundial de Justicia Electoral*. Disponible en: https://www.te.gob.mx/service_red_mundial/media/pdf/00500e85f7b09cd.pdf
- Ríos-Figueroa, J. y Staton, J. (2014). An Evaluation of Cross-National Measures of Judicial Independence. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 30(1), 104-137.
- Ríos-Figueroa, J. (2022). El poder judicial ante el populismo y la erosión democrática. El caso de México, 2018-2021. *Revista de Estudios Políticos*, 198, 187-217.
- Rousseau, J. (2017). *El contrato social*. Alianza Editorial.
- Russell, P. y O'Brien, D. (2001). *Judicial Independence in the Age of Democracy: Critical Perspectives from Around the World*. University Press of Virginia.
- Schumpeter, J. A. (1942). *Capitalism, socialism and democracy*. Harper & Brothers.
- Shetreet, S. y Forsyth, C. (2012). *The Culture of Judicial Independence*. Brill.
- Solís-Gadea, H. R. (2022). Cuando las palabras polarizan a un país: el discurso de López Obrador como factor de división. *Análisis Plural*, (1), 9-24.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (2023). *Poder Judicial de la Federación anuncia proyecto de presupuesto 2024*. [Comunicado de Prensa]. Disponible en: <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=7483>
- Tyler, T. (1990). *Why people obey the law*. Yale University Press.
- Urbinati, N. (2020). *Yo, el pueblo: Cómo el populismo transforma la democracia*. Grano de Sal; Instituto Nacional Electoral.
- Voz México Legal. (2025). *Justicia lenta en México: ¿Por qué los juicios tardan tanto y qué se puede hacer al respecto?* Disponible en: <https://vozlegalmexico.com/justicia-lenta-en-mexico-por-que-los-juicios-tardan-tanto-y-que-se-puede-hacer-al-respecto/#:~:text=%C2%BFCu%C3%A1nto%20tiempo%20tarda%20un%20juicio,%20por%20varios%20a%C3%B1os%20adicionales>.
- Wahl, T. (2024, 16 de octubre). CEPEJ: 2024 Report on European Judicial Systems. EUCRIM. Disponible en: <https://eucrim.eu/news/cepej-2024-report-on-european-judicial-systems/>
- Waldner, D. y Lust, E. (2018). Unwelcome Change: Coming Terms with Democratic Backsliding. *Annual Review of Political Science*, 21(1), 93-113.
- Waldo, D. (1948). *The Administrative State: A Study of the Political Theory of American Public Administration*. Ronald Press Company.
- Weyland, K. (2001). Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics. *Comparative Politics*, 34(1), 1–22
- Zerega, G. (2023, 29 de noviembre). López Obrador reconoce que la terna a la Suprema Corte está muy vinculada a Morena: “Es un orgullo”. *El País*. <https://elpais.com/mexico/2023-11-29/lopez-obrador-reconoce-que-la-terna-a-la-suprema-corte-esta-muy-vinculada-a-morena-es-un-orgullo.html>

Inteligencia artificial y transformaciones en la concepción tradicional del trabajo y del empleo. Riesgos, límites y respuestas*

Artificial intelligence and transformations in the traditional conception of work and employment. Risks, limits and responses

José Luis Rey Pérez**

Universidad Pontificia Comillas

ORCID ID 0000-0002-8975-2705

jlrey@comillas.edu

Cita recomendada:

Rey Pérez, J. L. (2026). Inteligencia artificial y transformaciones en la concepción tradicional del trabajo y del empleo. Riesgos, límites y respuestas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 175-193

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10379>

Recibido / received: 24/11/2025
Aceptado / accepted: 04/01/2026

Resumen

La expansión acelerada de la inteligencia artificial está transformando de manera profunda la concepción tradicional del trabajo y del empleo, generando desafíos económicos, jurídicos y éticos de gran alcance. Este artículo analiza cómo la IA altera las dimensiones clásicas del trabajo —qué se hace, quién lo hace, para quién, cómo y dónde— y cómo estos cambios pueden aumentar las desigualdades sociales, especialmente entre trabajadores con menor cualificación o mayores afectados por la brecha digital. El trabajo propone algunas respuestas destacando la necesidad de formación continua, la reducción y redistribución del tiempo de trabajo, y la exploración de mecanismos como la renta básica o la fiscalidad de la automatización. Finalmente, se argumenta que ciertos ámbitos, especialmente el trabajo de cuidado, deben permanecer como algo que solo podemos realizar los seres humanos.

* Versiones previas de este trabajo fueron presentadas en la Jornada “El derecho al trabajo digno” celebrada en la Universidad de Barcelona el 24 de octubre de 2025 y en la Jornada “Harnessing the Power of AI to Advance Human Rights” en la Universidad de Essex el 5 de noviembre de 2025. Agradezco los comentarios allí recibidos que han mejorado el texto final. Agradezco también a los revisores anónimos sus indicaciones para mejorar el artículo. Este trabajo se desarrolló en una estancia de investigación en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia.

** Profesor Propio Ordinario de Filosofía del Derecho.



Palabras clave

Inteligencia artificial, trabajo, empleo, trabajo de cuidado, automatización laboral, reducción de jornada, formación continua, transformación digital, datos.

Abstract

The rapid expansion of artificial intelligence is profoundly transforming the traditional conception of work and employment, generating far-reaching economic, legal, and ethical challenges. This article examines how AI alters the classical dimensions of work —what is done, by whom, for whom, how, and where— and how these changes may increase social inequalities, particularly among lower-skilled workers and older adults affected by the digital divide. The article proposes several responses, highlighting the need for continuous training, the reduction and redistribution of working time, and the exploration of mechanisms such as basic income or taxation on automation. Finally, it argues that certain spheres -especially care work- must remain tasks that only human beings can truly perform.

Keywords

Artificial intelligence, work, employment, care work, work automation, reduction of working hours, continuous training, digital transformation, data.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contextualización: la concepción tradicional del trabajo y del empleo. 3. ¿Cómo afecta la IA al trabajo y al empleo? 3.1. Una revolución que solo acaba de comenzar. 3.2. ¿Modifica la IA la concepción clásica del empleo (y del trabajo)? 3.2.1 El qué. 3.2.2. Para qué. 3.2.3. Quién. 3.2.4. Para quién. 3.2.5. Cómo. 3.2.6. Dónde. 3.3. ¿Destruirá la IA empleos? 4. Posibles respuestas. 4.1. La importancia de la formación continua. 4.2. Reducción de la jornada. 4.3. Trabajos demasiado humanos. 5. Conclusión.

1. Introducción

La cuestión del trabajo ha estado presente como una preocupación de la humanidad desde hace miles de años. Ya la Biblia condenaba a Adán y Eva a ganarse el pan con el sudor de su frente una vez que habían sido expulsados del Paraíso donde todo era abundancia. En la historia de la Filosofía han existido pensadores que han creído que el trabajo dignifica y otros que consideraban que era una forma de explotación. Pero es con la Revolución Industrial donde el trabajo adquiere una especialización y un centro en la vida de las personas que antes no tenía. En las sociedades feudales, ganaderas y agrícolas, las personas trabajaban para obtener su alimento, pero el objetivo final no era la producción de bienes propia del capitalismo industrial. Es de la mano de este cuando se produce un cambio de la concepción del trabajo que llega hasta nuestros días.

Si la revolución industrial supuso una modificación relevante en las formas de empleo y en la manera de trabajar, hoy estamos asistiendo a otra que puede ser incluso mayor que aquella. Llevamos ya varias décadas insertos en una revolución tecnológica que está cambiando el mundo tal y como lo conocíamos: la generalización del uso de la informática, la capacidad cada vez mayor de los computadores, la llegada de internet y las primeras bases de datos hasta la revolución a la que estamos asistiendo ahora con la inteligencia artificial (en adelante, IA). La posibilidad de tratar millones de datos a gran escala no solo ahorra tiempo, sino que puede incluso desarrollar cálculos que el ser humano sería incapaz porque podría llevarle toda la vida. Esto provoca la aparición de una nueva riqueza que son los datos, un bien con el que se comercia y del que hay mercados, algo que desafía la propia identidad y derechos clásicos como el derecho a la intimidad o a la vida privada que tenemos

reconocidos tanto en tratados internacionales como en la Constitución. Algo que irá a más porque la computación cuántica unida a la inteligencia artificial puede dar lugar a una realidad que quizá solo veíamos en algunos libros y películas de ciencia ficción.

En el presente trabajo se argumentará la hipótesis de que la IA altera algunos aspectos de la concepción tradicional del empleo y del trabajo, pero no todos los trabajos son automatizables y el cuidado debe permanecer como núcleo esencial de la actividad humana.

2. Contextualización: la concepción tradicional del trabajo y del empleo

El origen del derecho al trabajo, como derecho social central, en contra de lo que pueda pensarse, no se sitúa en lo que Peces-Barba denominaba proceso de generalización de los derechos, cuando los sociales se incorporan al reconocimiento jurídico debido a la representatividad que obtuvieron los partidos obreros como consecuencia del sufragio universal masculino, sino en tiempos de la Revolución Francesa, particularmente en la Declaración de 1791 y en los sucesivos movimientos que hubo hasta llegar a 1848 (García Manrique, 2001; Scotto, 2021). Fue luego con la revolución industrial y el proceso de internacionalización cuando el derecho al trabajo se reconoció en diversos textos internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de 1966 o más recientemente en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y en los textos constitucionales¹. Las observaciones de los órganos derivados de estos tratados, así como la Organización Internacional del Trabajo (OIT) que publica documentos han ayudado a interpretar adecuadamente este derecho a lo largo de los años.

En España el artículo 35 de la Constitución establece que «todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo»². En este artículo no solo se reconoce el deber³ y el derecho al trabajo, sino también la libertad de trabajar y algunos derechos laborales como la promoción, la remuneración o la prohibición de discriminación. Es preciso diferenciar entre el derecho al trabajo de los derechos en el trabajo; los segundos son los derechos laborales, mientras que el sentido del primero ha sido objeto de un amplio debate doctrinal. Como señala García Piñeiro (2025, p. 24), «la presencia de la OIT en el sistema de relaciones laborales español es notable, ya que ha sido un foco de inspiración y promoción de la legislación española, en especial en sus primeras fases y en la transición democrática».

En algunas ocasiones los textos legislativos han identificado el derecho al trabajo con la libertad de trabajar, entendiéndola, así, como una libertad negativa en la que el papel de los poderes públicos se reduciría al mínimo, esto es, a la regulación del contrato de trabajo. Algunos autores lo han interpretado con el derecho a acceder y poseer un empleo. El problema con esta concepción es que, dado que en las economías de mercado siempre hay desempleo, aunque sea friccional, sería un derecho siempre incumplido si se conceptualiza como regla o siempre cumplido si se concibe como un principio programático, pues no hay gobierno que desee la destrucción de empleos, aunque luego pueda fracasar en sus políticas económicas.

¹ Vid. sobre el origen, el sentido y el desarrollo del derecho al trabajo Tanghe (1989), Anderson (1973), Sastre Ibarreche (1996) y Rey Pérez (2007), entre otros.

² No todos estuvieron de acuerdo con constitucionalizar el derecho al trabajo. Incluso uno de los padres de la Constitución, años después, negó el carácter de derecho al trabajo: vid. Peces-Barba Martínez (1990).

³ Vid. sobre el deber de trabajar Vigo Serralvo (2024).

Incluso hay quien para lograr que el derecho al empleo sea una regla ha propuesto la creación subsidiaria por parte del Estado de empleos para aquellos que no tienen uno, una idea que se propuso en Estados Unidos hace décadas y que se recuperó no hace tanto en España bajo la expresión *trabajo garantizado* (Garzón Espinosa y Guamán Hernández, 2015).

Ha existido una identificación entre trabajo y empleo debido a que vivimos en sociedades que se han organizado alrededor del empleo. Este puede considerarse una forma de trabajo asalariado donde una persona presta sus servicios a cambio de un salario, remuneración que, en las sociedades industrializadas propias del capitalismo liberal, le permite, o debería permitir, cubrir sus necesidades básicas a través del consumo de ciertos bienes y servicios en los mercados. El empleo constituye así un elemento central en la vida de todas las personas. Los niños, adolescentes y jóvenes se educan para salir preparados al mercado de trabajo y obtener una ocupación que les permitía ir progresando y avanzando hasta llegar a la jubilación, donde se considera que la persona ha alcanzado una edad donde merece descanso y, tras haber cotizado los años correspondientes, recibe una pensión de jubilación. La propia identidad del yo se construye sobre eso a lo que dedicamos tanto tiempo: “¿qué eres? ¿a qué te dedicas?”, son preguntas frecuentes en las reuniones sociales donde hay subyacente una identidad entre el sujeto y lo que hace. Es la filosofía del *homo faber*, el hombre que hace.

En *La condición humana*, Arendt (2009) diferencia entre labor, producción y acción. Por labor entiende el proceso biológico del cuerpo humano, la labor estaría así orientada a la satisfacción de las necesidades básicas: comer, beber agua, dormir, descansar en un lugar seguro... La producción se refiere a ese ser que produce, a la persona que está empleada y construye instrumentos u objetos y que se integra en la cadena de la producción capitalista. Utilizando esta distinción, aunque me aleje de lo que propiamente explicaba Hanna Arendt, quizá podríamos entender la labor como aquella actividad previa a la aparición de la revolución industrial y del capitalismo, como aquel hacer en el campo cuando se siembra, se recoge, se consume, en una actividad cíclica muchas veces condicionada o afectada por las condiciones atmosféricas, pero en la que el hombre y la mujer han estado insertos durante miles de años. La producción supone ponerse por encima de ese mundo natural e intentar cambiarlo con objetos que el ser humano fabrica ya no con sus manos sino con industrias, con tecnologías y con técnicas. El hombre y la mujer que laboraban lo hacían en un mundo donde lo importante era la supervivencia, mientras los que fabrican lo hacen en un mundo donde lo importante es la ganancia, el crecimiento y la acumulación, aunque esta no resulte al alcance de todos.

El empleo es, por lo tanto, central en la vida contemporánea. Es un concepto mercantil porque hay un sujeto que remunera por las actividades que alguien realiza, ya sea el Estado (empleo público), un particular o una empresa de diverso tamaño. Esta concepción del empleo tenía un sesgo de género, porque como estaba centrada en la producción invisibilizaba todas las tareas de reproducción que caían sobre los hombros de las mujeres. El cuidado de los niños, de los mayores y de las personas con discapacidad no se valoraban, no se consideraban empleo ni trabajo. Esto respondía a la distinción liberal entre lo público y lo privado, donde esto último no tenía ninguna relevancia ni presencia social⁴. Solo a partir de la lucha feminista se comenzó a poner en valor estas otras actividades, quizá más relacionadas con lo laborioso pero que eran igualmente importantes porque permitían la producción, aunque «si en los primeros recuentos censales de casi todos los países, las mujeres que realizaban trabajos domésticos para sus familias fueron clasificadas como

⁴ Vid. al respecto Pateman (1995).

“trabajadoras domésticas”, a lo largo de las primeras décadas del siglo XX éstas pasaron a formar parte de los grupos calificados como “inactivos”» (Marugán Pintos, 2014, p. 217).

A finales del siglo XX, y como consecuencia de la valoración de ese trabajo realizado por las mujeres, se comienza a utilizar la expresión en inglés del *care work*, esto es, el trabajo de cuidados. La importancia de esta noción es muy relevante. La lógica liberal del capitalismo productivo entendía que solo era trabajo aquello que daba como resultado final un producto, y ahondaba así en la visión individualista del sujeto. Aunque por detrás del sujeto estuviera la familia, esta quedaba en ese ámbito privado donde ni el Estado ni el Derecho debían intervenir. La visión individualista liberal es la que más daño ha hecho porque el ser humano es ontológicamente relacional, necesita de las relaciones con los demás, ya no solo para sobrevivir, sino para llevar una vida plena. Y como seres ontológicamente vulnerables, necesitamos de los cuidados. Creo que es interesante, como hace Fineman (2016), distinguir dos dimensiones de la vulnerabilidad. Por un lado está la que podríamos denominar vulnerabilidad ontológica, aquella que depende de nuestro ser y estar en el mundo; cuando nacemos si nadie cuida de nosotros moriremos en poco tiempo, somos seres muy vulnerables porque además en comparación con otras especies el ser humano necesita mucho tiempo de cuidados después de haber nacido. También en el momento de nuestra muerte, en la vejez, precisamos de cuidados porque nuestras capacidades físicas e intelectuales se van degradando. Por otro lado, se encuentra la vulnerabilidad que acontece por circunstancias sociales o económicas, la circunstancial, que se puede derivar de muchos factores como condiciones sociales, económicas, ambientales, etc. Y en esa vulnerabilidad circunstancial también precisamos de cuidados.

While it must initially be understood as universal and constant when considering the general human condition, vulnerability must be simultaneously understood as particular, varied, and unique on the individual level. Two forms of individual difference are relevant. The first form of difference is physical: mental, intellectual, and other variations in human embodiment. The second is social and constructed, resulting from the fact that individuals are situated within overlapping and complex webs of economic and institutional relationships (Fineman, 2016, p. 21)⁵.

Si entendemos que el trabajo de cuidado, aun no siendo empleo, es trabajo, podríamos ofrecer una concepción extensa del derecho al trabajo y lo que este intenta proteger. Podemos así definir trabajo como todas aquellas tareas o actividades que una persona lleva a cabo que le permiten interactuar con otras, ya sea mediata o inmediatamente, y por las que obtiene reconocimiento social (Rey Pérez, 2007). Esta idea extensa del término trabajo no lo liga ni a lo mercantil ni con lo salarial, como sí ocurre con el empleo. Aunque cuando hablamos de reconocimiento una forma puede ser a través de dinero, no puede ni debe ser la única.

⁵ Aunque inicialmente la vulnerabilidad debe entenderse como universal y constante al considerar la condición humana general, también debe entenderse simultáneamente como particular, variada y única a nivel individual. Hay dos formas de diferencia individual relevantes. La primera forma de diferencia es física: variaciones mentales, intelectuales y otras en la encarnación humana. La segunda es social y construida, resultado del hecho de que los individuos están situados dentro de redes económicas e institucionales superpuestas y complejas (Traducción propia).

3. ¿Cómo afecta la IA al trabajo y al empleo?

3.1. Una revolución que solo acaba de comenzar

La inteligencia artificial (IA) se ha convertido en el tema de moda y eso que solo estamos al comienzo de lo que supone esta revolución. Sin embargo, no existe una única definición de IA y, es más, en los últimos años las definiciones no han hecho sino crecer. Floridi indica que la IA «es una expresión genérica que se utiliza para referirse a varias disciplinas tecnocientíficas, servicios y productos que a veces solo están relacionados genéricamente. Como concepto, la IA denota una familia en la que el parecido, y a veces solo unos pocos rasgos, son el único criterio de pertenencia del que disponemos» (2024, p. 70). Se pueden ofrecer definiciones que son altamente complejas desde un punto de vista tecnológico. El Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial de la Unión Europea, en su artículo 3.1) la define como «un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales». Se suelen diferenciar dos tipos de IA, la débil o estrecha, que son sistemas ideados para realizar tareas concretas, como, por ejemplo, traducir un idioma, y la fuerte que es capaz de razonar, planificar y tomar decisiones. Hay también una IA super inteligente «que superaría la inteligencia humana en todos los aspectos. Este nivel de IA sería capaz de comprender el mundo de una manera que está más allá de la capacidad humana, y sería capaz de resolver problemas complejos a una velocidad y eficiencia que los seres humanos no pueden alcanzar» (Pérez-Ugena, 2024, pp. 314-315), y que aún no ha sido desarrollada del todo. Siguiendo a Floridi podemos decir que la IA, en sus múltiples versiones, se caracteriza por tres rasgos: recibir y utilizar datos del entorno, en concreto, una cantidad ingente de datos; emprender acciones basadas en esos datos de entrada de manera autónoma para lograr objetivos que serán las salidas de esa inteligencia; y, por último, una mejora continua porque aprende de sus interacciones (Floridi, 2024, p. 59).

La materia prima con la que trabajan los sistemas de IA son los datos; se podría decir que, así como en el pasado la riqueza era material y se computaba por la cantidad de oro o más adelante, cuando se abandonó el patrón oro por la cantidad de dinero o de petróleo, hoy la riqueza se cuantifica en datos. Datos que en muchos casos no tienen un coste porque se ofrecen gratuitamente, como hacemos cuando subimos contenido a nuestros perfiles sociales o realizamos búsquedas en internet. Por lo tanto, la IA es capaz de manejar una enorme cantidad de datos y, basándose en la probabilidad, ofrecer respuestas y aprender de su interacción. ¿Existe capacidad creativa en la IA? Depende de lo que entendamos por creación. No es una creación que surja de la nada (aunque ninguna creación se produce en un vacío, sino que siempre parte de la existencia de algo), sino de los datos que están en el sistema, pero a partir de esos datos la IA puede ofrecer soluciones nuevas y originales, gracias a la capacidad de procesamiento de estos datos basándose en la probabilidad. La IA está dando sus primeros pasos y lo está haciendo a una velocidad de crucero. Cómo evolucionará en los próximos cinco o diez años es algo que hoy desconocemos.

3.2 ¿Modifica la IA la concepción clásica del empleo (y del trabajo)?

Si partimos del concepto de empleo y de trabajo que se ha ofrecido más arriba, una de las primeras preocupaciones que nos surge cuando vemos los cambios que trae

la IA es si va a modificar o no este concepto. Preguntémonos, pues, por el qué, para qué, quién, para quién, cómo y dónde.

3.2.1. El qué

Hemos dicho que el empleo es una parte del trabajo y que este puede considerarse más amplio porque han existido actividades que no han tenido el reconocimiento del mercado, pero que aportaban a la sociedad en la que se llevaban a cabo. En cualquier caso, ambos, trabajo y empleo, consisten en una serie de actividades que se desarrollan con una cierta regularidad y sistemáticamente. Es necesario un saber qué se hace. De ahí que desde hace siglos haya especialización y estudios para desempeñar cualquier empleo. Y esto no es solo cosa del empleo, también hay que saber cuidar. El objeto del trabajo y del empleo puede ser muy variado: puede ser productivo o reproductivo, recolector, cazador, cuidador, etc. La IA parece que puede realizar o participar en algunas de estas tareas aumentando la eficiencia y la productividad.

3.2.2. Para qué

Quizá en esto es en lo que ha evolucionado más el trabajo y el empleo. Hace siglos, sobre todo hasta la revolución industrial, la gente trabajaba con el objetivo de satisfacer sus necesidades básicas. La recolección de frutas y verduras, la caza y la pesca tenían como objetivo la alimentación. Cuando llega la revolución industrial se trabaja para conseguir un salario, que sirve también para satisfacer las necesidades pero que conforme avanza el capitalismo industrial y liberal se orienta también al consumo de bienes y servicios que tienen como finalidad el ocio. Quizá porque la mera satisfacción de las necesidades biológicas no supone la felicidad o el bienestar que tras la II Guerra Mundial se alcanzó con la construcción de los Estados de bienestar y donde el ocio, ya limitada la jornada laboral, pasó a considerarse algo importante. Pasamos del *homo faber* al *homo ludens*; como señala Fernando Llano: «a diferencia del *homo faber*, un hombre que fabricaba cosas con partes materiales que ensamblaba para formar un todo armónico, el *homo ludens* no necesita vencer las resistencias de la realidad material mediante el trabajo, su vida no será un drama que le obligue a actuar, sino un juego» (2024, p. 44). Si el disfrute puede considerarse también una necesidad, quizá no básica pero sí importante para el nivel de vida, podemos concluir que trabajamos para producir, cuidar al semejante y disfrutar. Aquí ya se puede advertir una diferencia con la IA, esta trabaja para producir, para otorgar resultados, incluso en ocasiones para satisfacer a quien le da las órdenes (de ahí el sesgo de los algoritmos), pero no para el ocio. No podemos imaginar un robot o una inteligencia artificial que juegue y que disfrute con el juego. Podemos jugar con las nuevas tecnologías, pero el protagonismo lo seguimos teniendo nosotros. Esto es algo que solo es propio de los humanos y de algunos animales.

3.2.3. Quién

Hasta ahora el trabajo era realizado por animales humanos y no humanos. Los humanos nos hemos servido del trabajo de los animales que nos han ayudado en muchas de las tareas de transporte, arado y aun hoy siguen haciéndolo con perros que ofrecen asistencia y cuidado o con los que están entrenados para detectar vidas, explosivos o drogas⁶. Hibrál (2014) señaló que sin ellos nunca habría sido posible construir la sociedad y la economía norteamericana tal y como la conocemos. Los animales no humanos no han percibido nunca una remuneración por estas tareas, pero han realizado tanto trabajo productivo como de cuidados; hoy este es el que más

⁶ Sobre esto vid. el interesante libro de Navarro Sánchez (2025).

realizan. Con la revolución tecnológica estamos viendo que el sujeto protagonista del trabajo ya no es solo el ser humano o el animal, ahora lo son las máquinas y la IA que realizan tareas con autonomía e independencia pudiendo incluso tomar sus propias decisiones.

3.2.4. Para quién

En las sociedades capitalistas el empleo normalmente se realiza para otros, para los dueños del capital, que son los que obtienen un beneficio por los trabajos desarrollados por los empleados. No está de más aquí recordar el concepto de plusvalía de Marx (1985) que fue uno de los que mejor supo analizar, en su época, el capitalismo industrial. En última instancia el empleo se realiza para los consumidores, sean estos de bienes o servicios. Y el trabajo de cuidado se realiza para las personas que son cuidadas. Es decir, se analice como se analice, al final el trabajo o el empleo tradicionales tenía como últimos destinatarios los seres humanos. Lo que estamos viendo ahora es que, en un futuro no tan lejano, el trabajo de los humanos podría tener como destinataria la propia máquina, la propia IA:

La complejidad creciente de la información hace que la capacidad de gestión de las tecnologías exponenciales vaya también desplazándose de la decisión humana hacia la IA, generando desarrollos empresariales que sustituyen, por ejemplo, la elección humana aplicada a las compras por una automatización personalizada de la gestión de nuestras necesidades (Lasalle, 2019, pp. 51-52).

3.2.5. Cómo

Esto es quizá lo que más ha modificado la IA y las nuevas tecnologías. Hoy en la mayor parte de los trabajos nos valemos de medios tecnológicos, incluso en aquellos de prestación de servicios porque los cobros se suelen hacer digitalmente, los pedidos en un restaurante se hacen con aplicaciones informáticas y hasta ya existen robots que te acercan el pedido a la mesa. El trabajo manual está siendo sustituido por un trabajo frente a las pantallas. Incluso en la universidad, aunque sigamos dando clases presenciales, nos valemos de medios tecnológicos para apoyar nuestras explicaciones, para publicar los materiales o las calificaciones. Hoy todo trabajo, salvo el de cuidados (aunque puede tener también su parte de pantalla), se realiza en todo o en parte frente a pantallas. Nos hemos convertido en seres frente a pantallas.

El cómo también ha cambiado porque han surgido nuevas ocupaciones como los llamados creadores de contenido que hoy las empresas tradicionales tienen muy en cuenta para hacer llegar sus mensajes comerciales a los destinatarios elegidos. Eso ha creado una nueva economía, la denominada *gig economy*, que en sus comienzos era más colaborativa, pero que hoy comparte todos los rasgos del capitalismo a través de plataformas digitales o aplicaciones de los teléfonos llamados inteligentes.

Estas plataformas digitales están contribuyendo a la proliferación de la *gig economy*. Esta actividad se nutre de un sistema económico a demanda, donde los trabajadores se ven abocados a adaptarse a empleos más flexibles, basados generalmente en proyectos y en actividades con gran dosis de autonomía. Con carácter general, se trata de un empleo fluctuante y que tiene carácter autónomo y flexible. Esta modalidad de trabajo se desarrolla generalmente de forma remota, donde se desvirtúa el componente colectivo ligado al trabajo productivo (López Ahumada, 2023, p. 134).

3.2.6. Dónde

Las conquistas de los movimientos obreros lograron limitar la jornada laboral a 40 horas. Esa limitación era posible porque para trabajar uno tenía que estar en el lugar de trabajo, esto es, en la empresa, en la oficina, en la industria, conduciendo un vehículo, etc. Con los confinamientos que se produjeron en todo el mundo como consecuencia de la pandemia del Covid-19, unido a los avances tecnológicos, en algunas ocupaciones se descubrió que el trabajo también podía realizarse desde el domicilio. De hecho, aunque parece que esta es una tendencia que ahora mismo está reduciéndose, muchas empresas donde esto es posible, es decir, cuando no hay atención al público o no se trata de un trabajo físico, mantienen algunos días de teletrabajo. Esto solo ha sido posible por la conectividad y el acceso a internet que hoy está presente en un amplio porcentaje de las viviendas y ha sido objeto de regulación en la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia. El teletrabajo se ha presentado como una ventaja de cara a la conciliación y también como un aliado de la flexibilidad.

El teletrabajo se caracteriza por realizarse fuera de los locales de la empresa, pero esto no necesariamente implica que se realice en el domicilio del trabajador, aunque quizá sea lo más habitual. También puede llevarse a cabo en establecimientos públicos como cafeterías, parques o espacios de *co-working*. Esto hace desaparecer el lugar de trabajo como un sitio diferenciado. Y si a esto añadimos que muchas veces el correo electrónico de la empresa se tiene en el móvil personal desdibuja los tiempos de descanso y de labor. El Ministerio de Trabajo de España está poniendo el acento en el cumplimiento de la jornada y en el pago de las horas extraordinarias (que es algo justo), pero la realidad es muy distinta. En determinados empleos, que suelen ser también cualificados, el centro de trabajo ha desaparecido y se sustituye por el de lugar de trabajo⁷, y, aunque siga existiendo, se ha fundido con el hogar donde se desarrolla la vida personal e íntima de las personas, lo que impide una desconexión y descanso adecuado. Se ha reconocido el derecho a la desconexión digital, que es un derecho que tiene el trabajador y que impone deberes a los mandos, pero no está muy claro si este derecho va a ser eficaz.

Por otra parte, puede diferenciarse entre un teletrabajo *off-line* o desconectado, cuando no hay una conexión directa con el sistema informático de la empresa, esta le da instrucciones y luego el trabajador le remite el resultado; y uno *on-line*, donde hay una conexión directa con el sistema informático de la empresa bien de forma unilateral o de forma interactiva (Martín-Pozuelo López, 2020, pp. 24-25).

Las empresas pueden tener interés en fomentar el teletrabajo porque supone una reducción de sus costes e incluso pueden fichar trabajadores que no estén físicamente donde ellas se radican, pero al mismo tiempo eso dificulta el trabajo en equipo y la formación de una cultura empresarial. Para el trabajador tiene la ventaja de reducir los costes de desplazamiento, disponer de una cierta flexibilidad horaria que le permita la conciliación, pero le puede dar una sensación de falta de integración en la empresa y en la vida laboral, reduciendo así sus relaciones sociales (porque muchas de ellas surgen en el entorno laboral), la falta de un espacio adecuado (sobre todo ahora con el problema de los costes de vivienda) y la no separación entre espacios que puede provocar también que la mujer perpetúe su situación de doble carga de trabajo.

La utilización de herramientas de IA para seguir el trabajo que realizan las personas, bien sea en la forma de teletrabajo o bien de manera presencial, provoca

⁷ Sobre las ventajas y desventajas del teletrabajo vid. Martín-Pozuelo López (2020).

dilemas éticos porque puede suponer una supervisión y control excesivo sobre las tareas que tiene encomendadas el empleado. De hecho, una reciente reforma del Estatuto de los Trabajadores establece en su artículo 64.4 d) el derecho a «ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles»⁸, derecho cuya titularidad recae en la representación legal de los trabajadores. Si el empleado usa su ordenador personal para trabajar puede ocurrir que la empresa tenga acceso a datos, fotos o detalles de su vida personal, de ahí que el art. 11 de la Ley 10/2021 reconozca al empleado el derecho a la dotación y mantenimiento por parte de la empresa de los medios y herramientas que sean necesarios para la actividad laboral: «esto no significa solo que la empresa no puede obligar al trabajador a aportar el mobiliario necesario para prestar sus servicios o el ordenador, sino que debe proporcionarle incluso el correo electrónico corporativo y el teléfono móvil cuando sean necesarios para ejecutar el trabajo» (Thibault Aranda, 2024, p. 97). Quizá por ello lo más conveniente sería que aquellas empresas que apuestan por el teletrabajo facilitaran el equipo informático al empleado y también costearan la conexión a internet, resultando necesario que hubiera dos conexiones, la personal o familiar, y la laboral⁹.

En este rápido repaso vemos que la IA y las nuevas tecnologías han afectado a todas las dimensiones de la concepción tradicional que teníamos del empleo y del trabajo.

3.3. ¿Destruirá la IA empleos?

Las revoluciones tecnológicas siempre han traído el debate si con ellas desaparecerán empleos y en ese caso, cuántos y de qué naturaleza. Cuando se introdujeron las máquinas que automatizaban parte del trabajo manual que antes hacían los obreros en las fábricas, también se habló de la posible destrucción de empleos. De nuevo hoy, ante la revolución de la IA, este tema está encima de la mesa, pero quizá con un matiz: nunca antes se había dado una revolución tecnológica de la escala que tiene la presente. Esto es algo que venimos observando porque no afecta solo al empleo sino también a otras muchas dimensiones de la vida: todos hemos, de alguna forma, dado un salto a lo virtual, donde no solo compramos, buscamos, leemos, nos relacionamos, sino también ofrecemos gratuitamente nuestros datos y ellos son el origen de perfiles de nosotros que desconocemos. Este nuevo mundo es relatado con gran agudeza por Fernando Llano:

En este proceso agónico del espíritu humano ante su progresivo desplazamiento del escenario de la realidad física por la irrupción de la revolución tecnológica no solo hace que el hombre renuncie a la condición de artesano o fabricante y su función quede reducida a la de mero auxiliar de la máquina, sino también que se produzca una disociación entre el cuerpo y el espíritu humano en el universo virtual creado por el individuo como recurso evasivo de la naturaleza (2024, p. 45).

La revolución tecnológica no solo ha modificado un aspecto de la realidad, sino que ha cambiado la realidad misma haciéndola, por un lado, más pequeña porque la conexión es mucho más sencilla y, por otro y al mismo tiempo, más grande porque se abren ante nosotros escenarios que no existían como el metaverso. Esto llega hasta tal punto que Moisés Barrio argumenta que estamos transformando nuestras propias identidades (2021, p. 206). O como indica Lasalle «la subjetividad se está

⁸ Sobre algunos de estos riesgos vid. Rodríguez-Piñero Royo (2024).

⁹ Vid. al respecto los interesantes trabajos de Cámara Botía (2024) y Pérez de los Cobos Orihuel (2024).

deslocalizando del cuerpo para migrar hacia los dispositivos inteligentes y dialogar de forma casi permanente con las pantallas» (2019, p. 46).

Esto modifica la centralidad que el *homo faber* tenía en el capitalismo industrial. No porque el empleo haya desaparecido o esté en riesgo de hacerlo, sino porque se han creado inteligencias que superan a la de los humanos y estos lo que pueden hacer es seguir a las máquinas, pedirles resultados, programarlas, pero quién sabe si llegará un momento en el que ellas sean capaces de decidir todas estas cosas. De hecho, la IA ya es capaz de programar con sus propios criterios. ¿Llegaremos así a una sociedad distópica donde ellas nos dominarán?

Sobre los efectos de la IA en el volumen total de empleos conviven dos ideas: la de aquellos que creen que, como en otras revoluciones tecnológicas, finalmente el saldo de empleos va a ser positivo, y la de aquellos otros que piensan que dado lo novedoso de esta revolución probablemente se destruyan más empleos de los que se creen: «el número de estudios que vaticinan un escenario negativo es mucho mayor que los que proponen un desarrollo positivo; además de ser más numerosos, los estudios de corte pesimista están avalados por organizaciones de mayor prestigio» (Varela Ferrío, 2019, p. 75). La capacidad que tiene la IA para el almacenamiento y el procesamiento de gran cantidad de datos nos hace pensar que quizá haya empleos que se destruyan sin conocer a ciencia cierta el volumen de los que desaparecerán:

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) indicó que el 14% de los empleos de 32 países miembros presentan un alto riesgo de automatización, y otro 32% de las ocupaciones podría sufrir cambios sustanciales a raíz de la introducción de las tecnologías de automatización. Estas cifras son ligeramente inferiores a las estimaciones previas de 2013 de los profesores de la Universidad de Oxford Carl Frey y Michael Osborne, y a las que realizó la consultora PwC a principios de este año, pero superan las cifras que la propia OCDE presentó en 2016 (Fenech, 2018, p. 34).

Parece indiscutible que muchos empleos y trabajos, tal y como los conocemos, pueden desaparecer: en primer lugar, lo harán aquellos que son más automáticos y repetitivos porque la productividad aumentará si lo hacen las máquinas en lugar de los humanos:

Artificial intelligence has the potential to have a major impact on employment as, on the one hand, it can help improve productivity and efficiency in a variety of industries, which can create new jobs and increase the demand for employees with specific skills in AI-related fields. It can also automate repetitive and dangerous tasks, improving safety on the job. But on the other hand, AI may also have a negative impact on employment due to the automation of certain jobs, which could reduce the demand for workers in certain areas (Castellanos Claramunt, 2024, p. 41)¹⁰.

La cuestión es que esto no va a afectar de la misma manera a todas las clases sociales ni a todas las regiones del mundo. Usualmente quienes hoy realizan esas actividades automáticas y repetitivas suelen ser trabajadores con escasa cualificación y lo más probable es que ellos sean los primeros en ser expulsados del mercado

¹⁰ La inteligencia artificial tiene el potencial de generar un gran impacto en el empleo, ya que, por un lado, puede contribuir a mejorar la productividad y la eficiencia en diversos sectores, lo que puede crear nuevos puestos de trabajo e incrementar la demanda de empleados con habilidades específicas en campos relacionados con la IA. También puede automatizar tareas repetitivas y peligrosas, mejorando así la seguridad laboral. Sin embargo, por otro lado, la IA también puede tener un impacto negativo en el empleo debido a la automatización de ciertos puestos, lo que podría reducir la demanda de trabajadores en determinadas áreas (Traducción propia).

laboral, porque las máquinas «no generan tasas de absentismo laboral por caer enfermos, no hacen uso de derechos laborales como los periodos de descanso o la readaptación de la jornada de trabajo por razones de conciliación laboral y familiar, entre otros» (Pérez Galquez, 2022, p. 362). Esto ahondará la diferencia socioeconómica entre los grupos de población y más en un entorno económico como el actual donde lo que se denominaba clase media se va reduciendo cada vez más como consecuencia, entre otros factores, del aumento de la inflación, del precio de la vivienda y la no deflactación de los impuestos. Por otra parte, puede que muchos empleados de grandes multinacionales que están deslocalizados también acaben siendo sustituidos por robots o máquinas gracias a la IA, lo que puede originar problemas adicionales de pobreza en los países que están en vías de desarrollo.

Serán, por lo tanto, aquellos trabajadores y trabajadoras con empleos que aportan menor valor añadido los primeros expulsados del mercado. Hay quienes piensan que esto se extenderá más adelante a la clase media educada y con alta formación (Valor, 2025, p. 196). Pero esto no significa que el empleo como tal vaya a desaparecer. Como bien señala Francisco Vigo llevamos desde la primera revolución industrial hablando del fin del trabajo y esto no parece haberse producido, aunque desde entonces las máquinas hayan realizado muchas actividades que antes desarrollábamos los humanos (Vigo Serralvo, 2019). Paralelamente a esta industrialización han aparecido nuevos empleos y ocupaciones. Por decirlo con Vigo «no existe ninguna evidencia de la destrucción de trabajos derivada de la robotización o tecnologización de nuestro sistema industrial ocurrida en las últimas décadas» (2019, p. 259). Sin embargo, la IA está produciendo una expulsión del mercado laboral de aquellos empleos que asuman las nuevas tecnologías pudiéndose producir un aumento de la desigualdad y de la exclusión social de determinados grupos. Esto quizá no solo afecte a los encargados de tareas repetitivas sino también a empleos más cualificados, quedando a salvo trabajos manuales como el que realizan fontaneros o electricistas, entre otros. Empleo y trabajo seguirán existiendo porque surgirán nuevos de distinta naturaleza y tendremos que ver si el saldo final, en el medio y largo plazo, es positivo o negativo.

En definitiva, aunque a corto plazo la IA pueda suponer la destrucción de empleos que aportan poco valor añadido, y ello expulse del mercado de trabajo a personas que vienen realizando determinadas tareas repetitivas, aparecerán nuevos empleos que requerirán una alta cualificación. Habrá, en consecuencia, que evaluar cómo se distribuyen esos nuevos empleos más cualificados que los destruidos para evitar que grupos de trabajadores queden expulsados definitivamente del empleo.

4. Posibles respuestas

Hemos visto que la IA presenta riesgos, pero frente a escenarios posibles, no deseables, en los que los humanos nos convirtamos en meros súbditos de la tecnología, hay que encontrar un punto en donde nosotros dirijamos la IA. Como todos los instrumentos que están en nuestra mano, cabe un uso ético o no de estas nuevas tecnologías. La ética es la que debe guiar y dirigir el rumbo por el que avance la IA, porque esta puede servir, por poner un ejemplo, para hacer más mortíferos los conflictos armados o para lograr avances en la curación de enfermedades. No debemos perder de vista que se trata de una herramienta, una herramienta que trabaja con millones de datos y los datos son un elemento sensible que puede afectar los derechos humanos. Como tal instrumento, debemos hacer un uso adecuado del mismo, que esté regido por el respeto a los valores morales de la ética pública que protegen los derechos humanos.

Uno de estos derechos es el derecho al trabajo y el derecho a un trabajo que sea digno. Hoy en día vemos cómo en nuestro mercado laboral hay mucha precariedad y muchos empleos tienen asociado un salario que no es suficiente para cubrir las necesidades de los que los reciben. La IA, bien utilizada, puede contribuir a dignificar los empleos porque va a sustituir muchas labores que eran repetitivas y donde las personas poco aportaban. Este desplazamiento es algo positivo. La IA nos pone una serie de retos como sociedad en la cuestión del empleo y del trabajo. A continuación paso a examinar algunas respuestas que pueden ayudar a un uso adecuado de la IA en este campo.

4.1. La importancia de la formación continua

La rapidez de los cambios tecnológicos exige la formación continua de los trabajadores. Las grandes compañías pueden contar con recursos que permiten educar a sus empleados y de hecho es algo que ya ocurre, pero esto resulta mucho más difícil para las pequeñas y medianas empresas. En España nuestro tejido empresarial está formado por un 98% de este tipo de compañías y tienen muchos problemas a la hora de liberar tiempo de sus trabajadores para que estos se puedan poner al día. Las PYMES no pueden quedarse atrás en los cambios tecnológicos porque si no desaparecerán y eso conllevará un elevado desempleo.

Sería necesario que el Estado diseñara un plan de ayudas a las empresas para facilitar la formación de sus empleados. Esto no significa que sea él el que decida los contenidos, pero sí facilitar, bien con ayudas y subvenciones, bien fomentando esquemas de flexibilidad horaria soportados por los poderes públicos, que los trabajadores reciban esa formación que les permita estar actualizados. Esto es algo que la UE ha indicado en la Directiva 2019/1152 relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles que reconoce el derecho de los trabajadores a recibir formación gratuita cuando sea necesaria para el ejercicio de sus funciones laborales.

Hoy todas las universidades españolas tienen programas de *life long learning*, pero estos son aprovechados sobre todo por grandes compañías que muchas veces participan en su diseño. De esto quedan excluidas las pequeñas y medianas empresas, a las que habría que facilitar el acceso a estos programas y el conocimiento de sus necesidades por parte de los gestores universitarios que diseñan estas formaciones.

No se puede obviar aquí la brecha digital que ya se está produciendo entre los trabajadores más jóvenes y los de más edad. Martín Romero hace 6 años definía la brecha digital como

La distancia que hay entre los grupos sociales que disponen de acceso a la red de internet y los que no lo tienen debido a las diferencias socioeconómicas. No obstante, el concepto tiene un alcance más amplio. En efecto, la brecha digital no solo se refiere al acceso a la red de internet, sino también a la disponibilidad de las herramientas relacionadas con las TIC, el hardware, y al uso que se hace de las mismas a través del software (2020, p. 80).

A las herramientas enumeradas habría hoy que añadir el uso de la IA. Ya no solo hay que facilitar su conocimiento a aquellos grupos socioeconómicamente menos aventajados, sino también a las personas mayores, máxime cuando desde las políticas públicas de empleo se habla de envejecimiento activo y se quiere prolongar la edad de jubilación o, recientemente, poder compatibilizar la pensión con un empleo por los problemas de sostenibilidad que presenta nuestro sistema de pensiones

basado en el reparto. En cualquier caso, no en todos los sectores el uso de la tecnología tiene la misma presencia e intensidad:

Se pasa de un porcentaje relativamente reducido en campos como la alimentación (que no alcanza el 50%) y la metalurgia o la construcción (que apenas si supera ese porcentaje) mientras que, por el contrario, en el polo opuesto, otros sectores fuertemente vinculados al marco tecnológico y digital (como información y comunicación o sector TIC), el porcentaje se acerca al 100% (Vila Tierno, 2024, p. 562).

Vila Tierno añade a esto que además las mujeres mayores son las que menos se manejan con las nuevas tecnologías señalando «una doble brecha digital, por razón de edad y género, implicando un importantísimo riesgo de exclusión social para las personas que, alcanzando determinada edad, no cuentan con la formación, destrezas y habilidades que el mercado de trabajo exige en pleno proceso de revolución tecnológica» (2024, p. 564).

Recordemos que el artículo 52b) del Estatuto de los Trabajadores establece entre las causas de extinción del contrato de trabajo por causas objetivas la «falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo, cuando dichos cambios sean razonables». El mismo artículo señala que el empresario debe ofrecer al trabajador un curso dirigido a adaptarse a esos cambios tecnológicos, considerándose ese curso como tiempo de trabajo y da un plazo mínimo de dos meses desde que finaliza la formación. Esto no excluye que personas mayores que no lograran adaptarse pudieran ser despedidas. Y de nuevo el problema está aquí en la rapidez con la que se producen los cambios tecnológicos, de hecho, es tal la que estamos viviendo que exigiría a las compañías programas constantes de formación continua, algo que de nuevo podría estar al alcance de las empresas multinacionales más grandes, pero no de las PYMES si no existe un apoyo público.

Previo al despido y para evitar edadismo, esto es, discriminación por razón de edad, se debería intentar adaptar o realizar ajustes razonables en el puesto de trabajo. Aunque los ajustes razonables están pensados para personas con discapacidad tal y como recoge la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad aprobada por Naciones Unidas en 2006, en mi opinión, cuando se trata de adaptar los medios tecnológicos a las circunstancias o realidades de las personas mayores estos deberían, por lo menos, ser tenidos en cuenta. Estamos a la espera de la Convención sobre los Derechos de las Personas Mayores que a no mucho tardar se aprobará en la ONU y habrá que ver cómo trata estas cuestiones de la adaptación de los empleos cuando la tecnología dificulte a un trabajador de edad asumir modificaciones consecuencia de los avances tecnológicos.

4.2. Reducción de la jornada

Si la consecuencia de la implantación de la IA fuera que el empleo se reduce en términos globales, podemos pensar, quizá no en las PYMES, pero sí en las grandes empresas, en una distribución igualitaria del tiempo de trabajo que quede a través de reducciones de jornada. Este es un debate que se viene sosteniendo desde hace décadas. Recordemos el *Informe 21 horas* (VV.AA., 2012) que proponía una reducción de la jornada hasta las 21 horas semanales y que tenía una inspiración ecologista y de sostenibilidad ante los excesos del productivismo que tanto daño ha hecho a nuestros ecosistemas. Hoy en España se está debatiendo esto a nivel político, aunque la reducción sea menor. Lo que ocurre es que habría que compensar la pérdida salarial de los trabajadores que reduzcan su jornada en un contexto como el actual donde los salarios ya no resultan suficientes.

Aquí tiene cabida la propuesta de la renta básica universal (RBU) de la que se viene hablando en Europa y en el resto del mundo desde mediados de los 80. El origen de esta RBU está en esa idea del fin del trabajo, de la escasez de empleos a la que las economías del Estado de Bienestar se tuvieron que enfrentar en los 80 y 90. Philippe Van Parijs (1996) en *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)* parte de la idea del empleo como un recurso que debería distribuirse igualitariamente entre todos los miembros de la comunidad política. Para el filósofo belga si hiciéramos un reparto estrictamente igualitario de los empleos, aquellos que tienen uno de 40 horas semanales se estarían apropiando de parte de lo que les correspondería a otros porque no hay empleos de 40 horas para todos (Van Parijs, 1996). De ahí que él entendiera que una manera de distribuir ese recurso fuera en forma de RBU que diera la libertad real a las personas, esto es, la libertad para hacer cualquier cosa que pudieran querer hacer, uniendo así la libertad al concepto de deseo potencial.

Esta propuesta que hasta ahora solo era objeto de debates académicos y de minoritarios movimientos sociales¹¹, la defienden hoy capitalistas de Silicon Valley porque entienden que es la manera de compensar el hecho de la destrucción de empleos como consecuencia de las nuevas tecnologías. La recuperación de esta propuesta, que originalmente venía desde la izquierda, desde un liberalismo o libertarismo igualitario o desde el republicanismo, por parte de dueños del capital es llamativa pero no lo es si lo que les interesa es mantener un nivel de consumo necesario para que la sociedad de consumo en que vivimos siga funcionando. Claro que en un entorno como el actual, la cuestión de la financiación, ya sea de una RBU o de una renta parcial que cubra los períodos de formación de los desempleados, no es viable con los actuales sistemas impositivos. Por ello, se viene proponiendo que se grave de alguna forma el uso de la IA y de la robotización, primero para el mantenimiento del sistema (se podría pensar en cotizaciones a la Seguridad Social por el uso de robots o de IA) y luego para la financiación de estos sistemas de ingresos garantizados que parece que van a ser necesarios en este nuevo contexto: «fórmulas de financiación del sistema de protección social alternativas a las actuales que se encuentren asociadas a la robótica, ya sea a través de una figura análoga a las cotizaciones sociales de los trabajadores o de impuestos» (Pérez Gázquez, 2022, p. 364)¹². Esto no significa que igualemos a los robots a los trabajadores. Coincido con lo que afirma Sánchez-Urán «jurídicamente no puede hablarse de robots trabajadores y no cabe otorgarles un estatus laboral» (2021, p. 10), pero gravar fiscalmente el uso de IA o de robots es una vía de renovación de un sistema financiero que también se está quedando obsoleto.

4.3. Trabajos demasiado humanos

¿Quedará la IA fuera de algún campo en la economía? ¿Hay algún trabajo que solo pueda ser realizado por el ser humano? Pilar Ficapal-Cusí señalaba aquellas ocupaciones que en su opinión iban a seguir requiriendo a personas: profesionales de la ciencia y la ingeniería, gestores de empresas y organizaciones, académicos y maestros, profesiones de los servicios personales, policías, electricistas y gente que trabaja en el mundo de la cultura (2024, p. 41). Puede que esta lista sea optimista, pero hay un tipo de trabajo que no puede ser sustituido por las máquinas, que es el trabajo de cuidado, sea este remunerado con un salario o con una renta básica.

¹¹ He explicado esta propuesta en Rey Pérez (2020).

¹² Vid. también Miras Marín (2019).

Aunque se haya extendido la idea de robots que cuidan a las personas¹³, esta es una cuestión que merece reflexionar sobre qué significa el cuidado y qué es lo que lo hace especial. En mi opinión, hay que levantar para este trabajo de cuidados una *reserva de humanidad*, un coto vedado de humanidad, tomando la expresión de Fernando Llano que explica:

La reserva de humanidad, en la que se protegen derechos, bienes y necesidades básicas de los ciudadanos frente a la indeseada intromisión de las decisiones automatizadas basadas en algoritmos de alto riesgo, cabría preguntarse qué áreas prioritarias de los derechos y libertades serían aquellas en las que operaría este ámbito de protección de lo que es esencialmente humano, absolutamente irreductible e irrenunciable para la dignidad de la persona y la conciencia humana, ante la irrupción de la IA, la robótica y las tecnologías conexas (2024, p. 149).

Dentro de esta reserva, aunque no solo, creo que habría que situar el trabajo de cuidados. Aunque el liberalismo construyó idealmente un ser humano plenamente capaz y autónomo que determinaba los fines de su vida sin relación con los demás, como si de una mónada se tratara, la realidad es muy distinta. Como se ha señalado al principio, los humanos somos seres vulnerables en un doble sentido, ontológico y circunstancial. Precisamente porque somos vulnerables y necesitamos de los demás para vivir, somos seres relacionales. El cuidado es algo que está en la esencia del ser humano. El cuidado tiene un elemento de empatía y de responsabilidad moral que solo el ser humano puede ofrecer. En el buen cuidado hay una implicación sentimental y emocional entre el que cuida y el cuidado, que las máquinas solo pueden imitar.

El trabajo de cuidado hasta el día de hoy no es lo suficientemente valorado porque ha venido recayendo sobre las mujeres y por eso se ha infravalorado e invisibilizado. Incluso cuando ese trabajo se convierte en empleo, observamos que son empleos mal pagados y precarios que suelen desempeñar las personas migrantes. Cuando el cuidado requiere elementos que quizá no precisan otros empleos mucho más valorados por el mercado:

El buen cuidado constituye una relación intersubjetiva directa que incluye la proyección de afectos sobre la persona cuidada, preocupación y realizaciones responsables para favorecer su individual bienestar. En la relación interpersonal de cuidado subyacen obligaciones éticas relacionadas con la entrega incondicional a los otros en las relaciones primarias (pareja, hijos, amigos), constituyendo una de las dimensiones del reconocimiento intersubjetivo, sin la cual no puede generarse la autoconfianza necesaria para no sufrir daño en la identidad (Aparicio Payá et al., 2019, pp. 104-105).

Si esto es así, el cuidado no lo puede dar un robot o una IA. De hecho, el cuidado es tan relevante que si no se ofrece bien puede dar lugar a graves daños psíquicos en la vida de la persona. Lo máximo que pueden los artefactos tecnológicos es acompañar, ayudar en las labores de cuidado, pero el cuidado es humano (y también en ocasiones animal) porque en él entran sentimientos y empatía que las máquinas no pueden sentir ni tener ni aun programándolas¹⁴. En el cuidado hay una

¹³ Hay una amplia bibliografía reciente sobre el cuidado a las personas mayores por parte de robots. Vid., entre otros, Rentería Bilbao (2019), Baz Codesal, Calvo Álvarez y Vázquez Blanco (2019) y Vandemeulebroucke (2022).

¹⁴ «¿Podrá adquirir consciencia la IA? La posibilidad de crear máquinas conscientes es inquietante. Sin embargo, y de momento, no es una realidad. Por ahora, solo se ha logrado que algunos robots se autoidentifiquen, aunque de la misma manera que identificarían a otros, es decir, sin tener consciencia de su propio “yo”» (Rebollo Delgado, 2023, p. 24). Una opinión distinta es la que sostiene Valor (2025), aunque sin basarse en realidades que hoy existan sino más bien como posibilidad de futuro en una visión demasiado optimista donde defiende que no habría diferencia entre los seres humanos y los robots (pp. 103-137).

implicación sentimental y una dimensión ética que no puede estar en un interfaz. Habría que poner en el centro los cuidados como señala Rodríguez Ruiz (2019) cuando propone sustituir la noción de ciudadanía por la de *cuidadanía*. Poner en el centro lo realmente importante que no es lo productivo ni lo industrial. Por eso pienso que dentro de esa reserva de lo humano hay que incluir el trabajo del cuidado. Un trabajo que, si es empleo, evidentemente debería estar mucho más reconocido y valorado social y económicamente. Y ahí es responsabilidad de toda la sociedad y, en particular, de los poderes públicos, dotarlo del reconocimiento que merece. Caminamos además a una sociedad envejecida donde cada vez vamos a ser más los que necesitemos cuidados. Quizá ese sea el contrapeso que llene el vacío de empleos que puede provocar la IA. Y ojalá sea así porque un mundo donde los cuidados los den las máquinas es una distopía y uno de los peores mundos que cabe imaginar.

5. Conclusión

La revolución tecnológica que estamos viviendo con la llegada de la IA implicará muchos cambios en la concepción tradicional del empleo y del trabajo. Estos cambios no tienen por qué ser negativos si lideramos la IA desde un criterio ético y un enfoque de derechos humanos. Muchos empleos serán sustituidos, pero otros se crearán y para ello se requerirán profesionales continuamente formados. Atravesaremos, como en otras revoluciones tecnológicas ya pasadas, una época de transición donde trabajadores que venían realizando tareas que sustituirá la IA serán expulsados del mercado de trabajo. Para evitar que la situación se cronifique habrá que ofrecerles una formación de calidad y, o bien repartir el empleo, o bien ofrecer un ingreso que ayude a estas personas en el tránsito formativo que tendrán que atravesar.

Con todo, hay que establecer una reserva de humanidad para los trabajos de cuidado que tan mal ha tratado el capitalismo industrial y liberal. El cuidado requiere empatía, solidaridad, sentimiento y compromiso, en definitiva, unos valores morales que las máquinas no poseen. Lo que caracteriza el trabajo de cuidado, que es muy humano, demasiado humano.

Bibliografía

- Anderson, N. (1973). *The Right to Work*. Greenwood Press Publishers.
- Arendt, H. (2009). *La condición humana*. Paidós.
- Barrio Andrés, M. (2021). Génesis y desarrollo de los derechos digitales. *Revista de las Cortes Generales*, 110, 197-233.
- Baz Codesal, M., Calvo Álvarez, C. y Vázquez Blanco, A. (2019). Robot de asistencia social como herramienta eficaz en el cuidado de personas mayores con demencia. Revisión sistemática. *International Journal of Developmental and Educational Psychology: INFAD. Revista de Psicología*, 3(2), 145-152.
- Cámara Botía, A. (2024). El derecho del trabajador a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia en el lugar de trabajo. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y N. P. García Piñeiro (Dirs.), J. Gil Pla y A. Jurado Segovia (Coord.), *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital* (pp. 569-639). Tirant lo Blanch.
- Castellanos Claramunt, J. (2024). Human rights, vulnerability and artificial intelligence: an analysis in constitutional perspective. *Deusto Journal of Human Rights*, 14, 33-50.
- Fenech, M. (2018). IA y empleo: medidas fundamentales que pueden adoptar los gobiernos para mitigar el desplazamiento del trabajo humano. *Actualidades de la UIT*, 1, 33-38.

- Ficapal-Cusí, F. (2024). IA, automatització i treball humà: de la cursa a l'entesa. *Oikonomics. Revista d'economia, empresa i societat*, 23, 1-8.
- Fineman, M. A. (2016). Equality, Autonomy, and the Vulnerable Subject in Law and Politics. En M. A. Fineman y A. Grear (Eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics* (pp. 13-27). Routledge.
- Floridi, L. (2024). *Ética de la inteligencia artificial*. Herder.
- García Manrique, R. (2001). Sentido y alcance de la Declaración de 1789 y textos posteriores. En G. Peces-Barba Martínez, E. Fernández García y R. de Asís Roig (Dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Tomo II: Siglo XVIII* (pp. 217-394). Dykinson.
- García Piñeiro, N. P. (2025). La aportación de la OIT a la construcción del Derecho del Trabajo. En J. Gil Plana (Dir.), Y. Sánchez-Urán Azaña y N. P. García Piñeiro (Coord.), *La construcción internacional y europea del Derecho Social*. Laborum.
- Garzón Espinosa, A. y Guamán Hernández, A. (coord.) (2015). *El trabajo garantizado. Una propuesta necesaria frente al desempleo y la precarización*. Akal.
- Hribal, J. (2014). *Los animales son parte de la clase trabajadora y otros ensayos*. Ochodocuatro ediciones.
- Lasalle, J. M^a. (2019). *Ciberleviatán. El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*. Arpa.
- Llano Alonso, F. H. (2024). *Homo ex machina. Ética de la inteligencia artificial y el Derecho digital ante el horizonte de la singularidad tecnológica*. Tirant lo Blanch.
- López Ahumada, J. E. (2023). El desarrollo de la inteligencia artificial y sus consecuencias en el empleo. En *Empleo y protección social. Comunicaciones del XXXIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Ministerio de Trabajo y Economía Social.
- Martín-Pozuelo López, A. (2020). Una aproximación al concepto, modalidades y principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo. En T. Sala Franco (coord.), *El teletrabajo* (pp. 17-38). Tirant lo Blanch.
- Martín Romero, A. M. (2020). La brecha digital generacional. *Temas Laborales*, 151, 77-93.
- Marugán Pintos, B. (2014). Trabajo de cuidados. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 7, 215-223.
- Marx, K. (1985). *Trabajo asalariado y capital*. Planeta Agostini.
- Miras Marín, N. (2019). La renta básica universal y los impuestos sobre la automatización robótica. *Gaceta fiscal*, 402, 117-142.
- Navarro Sánchez, D. (2025). *Los perros de trabajo. Marco jurídico para su protección laboral*. Tirant lo Blanch.
- Pateman, C. (1995). *El contrato sexual*. Anthropos.
- Peces-Barba Martínez, G. (1990). El socialismo y el derecho al trabajo. *Sistema*, 97, 3-10.
- Pérez de los Cobos Orihuel, F. (2024). Diez preguntas y respuestas sobre la geolocalización como instrumento de control laboral. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y N. P. García Piñeiro (Dirs.), J. Gil Pla y A. Jurado Segovia (Coord.), *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital* (pp. 621-639). Tirant lo Blanch.
- Pérez Gálquez, I.M. (2022). Tecnología, empleo y bienestar social: la formación tecnológica como elemento de inclusión. *Sociología del Trabajo*, 101, 361-368.
- Pérez-Ugena, M. (2024). La inteligencia artificial: definición, regulación y riesgos para los derechos fundamentales. *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, 72(1), 307-337.
- Rebollo Delgado, L. (2023). *Inteligencia artificial y derechos fundamentales*. Dykinson.
- Rentería Bilbao, A. (2019). Ethical Concerns when Robots Assist Elderly People. *Dilemata*, 30, 43-39.
- Rey Pérez, J.L. (2007). *El derecho al trabajo y en ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Dykinson.

- Rey Pérez, J.L. (2020). Renta Básica Universal. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, 237-257.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2024). Derecho del trabajo, inteligencia artificial y tutela de las personas. *Teoría y Derecho*, 37, 120-149.
- Rodríguez Ruiz, B. (2019). *El discurso del cuidado. Propuestas (de)constructivas para un Estado paritario*. Tirant lo Blanch.
- Sánchez-Urán Azaña, M.Y. (2021). Robótica inclusiva: rendimiento económico y empleo. *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, 197(802), 1-14.
- Sastre Ibarreche, R. (1996). *El derecho al trabajo*. Trotta.
- Scotto, P. (2021). *Los orígenes del derecho al trabajo en Francia (1789-1848)*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Tanghe, F. (1989). *Le droit au travail entre Histoire et Utopie. 1789-1848-1989: De la répression de la mendicité à l'allocation universelle*. Institut Universitaire européen de Florence-Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.
- Thibault Aranda, J. (2024). El trabajo a distancia en la doctrina judicial. En F. Pérez de los Cobos Orihuel y N. P. García Piñeiro (Dirs.), J. Gil Pla y A. Jurado Segovia (Coord.), *El estatuto jurídico del trabajador en la era digital* (pp. 81-111). Tirant lo Blanch.
- Valor, J. A. (2025). *Qué será de nosotros. Cómo la IA transforma la humanidad*. Plaza y Valdés.
- Van Parijs, P. (1996). *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*. Paidós.
- Vandemeulebroucke, T. (2022). Can Robots care Older Adults? An overview of the Ethical Landscape. En Amo Usamos, R. del (Ed.), *Bioética para una sociedad envejecida* (pp. 196-216). Universidad Pontificia Comillas.
- Varela Ferrío, J. (2019). Impacto de la digitalización en el empleo en España. *International Journal of Information Systems and Software Engineering for Big Companies*, 6(1), 69-77.
- Vigo Serralvo, F. (2019). Recusaciones a la hipótesis de un mundo sin trabajo. *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del empleo*, 7(4), 249-275.
- Vigo Serralvo, F. (2024). *El deber de trabajar: significado constitucional y proyección legislativa*. Tirant lo Blanch.
- Vila Tierno, F. (2024). La expulsión de los mayores del mercado de trabajo como consecuencia de la brecha digital. En M. A. Gómez Salado, B. M. López Insua, M. Fernández Ramírez y E. González Coboleda (Dirs.), *Las pensiones ante los retos que plantea la sociedad del riesgo* (pp. 559-577). Laborum.
- VV.AA. (2012). *21 horas. Una semana laboral más corta para prosperar en el siglo XXI*. Icaria.

La prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público abierto en España y en Europa. ¿Veto genérico o limitaciones *ad casum*?*

The legal prohibition of wearing the Islamic veil in open public spaces in Spain and Europe. A generic ban or *ad casum* limitations?

Pablo Zaldibia Luengo**

Universidad del País Vasco

ORCID ID 0009-0004-0632-3924

pablo.zaldibia@ehu.eus

Cita recomendada:

Zaldibia Luengo, P. (2026). La prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público abierto en España y en Europa. ¿Veto genérico o limitaciones *ad casum*? *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 194-217.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10380>

Recibido / received: 22/07/2025

Aceptado / accepted: 27/03/2026

Resumen

El presente artículo tiene como finalidad dilucidar si la prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público abierto se ajusta o no al texto constitucional a partir de la teoría dogmática de los derechos fundamentales. Para ello, se analizan las tendencias existentes en el derecho comparado y la respuesta que a esta problemática han dado los organismos del Consejo de Europa. Después, se describe cuál ha sido el proceso de estas disposiciones en el Estado español. Por último, se examina si los fines constitucionales que pudieran, en hipótesis, avalar este veto superan o no el test de proporcionalidad. La principal conclusión del trabajo es que el velo integral solo puede limitarse para la salvaguardia de la seguridad pública en materia de identificación personal. Esta tesis no es extensible a los velos que no cubren el rostro de la mujer musulmana cuyo ejercicio ha de considerarse libre.

*Agradezco a las personas evaluadoras anónimas las observaciones y sugerencias realizadas a este trabajo las cuales han contribuido a enriquecer el contenido de este.

** Profesor de Derecho Administración de la Universidad del País Vasco.



Palabras clave

Velo islámico, espacio público abierto, derechos humanos, libertad de conciencia, orden público.

Abstract

This article determines whether the legal prohibition on wearing the Islamic veil in open public spaces is consistent with the Spanish Constitution, based on the dogmatic theory of fundamental rights. To this end, it analyzes existing trends in the comparative law and the responses to this issue from the Council of Europe bodies. It then describes the process by which these provisions have been enacted in Spain. Finally, it examines whether the constitutional aims that might hypothetically justify this ban pass the proportionality test. The main conclusion of this work is that the full-face veil can only be restricted for the purpose of safeguarding public safety in matters of personal identification. This argument does not apply to veils that do not cover the face of Muslim women, whose use must be considered free.

Keywords

Islamic veil, open public spaces, human rights, freedom of conscience, public order.

SUMARIO. 1. Introducción: el velo islámico de nuevo en la encrucijada. 2. Tendencias en el derecho comparado. 2.1. Regulación de los Estados Miembros. 2.2. Consejo de Europa. 2.2.1. Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria. 2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 2.2.2.1. *Hiyab*: referencia al caso *Fatima El Morsli c. Francia*. 2.2.2.2. Velo integral: referencia al caso *S.A.S. c. Francia*. 3. Prohibición del velo islámico en el Estado español. 3.1. Origen del problema: las prohibiciones municipales y las enseñanzas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013. 3.2. La propuesta del Senado. 3.3. Nuevas iniciativas legislativas prohibicionistas presentadas. 4. Velo islámico y derechos fundamentales. 4.1. El uso del velo islámico como manifestación de la libertad de conciencia: marco normativo e interpretativo. 4.2. Sobre la prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público: ¿veto genérico o limitaciones *ad casum*? 4.2.1. Igualdad y dignidad de la mujer. 4.2.2. Seguridad pública. 4.2.3. Neutralidad del Estado. 4.2.4. Orden público inmaterial. 4.2.5. Colofón. 5. Reflexiones finales.

1. Introducción: el velo islámico de nuevo en la encrucijada

Los conflictos jurídicos que plantean el uso de determinadas prendas religiosas en el espacio público no son una realidad nueva; se trata de un fenómeno bien expandido en el mundo ancho y, además, desde hace tiempo. El profesor Martín-Retortillo (2010, pp. 343-344) nos relata, como anécdota histórica, la prohibición que estableció el marqués de Esquilache, bajo el reinado de Carlos III, de vestir la capa larga y sombrero redondo. El veto tenía la finalidad de proteger la seguridad pública, ya que se consideraba que dichos atuendos podían ocultar armas. Ante la impopularidad de la medida, el domingo de Ramos de 1766 tuvo lugar el motín delante del Palacio Real por el cual el rey se vio obligado a retirar aquella prohibición y a sustituirla por una capa corta y sombrero de tres picos.

Adentrándonos en el universo de las normas, en la Europa de los derechos humanos, el primer caso data del año 1978 en el que la extinta comisión resolvió acerca de la negativa de un individuo que profesaba el *sijismo* a desprenderse el

turbante para ponerse el casco protector para circular vehículos de motor¹. Posteriormente han surgido distintos casos de los más heterogéneos: la despedida de una azafata por llevar visible una pequeña cruz cristiana²; el rechazo de los *sijs* a quitarse el turbante en los controles de seguridad de los aeropuertos³ o en las fotografías para renovar el permiso de conducir vehículos pesados⁴; o la negativa de un hombre de un grupo religioso salafista a retirarse su tocado durante su declaración como testigo en un juicio⁵, entre otros.

Pero el atuendo religioso que mayor atención mediática y jurídica ha recibido en los Estados miembros de la Unión Europea o en la práctica judicial⁶ ha sido, sin duda, el de la vestimenta musulmana femenina⁷. Ello obedece a que, debido a los flujos migratorios, ha aumentado el pluralismo religioso en la sociedad (Navarro y Martínez-Torrón, 2011, p. 317). El espacio público se ha convertido, de esta manera, en una zona de multiculturalidad. Esta ha sido definida como «la convivencia en un mismo espacio político y de forma permanente, de personas con unas tradiciones religiosas, políticas y culturales diferentes» (Lasagabaster, 2004, p. 91). En este contexto, algunas mujeres musulmanas tienen el deber moral de vestir el velo islámico que emana de algunas previsiones sagradas del Corán⁸.

Recientemente el velo islámico ha vuelto a generar controversia en la opinión pública de España. Parecía que el asunto había quedado concluido hace más de una década. Con todo, en diversos medios de comunicación se han publicado noticias referentes a algunas iniciativas legislativas favorables a prohibir todos los atuendos islámicos de la mujer musulmana en el espacio público⁹.

Cuando se alude al velo islámico, se engloban cuatro tipos de atuendos: a) pañuelo islámico, también conocido en los foros académicos como *hiyab* o *foulard* que cubre únicamente el cabello o melena de la mujer; b) *chador*, que procede de Irán, es una túnica que difumina el cuerpo de la mujer y cubre el cabello pudiendo verse el óvalo de la cara; c) *niqab* que es una túnica que cubre totalmente el cuerpo y el rostro de la mujer, con la excepción de los ojos que son la única parte visible; y, d) finalmente el *burka* que es una túnica que cubre totalmente el cuerpo y el rostro de la mujer incluidos los ojos que aparecen ocultos por una rejilla que permite ver a la mujer. (Catalá, 2009, pp. 45-47). A estas dos últimas prendas se les asigna en la

¹ STEDH, X. c. *Reino Unido*, de 12 de julio de 1978.

² STEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013.

³ *Phull c. Francia*, decisión de 11 de enero de 2005.

⁴ STEDH, *Mann Singh c. Francia*, de 13 de noviembre de 2008.

⁵ STEDH, *Hamidović c. Bosnia y Herzegovina*, de 5 de diciembre de 2017.

⁶ Para un examen de la jurisprudencia del TEDH sobre el velo islámico, véase Martínez-Torrón (2009, pp. 87-109).

⁷ En Francia el debate sobre la regulación del velo islámico en el ámbito escolar, una polémica que duró casi 15 años, se solventó de la peor manera posible con la aprobación de la Ley 2004-228 que veta a los estudiantes vestir en clase signos religiosos ostensibles, entre los que se encuentra el *hiyab*. Véase al respecto Labayle (2004, pp.17-29).

⁸ El fundamento teológico de portar el velo islámico se encuentra en dos partes del Corán (López-Sidro, 2004, p. 73). De un lado, en la Sura XXIV, v. 59 («La Coalición»): «Profeta! Di a tus esposas, a tus hijas y a las mujeres de los creyentes que se cubran con el manto. Es lo mejor para que se las distinga y no sean molestadas. Alá es indulgente, misericordioso»; y, de otro lado en la Sura XXIV, v. 31 («La luz»): «Y di a las creyentes que bajen la vista con recato, que sean castas y no muestren más adorno que los que están a la vista, que cubran su escote con el velo y no exhiban sus adornos sino a sus esposos, a sus padres, a sus suegros, a sus propios hijos, a sus hijastros, a sus hermanos, a sus sobrinos carnales, a sus mujeres, a sus esclavas, a sus criados varones fríos, a los niños que no saben aún de las partes femeninas. Que no batan ellas con sus pies de modo que se descubran sus adornos ocultos. ¡Volveos todos a Alá, creyentes! Quizás, así, prosperéis».

⁹ Véase *infra* el epígrafe 3.3. de este escrito.

comunidad jurídica y política con el nombre de velo integral, cuyo uso procede de algunos países del Golfo Pérsico.

El objetivo principal de este ensayo es reflexionar, desde una perspectiva jurídica, si es posible (y en qué términos) acomodar el empleo de dichos símbolos personales dinámicos (en este caso, el uso de unas vestimentas islámicas femeninas) en el espacio público abierto o, si, por el contrario, deben prohibirse.

El texto ha sido estructurado de la siguiente manera. En primer lugar, se analizará cuál es la situación jurídica en el derecho comparado y cuál ha sido la respuesta dada a esta problemática por parte de las instituciones del Consejo de Europa. En segundo lugar, se aludirá a la génesis, así como a las nuevas dimensiones que ha adquirido el tema en España actualmente. En tercer lugar, se reflexionará acerca de la licitud y oportunidad de establecer un veto genérico a estas prendas religiosas en el espacio público y cuál debería ser su tratamiento jurídico a la luz de la teoría general de los derechos fundamentales depurada a partir de los tribunales y de la doctrina científica. El escrito acabará con unas breves consideraciones finales sobre el asunto.

Antes de entrar en la materia objeto de estudio, es necesario realizar dos observaciones previas. De un lado, que el análisis jurídico se realizará desde el ámbito subjetivo de la ciudadana que porta el velo islámico y no de la de la empleada pública; y de otro lado, que se hará referencia únicamente al caso del espacio público abierto, entendido como «el conjunto de vías públicas, así como los “lugares abiertos al público” (comercios, transportes, parques, cafés...) o “destinados a un servicio público” (ayuntamientos, escuelas, hospitales...)» (Félix, 2010, p. 157)¹⁰. No se examinará esta problemática para un ámbito concreto en el que se presta un servicio público (*v.gr.* sanitario; educativo; administración de justicia; o laboral), ya que, amén de que ello requeriría un examen en profundidad, al que se sumarían matices y consideraciones distintas e importantes al campo aquí escogido, desbordaría las exigencias de extensión marcadas por la revista científica.

2. Tendencias en el derecho comparado

2.1. Regulación en los Estados Miembros

Siguiendo a la doctrina científica (Relaño, 2024, pp. 368-370) cabe diferenciar cuatro tendencias a la hora de regular el velo islámico:

a) Las que prohíben el velo integral en todo el espacio público. En total son siete los países de los veintisiete que actualmente componen la Unión Europea: Francia, Bélgica, Austria, Bulgaria, Dinamarca, Austria y Suiza. De sus respectivas regulaciones cabe destacar tres elementos comunes. Primero, el veto al uso del velo integral se hace de forma ambigua sin aludir de forma explícita a la mujer musulmana o al islam («Se prohíbe ocultar o cubrir el rostro»); segundo, las leyes prevén un

¹⁰ Véase, en este sentido, el art. 3.1 del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de Entidades Locales que señala lo siguiente: «Son bienes de uso público local los caminos, plazas, calles, paseos, parques, aguas de fuentes y estanques, puentes y demás obras públicas de aprovechamiento o utilización generales cuya conservación y policía sean de la competencia de la Entidad local»; y el art. 4 del mismo cuerpo legal a tenor del cual «Son bienes de servicio público los destinados directamente al cumplimiento de fines públicos de responsabilidad de las Entidades locales, tales como Casas Consistoriales, Palacios Provinciales y, en general, edificios que sean de las mismas, mataderos, mercados, lonjas, hospitales, hospicios, museos, montes catalogados, escuelas, cementerios, elementos de transporte, piscinas y campos de deporte, y, en general, cualesquiera otros bienes directamente destinados a la prestación de servicios públicos o administrativos».

catálogo de excepciones para la ocultación del rostro, tales como los motivos sanitarios o profesionales, actividades deportivas, festivos o manifestaciones artísticas y profesionales; tercero: se sanciona a la mujer con una multa o pena de prisión dependiendo de cuál sea la legislación aplicable.

b) Las que vetan el velo integral de forma parcial para ámbitos concretos o específicos del espacio público. Aquí cabe encuadrar la normativa de Holanda que prohíbe a la mujer portar el velo únicamente en el transporte público, hospitalesm edificios públicos y residencias de ancianos. En cambio, no se imposibilita su uso en la vía pública como calles, parques o plazas. Asimismo, en Alemania la prohibición de las prendas se aplica únicamente a los empleados públicos cuando ejercen sus funciones y a las fuerzas armadas. Finalmente, Luxemburgo contiene una regulación similar a la holandesa.

c) Las que proscriben el velo islámico (todas las prendas religiosas musulmanas) en todo el espacio público de una zona geográfica como un Estado federado o región estatal. En esta categoría cabe mencionar ocho Länder de Alemania (Baden-Württemberg, Baviera, Berlín, Bremen, Hesse, Baja Sajonia, Renania del Norte-Westfalia y Sarre) y dos regiones italianas: Lombardía y Véneto.

d) Es importante destacar que en trece Estados Miembros (España, Portugal, Estonia, Hungría, Letonia, Lituania, Malta, Rumanía, Eslovenia, Chipre, Grecia, Polonia y Eslovaquia) no existe ninguna prohibición, por lo que el uso del velo islámico en sus distintas manifestaciones sería lícito siempre que se respete el orden público.

Tras lo indicado cabe concluir este epígrafe afirmando que actualmente no hay un consenso sobre esta materia en el seno de la Unión Europea.

2.2. Consejo de Europa

2.2.1. Resoluciones de la Asamblea Parlamentaria

Tras las leyes prohibicionistas de Francia y Bélgica, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha tenido ocasión de pronunciarse respecto al velo integral. Constan, en efecto, algunos pronunciamientos del órgano en los que se observa cierta deferencia hacia el uso de este atuendo religioso si es asumido de forma voluntaria por la mujer.

En la Resolución 1743 (2010) que versa sobre el islam, el islamismo y la islamofobia¹¹ se dice que «El artículo 9 de la Convención incluye el derecho de las personas a elegir libremente si usar o no vestimenta religiosa, tanto en privado como en público (...) y que una prohibición general del uso del *burka* y el *niqab* negaría a las mujeres que libremente lo deseen el derecho a cubrirse el rostro»¹²; y añade que «una prohibición general podría tener el efecto adverso de generar presión familiar y comunitaria sobre las mujeres musulmanas para que permanezcan en casa y se limiten a relacionarse con otras mujeres. Las mujeres musulmanas podrían verse aún más excluidas si abandonaran las instituciones educativas, se alejaran de los lugares públicos y abandonaran su trabajo fuera de sus comunidades, para no romper con su tradición familiar. Por lo tanto, la Asamblea insta a los Estados miembros a desarrollar políticas específicas destinadas a concienciar a las mujeres musulmanas sobre sus derechos, ayudarlas a participar en la vida pública y ofrecerles igualdad de oportunidades para desarrollar una vida profesional y lograr la independencia social y

¹¹ Texto aprobado por unanimidad, el 23 de junio de 2010.

¹² *Ibidem*, párr. 16.

económica»¹³. En la Recomendación 1927 (2010) sobre el islam, el islamismo y la islamofobia, la Asamblea pidió al Comité de Ministros a que instase a los Estados Miembros a que «no establezcan una prohibición general del velo integral u otras prendas religiosas o especiales» y, en línea con la previa resolución, a «proteger a las mujeres de toda coacción física y psicológica, así como su libre elección de vestir vestimenta religiosa o especial, y garantizar la igualdad de oportunidades para que las mujeres musulmanas participen en la vida pública, se eduquen y ejerzan su actividad profesional. Las restricciones legales a esta libertad podrán justificarse cuando sea necesario en una sociedad democrática, en particular por motivos de seguridad o cuando las funciones públicas o profesionales de las personas exijan su neutralidad religiosa o que su rostro sea visible»¹⁴. Y en la Resolución 2076 (2015) sobre la libertad religiosa y convivencia en una sociedad democrática¹⁵ se indica que el empleo del velo integral «es un asunto controvertido en el que no existe consenso entre los Estados que conforman el Consejo de Europa. Aunque estos gozan de un margen de apreciación en este ámbito, la Asamblea invita a los Estados a buscar “adaptaciones razonables” con el fin de garantizar que la igualdad en el ejercicio de la libertad religiosa sea efectiva y no meramente formal»¹⁶.

En contraste con los anteriores textos, debe mentarse la Resolución 1464 (2005) sobre mujeres y religión en Europa¹⁷ que sin explicitar ninguna religión concreta (aunque de su contenido se colige que se refiere a determinadas doctrinas o ramas del islam) denuncia con contundencia la intolerancia y discriminación que para las mujeres suponen determinadas prácticas religiosas en las que se usa incluso la violencia (tal sería el caso, por ejemplo, del matrimonio forzado o la mutilación genital, entre otros)¹⁸. En este contexto, pero de nuevo, sin indicar de forma expresa ningún atuendo religioso, la Asamblea llama a los Estados «a garantizar que la libertad religiosa y la observancia de la cultura y tradición no puedan ser aceptadas como pretexto para justificar la vulneración de los derechos de las mujeres cuando niñas menores de edad son forzadas a someterse a determinados hábitos religiosos como el código de vestimenta»¹⁹.

2.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

2.2.2.1. *Hiyab*: referencia al caso *Fatima El Morsli*

Salvo error, no existe, hasta la fecha, ninguna sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la que se haya examinado si el establecimiento legal de un veto general al uso del *hiyab* o el *chador* en el espacio público abierto vulnera o no las previsiones del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH); los casos se refieren principalmente al uso del pañuelo islámico en el ámbito educativo en Turquía²⁰ y en Francia²¹.

Con todo, sí que cabe encontrar alguna decisión puntual en la que aflora esta problemática que se enmarca en los edificios u oficinas de titularidad pública estatal

¹³ *Ibidem*, párr. 17.

¹⁴ Recomendación 1927 (2010), adoptada el 30 de junio de 2010, párr. 3.3.13.

¹⁵ Resolución 2076 (2015), adoptada el 30 de septiembre de 2015.

¹⁶ *Ibidem*, párr. 8.

¹⁷ Resolución 1464 (2005), adoptada el 4 de octubre de 2005.

¹⁸ *Ibidem*, párrs. 2 y 3.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 7.4.

²⁰ STEDH, *Leyla Şahin c. Turquía*, de 29 de junio de 2004 (fallo de la Sala) y el de 10 de noviembre de 2005 (Gran Sala).

²¹ STEDH, *Kervanci y Drogu c. Francia*, dictados el mismo día: 4 de diciembre de 2008.

que realizan gestiones consulares: el caso *Fatima El Morsli*²². El asunto se refiere a una mujer marroquí que profesaba la fe islámica y llevaba por sus convicciones religiosas ataviado el pañuelo islámico en su cabeza cuando salía de su casa. La recurrente acudió al consulado francés de Marrakech para realizar una visa y viajar junto a sus hijos a Francia para reencontrarse con su marido. Para acceder a las instalaciones del consulado había un control de seguridad en el que se le requirió a que se desprendiera el *hiyab* con el fin de que fuera identificada. Ella estaba dispuesta a quitarse el velo, pero solicitó que lo hiciera únicamente delante de una mujer que trabajara en el servicio y no de un varón. Los agentes no aceptaron su propuesta, por lo que la actora realizó por correo certificado la solicitud de realizar la visa. Sin embargo, dado que la normativa francesa exige la obligatoriedad de realizar dicho trámite de forma presencial, su pretensión fue rechazada. La demandante alegó ante la Corte de Estrasburgo una posible vulneración del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión²³ junto con la prohibición de discriminación²⁴.

El Tribunal comienza indicando que la medida consistente en exigir a la mujer a quitarse el pañuelo islámico en un control de seguridad como condición de acceso a las dependencias consulares constituye una injerencia o limitación del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9.1 CEDH). Seguidamente, la Corte entra a examinar si la restricción respeta las condiciones previstas en el segundo párrafo del mentado precepto: si aquella persigue un objetivo legítimo y es necesaria en una sociedad democrática para la tutela de los bienes jurídicos que enumera²⁵. El TEDH considera que la injerencia persigue un objetivo legítimo: la salvaguardia de la seguridad pública. Asimismo, aplicando el precedente del caso *Phull*²⁶, sostiene que la restricción es necesaria sobre la base de un doble razonamiento. De un lado, que el control de seguridad que se realiza en el consulado francés para identificar a las personas como condición de acceso a sus instalaciones constituye una medida para la protección de la seguridad pública; y, de otro lado, que aquel se realiza en un tiempo muy limitado en el tiempo. En lo que se refiere a la petición que realiza la mujer, el Tribunal se limita a despachar de forma apodíctica y sin argumentación alguna que el Estado «no ha excedido el margen de apreciación nacional», por lo que descarta cualquier escrutinio referente a la proporcionalidad de la medida. De ahí que la demanda sea rechazada al estimar que la recurrente no ha sufrido una vulneración desproporcionada en el ejercicio de su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

No se conviene con la fundamentación jurídica que expone la sentencia y tampoco con el sentido del fallo. Existían, en efecto, argumentos jurídicos para apreciar la vulneración del derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión en conexión con la proscripción de discriminación por razón de la religión propia. Primero, es cierto que la injerencia iba dirigida a tutelar la seguridad pública, pero en el caso no se justifica o no queda acreditado que el pañuelo que vestía la mujer supusiera un riesgo cierto, grave y real para aquella; segundo, la

²² *Fatima El Morsli c. Francia*, decisión de 4 de diciembre de 2008.

²³ El art. 9.1 CEDH reza que «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos».

²⁴ El art. 14 CEDH establece que «El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de (...) religión».

²⁵ De conformidad con el art. 9.2 CEDH «La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

²⁶ *Phull c. Francia*, decisión de 11 de enero de 2005.

negativa de las autoridades francesas a expedirle una visa para viajar a Francia no se basó en una conducta dañina o de riesgo para la seguridad pública, sino por el deber moral de la mujer o su conducta religiosa; y, tercero, el Alto Tribunal bien podría haber aplicado, como ha hecho en otros casos, la doctrina del acomodo razonable en consonancia con la opción que proponía la mujer. Si existen alternativas viables y efectivas para acomodar todos los intereses en conflicto la medida no puede considerarse necesaria en el sentido al que alude el art. 9.2 del Convenio de Roma²⁷. En este supuesto existía una sencilla y poco costosa alternativa que garantizaba todos los intereses en juego: que el control de identificación personal lo hubiera realizado simplemente una mujer y no un varón.

2.2.2.2. Velo integral: referencia al caso *S.A.S. c. Francia*

La *Grand Chamber* sí ha tenido la ocasión de enjuiciar si el uso del velo integral tiene acomodo o no en las previsiones del Convenio de Roma en el famoso caso *S.A.S. c. Francia*²⁸.

La demandante, una mujer musulmana de nacionalidad francesa y de origen pakistaní, impugnó ante el Tribunal de Estrasburgo la Ley 2010-1192 de Francia²⁹ que prohíbe la ocultación del rostro en el espacio público. La actora, que vestía el *burka* por sus convicciones religiosas y culturales, argumentaba que el gobierno francés había vulnerado, entre otros, su derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión al imposibilitarle llevar el citado atuendo en lugares públicos, por lo que la prohibición no perseguía ninguna finalidad legítima y no era necesaria ex art. 9.2 CEDH. La norma prevé una serie de excepciones para taparse el rostro³⁰ y contempla como sanción una multa de 150 euros para las infractoras, así como la realización simultánea o como sustitución de un curso de ciudadanía³¹.

Por su parte, el gobierno francés alegó que la norma perseguía fines legítimos y era necesaria en una sociedad democrática. Entre estos objetivos, el gobierno invocó los siguientes: la garantía de la seguridad pública y el respeto a los derechos y libertades de los demás asegurando el «respeto al conjunto mínimo de valores de una sociedad abierta y democrática». Al respecto, el gobierno mencionó tres valores: a) la convivencia en común (*le vivre ensemble* o *living together*) que sería un principio que vendría a exigir una interacción social o personal en el espacio público entre individuos difícilmente alcanzable con prendas que ocultan el rostro de la persona como sería el caso del *burka*; b) la protección de la igualdad entre hombres y mujeres, y c) el respeto a la dignidad humana.

La Corte examina el caso bajo la órbita de los derechos fundamentales a la vida privada (art. 8 CEDH) y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión (art. 9 CEDH), aunque a la hora de realizar el test de proporcionalidad pone el foco en las condiciones previstas en el art. 9.2 del Convenio. De conformidad con este último, «La libertad de manifestar la religión o las convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del

²⁷ STEDH, *Bayatyan c. Armenia*, de 7 de julio de 2011, párr. 124.

²⁸ STEDH, *S.A.S. c. Francia*, de 1 de julio de 2014.

²⁹ Ley 2010-1192, de 11 de octubre de 2010.

³⁰ Ley 2010-1192, art. 2.2: «La prohibición del artículo 1 no se aplicará si la vestimenta es requerida o autorizada por disposiciones legislativas o reglamentarias, si está justificada por razones de salud o motivos profesionales, o si se inscribe en el marco de prácticas deportivas, festivales o manifestaciones artísticas o tradicionales».

³¹ *Ibidem* art. 3.

orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

El TEDH comienza afirmando que la prohibición de llevar el *burka* constituye una injerencia en los derechos fundamentales a la vida privada y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de la mujer, ya que esta se encontraba ante el dilema de cumplir la norma y desprenderse del atuendo o, por el contrario, negarse a cumplirla y enfrentarse a las sanciones penales³². Seguidamente, el Alto Tribunal entra a analizar la legitimidad y el carácter necesario y proporcionado de la prohibición legal.

En lo que atañe a la legitimidad del objeto perseguido por la norma, el órgano citado rechaza que la igualdad de género y la dignidad humana constituyan fines legítimos que puedan justificar la injerencia en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión de la demandante. Respecto a la igualdad de género, sostiene que esta no puede invocarse para vetar una práctica que es libremente defendida por la propia mujer³³. En relación con la dignidad humana, señala la variabilidad de las nociones de virtud y decencia que se aplican al cuerpo humano en descubierto. Además, según la Corte, las mujeres que llevan el velo integral no buscan expresar una forma de desprecio con quienes se encuentran y tampoco pretenden ofender la dignidad de los demás³⁴. Con todo, el TEDH considera que la ley francesa persigue dos fines legítimos: de un lado, la seguridad pública reconocida explícitamente en el art. 9.2 CEDH³⁵; y de otro lado, la vida en común. Aunque el Tribunal admite que dicho valor no se menciona de forma expresa en el Convenio, lo vincula al límite de la protección de los derechos y libertades de los demás³⁶. El Tribunal acepta que la vida en común constituye un elemento imprescindible para la vida en comunidad que exige la interacción personal o social abierta entre individuos en lugares públicos, hecho este que se vería vulnerado si, como en el caso de la recurrente, el rostro apareciera cubierto con el *burka*³⁷.

Pasando al carácter necesario de la medida limitadora, el Tribunal indica que la justificación de una prohibición general basada en la seguridad pública sólo puede hacerse en un contexto donde exista una amenaza real de la misma, circunstancia que no acreditó el gobierno francés en el caso concreto, razón por la cual rechaza la necesidad de esta restricción³⁸. En lo que atañe a la vida en común, la Corte considera justificada la prohibición en la medida en que la interacción personal o social abierta entre individuos se ve afectada por el hecho de que las mujeres musulmanas oculten sus rostros en lugares públicos³⁹.

Finalmente, al analizar la proporcionalidad de la prohibición, el TEDH realiza algunas consideraciones críticas a la ley francesa, tales como el exceso que implica establecer un veto genérico de vestir un atuendo religioso para un número tan reducido de mujeres que hacen uso del velo integral en el Estado francés (aproximadamente unas 1.900 mujeres de los 65 millones de habitantes)⁴⁰; las

³² STEDH, S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014, párr. 110.

³³ *Ibidem*, párr. 119.

³⁴ *Ibidem*, párr. 120.

³⁵ *Ibidem*, párr. 115.

³⁶ *Ibidem*, párr. 121.

³⁷ *Ibidem*, párr. 122.

³⁸ *Ibidem*, párr. 139. Además, la Corte advierte que la protección de la seguridad pública podría haberse alcanzado «con una mera obligación de mostrar el rostro e identificarse cuando se haya establecido un riesgo para la seguridad de las personas y los bienes, o cuando circunstancias particulares hagan sospechar una suplantación de identidad».

³⁹ *Ibidem*, párrs. 141-142.

⁴⁰ *Ibidem*, párr. 145.

consecuencias negativas que la prohibición puede comportar en las afectadas, como sería el caso del aislamiento social o la percepción de una amenaza a su identidad religiosa y cultural⁴¹; la restricción que para el pluralismo supone adoptar una medida como esta⁴², o la aceptación de la oposición mostrada por distintos organismos e instituciones internacionales a una prohibición general de vestir el *burka* en el espacio público⁴³. Sin embargo, de forma un tanto sorprendente⁴⁴, la *Grand Chamber* termina balanceando a favor del Estado, otorgándole un amplio margen de discrecionalidad para regular la cuestión, ya que no existe un consenso a nivel europeo sobre el tema⁴⁵. De ahí que el Tribunal concluya afirmando que la prohibición legal es proporcionada al fin perseguido: a saber, «la preservación de las condiciones de “convivencia” como elemento de la “protección de los derechos y libertades de los demás”». En consecuencia, no aprecia vulneración de los derechos fundamentales a la vida privada y a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión⁴⁶.

No se comparte la resolución alcanzada por la mayoría, la cual se considera discutible y se participa solo parcialmente con la argumentación jurídica reflejada en la parte dispositiva del fallo. En efecto, se coincide con la mayoría en que la seguridad pública es un fin legítimo, pero no necesario *ad casum* y que la protección de la igualdad de género y la dignidad humana no pueden erigirse como objetivos sustentadores de la prohibición legal de vestir el velo integral. La discrepancia se refiere a la presunta restricción de la vida en común, la cual es considerada por el TEDH como una restricción legítima, necesaria y proporcional para el fin perseguido: el veto general a las mujeres musulmanas a portar el *burka* en todo el espacio público de Francia. Se exponen a continuación los argumentos legales en los que se sustenta el desacuerdo.

De entrada, es muy dudoso que *la vivre ensemble* pueda erigirse como un límite legítimo de la libertad de conciencia cuando el art. 9.2 del Convenio de Roma en ningún momento menciona explícitamente semejante concepto (Yusuf, 2014, p. 281). El Tribunal se contradice cuando afirma que la enumeración de las restricciones de dicho precepto es restrictiva⁴⁷ pero, a la vez, incorpora a través de la «protección de los derechos y libertades de los demás» una noción tan amplia y vaga como la *vivre ensemble* a la hora de justificar la prohibición legal, lo cual resulta desconcertante (Power-Forde, 2016, p. 599). Resulta sintomático que sea la propia Corte quien sostenga que esa construcción doctrinal puede ser objeto de abuso⁴⁸. No se comparte esta exégesis expansionista de aquella locución, ya que los derechos y libertades a los que alude el art. 9.2 CEDH han de ser los consagrados en el Convenio y no otros (Olmedo, 2014, pp. 9-10). Asimismo, la mayoría no explica cuáles son los derechos y libertades que se verían afectados por *la vivre ensemble*, la cual garantizaría, según el TEDH, un derecho (y su correlativa obligación) a entablar relaciones interpersonales o sociales o incluso llegar a tener conservaciones (Caicedo, 2017, p. 179) con las personas en los lugares públicos, siendo para ello necesario visibilizar el rostro⁴⁹. Ello sería contrario al espíritu del Convenio de Roma. Como acertadamente sostienen en su voto particular las magistradas Nussberg y

⁴¹ *Ibidem*, párr. 146.

⁴² *Ibidem*, párr. 153.

⁴³ *Ibidem*, párr. 147.

⁴⁴ Por ello no puede extrañar que García Ureta (2021, p. 554) haya señalado que «el TEDH hizo una serie de aseveraciones críticas respecto de la ley francesa que no se acomodan con la conclusión final de la sentencia».

⁴⁵ STEDH, S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014, párrs. 153-157.

⁴⁶ En posteriores casos el TEDH ha mantenido la misma línea argumentativa. Véase, por ejemplo, la STEDH, *Dakir c. Bélgica*, de 11 de diciembre de 2017.

⁴⁷ STEDH, S.A.S. c. Francia, de 1 de julio de 2014, párr.113.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 122.

⁴⁹ *Ibidem*.

Jäderblom⁵⁰, el derecho a la vida privada incluye «el derecho a no comunicarse y no entrar en contacto con otros en lugares públicos: el derecho a ser un marginado» o, dicho de otra forma, el derecho a tener paz consigo mismo, que era precisamente lo que pedía la recurrente⁵¹. Además, la mayoría ignora que, al igual que acontece con el *burka*, en la cultura occidental existen actividades (v.gr. esquí, motociclismo o carnaval)⁵², formas de vestir (piénsese el caso de una mujer de melena larga con sombrero y gafas de sol negras) o elementos (por ejemplo, audífonos, libros o bufandas) que evitan la interacción social o personal (Brems, Vrielink y Chaib, 2012, p. 97). Ciertamente, en los tiempos actuales, en los que han hecho aparición las redes sociales, es frecuente, lo cual no deja de ser preocupante, observar a las personas absortas en la pantalla de sus teléfonos móviles en distintos ámbitos del espacio público como la calle o el transporte público. Tras lo dicho se estima que *la vivre ensemble* no persigue un fin legítimo ex art. 9.2 CEDH, por lo que se habría vulnerado el derecho fundamental a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En suma, como acertadamente sostienen las magistradas disconformes con la decisión, «no existe un derecho a no escandalizarse o a sentirse provocado ante diferentes modelos de identidad cultural o religiosa, incluso aunque aquellos estén muy alejados de la tradición francesa y el estilo de vida europeo»⁵³.

Aún en la hipótesis en que la *la vivre ensemble* persiguiera un fin legítimo, tampoco puede concluirse que sea una injerencia necesaria y proporcional.

No es necesaria, de un lado, porque en el momento en el que se enjuiciaron los hechos, en el ámbito del Consejo de Europa únicamente dos Estados (Francia y Bélgica) de los cuarenta y seis que lo componen habían prohibido llevar el velo integral en el espacio público. De ello se desprende que existía un amplio consenso en no vetar dicha prenda religiosa (ahora habiendo nueve países que lo prohíben sería más discutible), por lo que el gobierno francés tenía un margen de apreciación limitado. Si quería restringir la libertad de conciencia de la demandante, debió acreditar una «necesidad social imperiosa o acuciante»⁵⁴ cosa que no realizó en el procedimiento. Y de otro lado, porque el Estado demandado tampoco había demostrado que existieran alternativas viables y efectivas capaces de acomodar los intereses en liza⁵⁵, como, por ejemplo, arbitrar prohibiciones parciales en materia de identificación y de control (v.gr. a la hora de acceder a un servicio municipal o en instalaciones públicas como aeropuertos) o establecer medidas para desalentar el uso del velo integral a través de campañas de sensibilización o la educación⁵⁶.

El veto a usar el *burka* tampoco es proporcionado al fin perseguido. Primero, porque parece excesivo penalizar un código de vestimenta religiosa teniendo en cuenta el número tan reducido de mujeres que hacían uso del mismo en Francia (aproximadamente 1.900 mujeres en un Estado de 65 millones de habitantes); segundo, porque la reincidencia de la conducta infractora puede tener un efecto múltiple de sucesivas sanciones; y, tercero, porque puede tener un impacto negativo en las mujeres musulmanas, no en vano, las excluye de la sociedad, impide su eventual integración y las encierra en su ámbito privado⁵⁷.

⁵⁰ Voto particular de las magistradas Nussberg y Jäderblom, párr. 8.

⁵¹ *Ibidem*, párr. 12.

⁵² Voto particular de las magistradas Nussberg y Jäderblom, párr. 9.

⁵³ *Ibidem*, párr. 7.

⁵⁴ Por todas, STEDH, *Bayatyan c. Armenia*, de 7 de julio de 2011, párr. 123.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 124.

⁵⁶ Voto particular de las magistradas Nussberg y Jäderblom, párr. 24.

⁵⁷ *Ibidem*.

En definitiva, en la decisión de la mayoría el TEDH traiciona alguno de sus propios postulados doctrinales⁵⁸ y crea un pluralismo selectivo⁵⁹ dando entrada a través de principios metajurídicos como la *vivre ensemble* (que cabe identificar con la moral de la mayoría) pudiendo dar lugar a «comportamientos pretendidamente legítimos de intolerancia y xenofobia» (Olmedo, 2014, pp. 11-12).

3. Prohibición del velo islámico en el Estado español

3.1. Origen del problema: las prohibiciones municipales y las enseñanzas de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2013

En España esta problemática nace en el 2010, mayoritariamente en la Comunidad Autónoma de Cataluña, cuando algunas corporaciones locales como Lleida, Barcelona, Tarragona y otras⁶⁰ establecen en sus respectivas ordenanzas el veto a vestir el velo integral en el espacio público, así como para acceder a edificios o instalaciones municipales. Este fenómeno normativo ha sido descrito por algunos autores como «una suerte de fiebre represora» (Ferreiro, 2024, p. 169).

Resulta importante, en este punto, traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo (TS) de 14 de febrero de 2013⁶¹. Se trata de una resolución rica en contenido y de una indudable enjundia. De un lado, porque enjuicia por primera vez si una ordenanza tiene la cobertura legal para prohibir un atuendo religioso en el espacio público sin la existencia previa de una norma con rango de ley que lo prevea expresamente; y, de otro lado, porque la misma constituye un precedente que valdrá para resolver supuestos de alcance similar en el futuro (piénsese en los *sikhs* que visten un turbante, los hombres musulmanes que visten una túnica larga o el judío que lleva la kipá, por poner unos ejemplos).

Descendiendo a los hechos, el pleno del ayuntamiento de Lleida aprobó el 8 de octubre de 2010 una modificación de la ordenanza municipal de civismo y convivencia para prohibir, de una forma un tanto sorprendente⁶², el uso del velo integral, pasamontañas, casco integral u otras vestimentas o accesorios que impidieran la identificación y la comunicación visual en el espacio público de dicho municipio⁶³. Al mismo tiempo, en consonancia con dicha enmienda, dio una nueva redacción a tres reglamentos del consistorio. En lo que aquí interesa, debe destacarse el Reglamento de Servicios de Transporte que exige, para los usuarios que usen

⁵⁸ Es jurisprudencia reiterada del TEDH que el deber del Estado es asegurar la tolerancia mutua entre los grupos religiosos y ha señalado que «el papel de las autoridades no es remover la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino asegurar que los grupos competidores se toleren mutuamente» (por todas, STEDH, *Serif c. Grecia*, de 14 de marzo de 2000, párr. 53); o que «El pluralismo, la tolerancia y la amplitud de miras son señas de identidad de una sociedad democrática. Aunque los intereses individuales deban en ocasiones subordinarse a los del grupo, la democracia no significa simplemente que los puntos de vista de la mayoría deban siempre prevalecer: debe lograrse un equilibrio que garantice un justo y adecuado tratamiento de las minorías, y evitar cualquier abuso de la posición dominante» (por todas, STEDH, *Hamidović c. Bosnia y Herzegovina*, de 5 de diciembre de 2017, párr. 128).

⁵⁹ Voto particular de las magistradas Nussberg y Jäderblom, párr. 14.

⁶⁰ Los otros municipios son los siguientes: Mollet del Valles y Santa Coloma de Gramanet (provincia de Barcelona), Cunit (provincia de Tarragona), Balaguer y el Vendrell (provincia de Lleida). También se prohíbe en Coín (provincia de Málaga).

⁶¹ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 14 de febrero de 2013, recurso de casación núm. 4118/2011.

⁶² No se considera adecuado desde una perspectiva jurídica equiparar o conectar un deber moral (como puede ser para algunas mujeres vestir un atuendo religioso) con otras realidades que poco o nada tienen que ver con la conciencia individual. Portar un casco o un pasamontañas no constituyen imperativos éticos; responden a otras razones como podría ser la seguridad en la práctica de algunos deportes como el motociclismo o el esquí.

⁶³ Arts. 26.2 y 27.9 de la ordenanza.

tarjetas de tarifa social, el deber de identificarse visualmente para acreditar que su identidad coincide con la fotografía de los títulos de transporte cuando sean requeridos para ello por el personal de servicio⁶⁴.

La Asociación Watani por la Libertad y la Justicia impugna dichas disposiciones reglamentarias alegando la vulneración del derecho fundamental a la libertad de conciencia o de creencias (art. 16.1 CE) y el derecho a la no discriminación (art. 14 CE). Para dilucidar la conformidad de dichas disposiciones reglamentarias con el texto constitucional, el TS dará una respuesta dispar.

En lo que respecta a la prohibición de vestir el velo integral en el espacio público, el Tribunal indica acertadamente que una ordenanza se halla imposibilitada para regular (y, por lo tanto, para limitar o para prohibir) el ejercicio de un derecho fundamental, ya que el art. 53.1 CE⁶⁵ contiene una reserva de ley al respecto⁶⁶. Siguiendo la jurisprudencia del TC, la Sala señala de forma inequívoca que «la Constitución ha querido que la Ley, y sólo la Ley, pueda fijar los límites a un derecho fundamental»⁶⁷. Los entes locales únicamente podrán «incidir (que no directamente regular) en aspectos accesorios del derecho fundamental; pero esa incidencia vendrá condicionada en su licitud a que el límite al ejercicio del derecho fundamental cumpla con las exigencias constitucionales para poder limitar el ejercicio de un derecho fundamental»⁶⁸. Ello conlleva naturalmente que el Alto Tribunal declare la invalidez de aquella disposición reglamentaria.

En lo que atañe al eventual deber de identificación a la hora de acceder al transporte público, el TS indica con sensatez que este «no supone una limitación del derecho de libertad religiosa, ni supone regulación de esta, precisada de previa regulación por ley»⁶⁹. En consecuencia, las corporaciones locales en este caso sí que tendrían la capacidad normativa para exigir por medio de ordenanzas la identificación del rostro de la mujer que porta el velo integral como exigencia de acceso a un sector de la actividad administrativa municipal cuyo uso ha sido, además, elegido de forma voluntaria: el empleo del transporte público.

3.2. La propuesta del Senado

El 8 de junio de 2010, el Grupo Parlamentario Popular presentó una moción en la Cámara Alta para prohibir el velo integral en todo el espacio público que fue aprobada por estrecho margen⁷⁰. La propuesta de la moción decía lo siguiente: «El Senado insta al Gobierno a realizar las reformas legales y reglamentarias necesarias para prohibir el uso en espacios o acontecimientos públicos (...) de vestimentas o

⁶⁴ Art. 21 del reglamento.

⁶⁵ De conformidad con el art. 53.1 CE: «Sólo por ley (...) podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades» (se refiere a los derechos y libertades proclamados en el Capítulo Segundo del Título Primero entre los que se ubica la libertad de conciencia o de creencias (art. 16.1 CE).

⁶⁶ STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de febrero de 2013, FJ 7.º.

⁶⁷ *Ibidem*, FJ 9.º.

⁶⁸ *Ibidem*, FJ 7.º. Martín-Retortillo (2015), uno de los autores que con mayor atención ha analizado las cuestiones referidas al ejercicio de la libertad religiosa en el ámbito de la administración en la literatura jurídica española, no comparte la tesis o el criterio adoptado por la Sala. Para el profesor, se trata de «una interpretación, sin duda, bien intencionada, pero demasiado rigurosa, que, junto al vaciamiento de las opciones de las ordenanzas locales, conduce a una injustificable potenciación de ese instrumento excepcional que son las leyes orgánicas» (p. 31); y más adelante añade: «Bien podría haberse interpretado que la ordenanza al prohibir el velo no “regulaba” sino simplemente “incidía”. Entiendo que en absoluto se está regulando la libertad religiosa, sino simplemente incidiendo en un aspecto muy concreto y mínimo de ejercicio» (p. 32).

⁶⁹ STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de febrero de 2013, FJ 11.º.

⁷⁰ 131 votos a favor y 129 en contra. Véase la propuesta del texto de la moción en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie I, núm. 484, 21 de junio de 2010.

accesorios en el atuendo que provoquen que el rostro quede completamente cubierto y dificulten así la identificación y la comunicación visual, al suponer esta práctica una discriminación contraria a la dignidad de las personas y lesionar la igualdad real y efectiva de los hombres y las mujeres». Aunque el texto no lo mencionara explícitamente, de la exposición de motivos se deduce claramente que dicha prohibición se refería al *burka* y al *niqab*.

Tras su traslado al Congreso de los Diputados, la propuesta de prohibición del velo integral fue finalmente rechazada por 183 votos en contra y 169 a favor⁷¹.

3.3. Nuevas iniciativas legislativas prohibicionistas presentadas

Con el rechazo del Congreso de los Diputados a prohibir el velo integral y con el dictamen del TS parecía que este debate se había definitivamente dilucidado. Tal vez podría calificarse la situación de paz jurídica.

Sin embargo, después de quince años, el veto al velo islámico vuelve al debate mediático y político. Ello es debido a que algunas formaciones políticas han presentado varias iniciativas en el Parlamento (tanto a nivel estatal como autonómico), lo que ha reavivado una discusión innecesaria al no existir o acreditarse problemas de convivencia al respecto. Atendiendo a un criterio cronológico pueden señalarse las siguientes:

a) El 12 de mayo de 2025, en el Parlamento de Catalunya, el grupo mixto, presidido por el partido político Aliança Catalana, presentó una moción con el objetivo de prohibir el uso de todos los atuendos islámicos (*hiyab*, *chador*, *niqab* y *burka*) en todo el espacio público de Cataluña⁷². La moción se sustentaba en varias razones. Primera, velar por la seguridad pública; segunda, garantizar la igualdad entre hombres y mujeres, ya que «buena parte de las comunidades islámicas establecidas en Cataluña no solo no respeta sino que incluso combate defendiendo la *sharia* predicando contra Occidente»; tercera, proteger la dignidad de la mujer, ya que estas comunidades islámicas las señala como «pecaminosas o inferiores obligándolas a utilizar prendas de ropa para cubrirse el cabello y otras partes del cuerpo, que inadmisiblemente se señalan como impuras y provocadoras»; cuarta, velar por la convivencia, así como los valores, libertades y principios democráticos, los cuales estarían en riesgo por el islam; quinta, «proteger a las niñas y mujeres que son diariamente víctimas de coacciones, relatos misóginos y amenazas por parte de sus círculos familiares o comunidades religiosas de carácter islámico»; sexta, «preservar los valores europeos que han permitido liberar a la mujer de subordinaciones vergonzosas y discriminaciones inadmisibles»; séptima, el mantenimiento de la neutralidad religiosa en el espacio público de «convicciones misóginas no amparables en un Estado laico». De ahí que en la moción se instase al Gobierno de la Generalitat a realizar una serie de modificaciones legales. La moción fue rechazada por una amplia mayoría (106 votos en contra)⁷³.

b) El 26 de junio de 2025, el Grupo Parlamentario Vox impulsó una Proposición no de Ley⁷⁴ en la Asamblea de Madrid para prohibir el velo integral en «todos los edificios y espacios públicos –abiertos y cerrados– dependientes de la Comunidad de Madrid, incluyendo escuelas, universidades, hospitales, instalaciones deportivas, y

⁷¹ <https://www.publico.es/actualidad/congreso-rechaza-instar-prohibicion-velo-integral-espana.html>

⁷² La moción puede consultarse en el siguiente enlace: <https://aliancatalana.cat/alianca-catalana-presenta-una-mocio-en-contra-del-vel-islamic/>

⁷³ <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-parlament-rechaza-instar-govern-prohibir-uso-velos-islamicos-espacios-publicos-20250522192200.html>

⁷⁴ Proposición No de Ley núm. 336/2015 (XIII).

parques infantiles». En la exposición de motivos el veto se apoya en las siguientes razones: primera, la incompatibilidad de dichas vestimentas con «las tradiciones, cultura, idiosincrasia y valores propios de España»; segunda, por «motivos evidentes de seguridad»; tercera, garantizar los derechos fundamentales de la mujer y su dignidad; y, cuarta, la tutela de la igualdad entre hombres y mujeres⁷⁵. La iniciativa fue rechazada por todas las demás formaciones políticas: 119 votos en contra y 10 a favor.

c) El 18 de noviembre de 2025, el Grupo Parlamentario Vox, presentó en el Congreso de los Diputados una Proposición de Ley Orgánica para prohibir el velo integral en el espacio público, o en lugares privados con proyección a un espacio o uso público; no en cambio el *hiyab* o el *chador*⁷⁶. El texto proponía tipificar dicha conducta en la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana (LOSC)⁷⁷ como infracción leve con una multa que oscilaba entre los 100 y 600 euros. La infracción podría elevarse a grave si la mujer incurriera en reincidencia. En este caso, la multa podría ascender hasta los 600.000 euros. Asimismo, sugería tipificar como delito a quien impusiera mediante violencia o intimidación dichas prendas de vestuario. En la exposición de motivos el veto se sustenta en las siguientes razones: primera, la protección de la dignidad e igualdad de la mujer; segunda, el «grave riesgo para la seguridad pública», el cual es mencionado en varias ocasiones; y tercera, la incompatibilidad de dichos hábitos para el estilo de vida occidental, el cual se basaría «en la consideración de la identidad personal, tanto en el aspecto de poder tenerla y expresarla, como en el de ser conocida por la comunidad en la que se vive». Esta justificación coincide, en cierto modo, con la *vivre ensemble* por la que fundamentó el gobierno francés la prohibición del velo integral. La Proposición de Ley fue rechazada por 177 votos en contra, 170 a favor y 1 abstención.

4. Velo islámico y derechos fundamentales

En cada una de las iniciativas legislativas presentadas se reproducen las razones jurídicas que han sido alegadas para fundamentar una eventual prohibición general del uso del velo islámico en el espacio público en España.

En las líneas que siguen, se analizará, desde la teoría general sobre los derechos humanos, si dichos motivos pueden justificar o no dicho veto. Naturalmente ello exige acercarse apriorísticamente a la CE y a los tratados internacionales para, de esta manera, dilucidar si dicha conducta constituye una manifestación de la libertad de conciencia y, al mismo tiempo, reflejar las pautas hermenéuticas que han de tenerse en cuenta al respecto.

4.1. El uso del velo islámico como manifestación de la libertad de conciencia: marco normativo e interpretativo

El contenido constitucional de la genérica libertad de conciencia, de creencias o «libertad ideológica, religiosa y de culto» a la que se refiere la CE en el art. 16.1⁷⁸

⁷⁵ Véase la iniciativa parlamentaria en Registro General Parlamentario de Entrada, núm.13844.

⁷⁶ Proposición de Ley Orgánica núm. 122/000237 para la protección de la dignidad de las mujeres y la seguridad ciudadana en el espacio público. Véase el texto íntegro, en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie: B, núm.282-1, pp.1-5.

⁷⁷ Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana.

⁷⁸ El art. 16.1 CE garantiza «la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades (...)».

comprende un doble ámbito de actuación⁷⁹.

Incluye, primeramente, un ámbito interno que cabe denominar formación de la propia conciencia⁸⁰ o claustro íntimo de creencias (*forum internum*)⁸¹. Esta vertiente confiere al individuo la capacidad para autodeterminarse intelectualmente ante la vida y cuanto le concierne, adoptando aquella cosmovisión (creencias, convicciones u opiniones) que estime oportunas. Junto a esta facultad de mero fuero interno, el citado derecho fundamental comprende una vertiente externa (*forum externum*) que autoriza a la persona a obrar o actuar conforme a sus creencias (*agere licere*)⁸².

La doctrina científica (Contreras y Celadón, 2007, p. 40; Amérigo y Pelayo, 2013, p. 37; Gutiérrez del Moral, 2020, p. 69) ha señalado que el uso de los símbolos religiosos personales constituye una manifestación externa de la libertad de conciencia o de creencias; constituiría una de las vastas formas en la que se expresa el *agere licere* constitucionalmente garantizado en aquel precepto constitucional. Asimismo, en el Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos⁸³ puede leerse que «La observancia y la práctica de la religión o de las creencias pueden incluir no sólo actos ceremoniales sino también costumbres tales como (...) el uso de prendas de vestir o tocados distintivos»⁸⁴.

Para considerar que el uso del velo islámico (en sus distintas formas de vestuario) constituye una manifestación adscribible a la libertad de conciencia o de creencias proclamada en el art. 16.1 CE, debe previamente dilucidarse, en efecto, si estas prendas son o no la expresión de una creencia religiosa susceptible de ser amparada por la citada disposición constitucional⁸⁵. Este es, sin duda, un asunto polémico en el foro académico.

Al respecto, Areces (2014, pp. 26-27) ha sostenido que el velo islámico no es un símbolo religioso y que, en consecuencia, no puede tutelarse por la libertad de conciencia, ya que de las disposiciones del Corán no emana ningún deber moral de vestir velo alguno (sea integral o no); se trata, en su opinión, de un símbolo discriminatorio impuesto por el régimen de los talibanes que pone a la mujer en una posición extremadamente débil en la sociedad. Con todo, esta no parece ser la posición mayoritaria adoptada en el foro académico y tampoco la tesis acogida por los tribunales. Diversos tratadistas (Aláez, 2012, p. 147; Motilla, 2004, pp. 92-93; Reguero, 2021, pp. 903,911) como los órganos jurisdiccionales (el TS⁸⁶ y el TEDH⁸⁷) han señalado que portar el velo islámico (sea integral o no) constituye una

⁷⁹ Por todas, STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 4.º; STEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, párr. 80.

⁸⁰ STC 15/1982, de 23 de abril, FJ 6.º.

⁸¹ Por todas, STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9.º.

⁸² Véase, por ejemplo, señalando esta doble dimensión de la genérica libertad de conciencia en el ámbito académico a los siguientes autores: (Alenda, 2015, pp. 29 y ss.) y (Martínez-Torrón, 2018, p. 77).

⁸³ Comentario General del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al art. 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de 27 de septiembre de 1993. De conformidad con el art. 18.1: «Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza».

⁸⁴ *Ibidem*, párr. 4.

⁸⁵ Respecto al fundamento teológico del uso del velo islámico véase *supra* la nota núm. 8 de este trabajo.

⁸⁶ STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de febrero de 2013, FFJJ 8.º y 9.º.

⁸⁷ Véase, por todas, para el *hiyab*, la STEDH, *Leyla Şahin c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, párr. 78. En relación con el velo integral, véase la STEDH, *S.A.S. c. Francia*, de 1 de junio de 2014, párr. 106.

manifestación que emana de la libertad de conciencia proclamada respectivamente en los arts. 16.1 CE y 9.1 CEDH.

Rawls afirma que «existe la tentación de decir que la ley debe respetar siempre los dictados de la conciencia, pero esto no puede ser» (1971, p.337). Como en reiteradas ocasiones ha señalado el TC, la libertad de conciencia o de creencias no es un derecho absoluto e ilimitado; sus manifestaciones pueden restringirse por la cláusula del orden público a la que alude el texto Constitucional en el art. 16.1 o por otros bienes constitucionales dignos de tutela⁸⁸. La Ley Orgánica de Libertad Religiosa⁸⁹ (LOLR) concreta cuáles son los elementos que forman parte de aquella: a) la protección del derecho ajeno; b) la salvaguardia de la seguridad pública; c) la salud pública, y d) la moral pública. El art. 9.2 CEDH sigue muy de cerca esta redacción cuando establece que la libertad de conciencia «no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás».

Los límites de la libertad de conciencia o de creencias están sujetos a «una interpretación estricta y restricta»⁹⁰ y deben justificarse a la luz del principio de proporcionalidad; si se quiere restringir la libertad de conciencia deberá argumentarse que la injerencia es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto en orden a tutelar un fin constitucional legítimo⁹¹. Además, el principio de concordancia práctica «exige que el derecho llamado a ceder no vaya más allá de las necesidades de realización del derecho preponderante»⁹²; es decir, si la libertad de conciencia debe ceder por la existencia de un interés jurídico prevalente, la lesión a esta ha de ser la mínima posible y los medios empleados los menos restrictivos existentes (Cañamares, 2012, pp. 117-118) (*minimal impairment* o *least restrictive means* en terminología del derecho anglosajón)⁹³.

4.2. Sobre la prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público: ¿veto genérico o limitaciones *ad casum*?

De las iniciativas legislativas presentadas, los motivos o argumentos jurídicos invocados para fundamentar la prohibición legal de portar el velo islámico en el espacio público abierto pueden reducirse a cuatro: a) igualdad y dignidad de la mujer; b) seguridad pública; c) neutralidad del Estado, y finalmente d) razones de orden público inmaterial.

A continuación, se estudiará separadamente si estos motivos pueden justificar constitucionalmente dicha medida. Es importante aclarar de forma apriorística que la respuesta a los motivos a), c) y d) es homogénea, es decir, es aplicable a todas las vestimentas que conforman el velo islámico. Por el contrario, el segundo de ellos, el

⁸⁸ Por todas, STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 7.º.

⁸⁹ Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, art. 3.1.

⁹⁰ STC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 3.º *in fine*.

⁹¹ Véase, por todas, la STC, 66/1995, de 8 de mayo, FJ 5.º.

⁹² STC 154/2002, de 18 de julio, FJ 12.º.

⁹³ Así, por ejemplo, si en un control de seguridad de un aeropuerto se le exige a la mujer que porta el velo integral que se identifique, la identificación deberá hacerse de forma privada y no delante de los demás pasajeros y, si es posible, delante de una mujer y no de un varón; o si se le requiere a una alumna de un instituto que se quite el *hiyab* en clase de deporte cuando ponga en peligro su salud o integridad física, se le deberá conceder la posibilidad de cubrir su cabello, si la mujer así lo desea, con otras prendas que no pongan en peligro su integridad física como boinas, gorros de baño o prendas similares.

motivo b), ofrece una solución distinta, ya que esta se halla inexorablemente condicionada a que la prenda oculte o no el rostro u ovalo de la mujer.

4.2.1. Igualdad y dignidad de la mujer

La igualdad entre hombres y mujeres y la dignidad de la mujer pueden incluirse en el límite de la moral pública a la que alude explícitamente el art. 3.1 LOLR. El TC se ha referido a esta como «el *minimum* ético para la vida social»⁹⁴ que, según autorizada doctrina (Polo, 2012, pp. 229-230), se identifica con el respeto a la dignidad humana, así como el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) siendo su exponente primordial la protección de los derechos y libertades de los individuos.

En lo que se refiere a la igualdad entre hombres y mujeres, desde posturas feministas (Macías, 2011, pp. 141-153) se ha señalado que el uso del velo islámico vulnera la igualdad de género, ya que a la mujer musulmana se le imponen unas vestimentas que no se le imponen al hombre musulmán. Ello colocaría a la mujer en una posición de subordinación o sometimiento hacia el hombre. Además, se resalta que la mujer no tiene una verdadera libertad de opción a la hora de decidir si ponerse o no el velo islámico; su uso respondería a una imposición familiar forjada al albur de una tradición patriarcal.

Esta tesis sería discutible, ya que habría que analizar caso por caso si el uso del velo islámico responde a dicho planteamiento o no. En cualquier caso, partir de la presunción de que la mujer que viste el velo islámico lo hace de forma obligada contradiría el valor superior de la libertad (art. 1.1 CE) y el libre desarrollo de la personalidad, que es fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE), cuando esta haya elegido voluntariamente emplearlo. En el caso de que no fuera así, los sujetos que la hubieran obligado a vestir dicha prenda estarían incurriendo en un delito de coacciones y deben ser castigados. Esta idea ha sido respaldada tanto por el TS⁹⁵ como por el TEDH⁹⁶ al indicar que la igualdad de género no puede argüirse para vetar una práctica cuando es libremente defendida por la propia mujer. Finalmente, no cabe olvidar, en consonancia con lo indicado, que la libertad de conciencia, en cuanto derecho fundamental, forma también parte de la moral pública que ha de tutelarse.

En lo que atañe a la dignidad humana, en el ordenamiento jurídico español esta no ha sido reconocida como un derecho fundamental autónomo⁹⁷; se trata, según el intérprete supremo del texto constitucional, de un valor jurídico fundamental vinculado a determinados derechos fundamentales⁹⁸. Moralmente podría resultar vejatorio para la mujer que en pleno siglo XXI deba cubrirse el rostro totalmente con un velo integral, nota que no se considera extensible al *hiyab* y al *chador*. Sin embargo, desde el ámbito estrictamente jurídico, el derecho fundamental a la libertad de conciencia y el principio de neutralidad exigen que sea la propia mujer musulmana (y no la sociedad y mucho menos los poderes públicos, puesto que se hallan incapacitados, en virtud del principio de neutralidad, para valorar la legitimidad de las creencias de los ciudadanos, así como las formas que llevan a cabo para exteriorizarlas⁹⁹) la única que debe valorar si es indigno o no usar el velo islámico.

⁹⁴ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 3.º ap. B).

⁹⁵ STS, Sala de lo Contencioso, de 14 de febrero de 2013, FJ 10.º.

⁹⁶ STEDH, S.A.S c. *Francia*, de 1 de julio de 2014, párr. 125.

⁹⁷ STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 4.º.

⁹⁸ STC 53/1985, de 11 de abril, FJ 8.º.

⁹⁹ Véase *infra* nota núm. 107.

Tras lo dicho cabe concluir que la prohibición general de usar el velo islámico en el espacio público abierto no es adecuada ni proporcional para tutelar los fines constitucionales de la protección de la igualdad de género y la dignidad humana de la mujer.

4.2.2. Seguridad pública

Tal vez, la seguridad pública que acoge el art. 3.1 LOLR y que cabe identificar con «la actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano»¹⁰⁰, sea la cláusula principal y que más juego de a la hora de limitar el uso del velo islámico en el espacio público abierto.

Aquí resulta menester diferenciar entre el velo integral (el *niqab* y *burka*) y el que no lo es (*hiyab* y *chador*).

1) Velo integral. Se deben distinguir dos situaciones:

De un lado, la existencia de una amenaza o peligro real y cierto para la seguridad colectiva¹⁰¹. Ello tiene lugar en el contexto de actividades terroristas realizadas por determinados grupos islámicos integristas radicales. En este supuesto, la prohibición general de emplear el velo integral sería proporcionada. Sin embargo, actualmente no existe dato sociológico que acredite dicho peligro en España, por lo que no podría servir de fin constitucionalmente legítimo para sustentar un veto genérico hoy en día.

De otro lado, aun no habiendo un ambiente de terror y violencia para la población, existen algunas situaciones en las que podría restringirse el velo integral. La respuesta (positiva o negativa) para usar dicha vestimenta deberá dilucidarse a partir de un juicio ponderado casuístico aplicando la regla de la proporcionalidad (Motilla, 2012, p. 185). La mayoría de las previsiones legales aplicables, que tendrían como finalidad la identificación de la mujer, pueden ser de dos tipos:

a) La identificación policial: la LOSC posibilita «la identificación de las personas cuyo rostro no sea visible total o parcialmente por utilizar cualquier tipo de prenda u objeto que lo cubra» únicamente para dos situaciones. Por una parte, cuando existan indicios de que la persona haya podido participar en la comisión de una infracción; y por otra, cuando sea necesario para prevenir la comisión de un delito¹⁰². Si se dan estas circunstancias la mujer que lleva el *burka* o el *niqab* podrá ser identificada. Ahora bien, lo que no es admisible es el *racial profiling*: realizar, en el marco de un control general, la identificación singular a la mujer musulmana por el mero hecho de llevar el velo integral en la vía pública. Ello implicaría, cuando menos, una clara discriminación de la mujer debido a sus creencias religiosas (art. 14 CE) y sería, además, contrario a la dignidad humana (art. 10.1 CE)¹⁰³.

b) La identificación administrativa: aquí se incluiría la normativa reguladora de la expedición y renovación de documentos oficiales como el documento nacional de

¹⁰⁰ STC 33/1982, de 8 de junio, FJ 3.º.

¹⁰¹ STEDH, S.A.S. c. *Francia*, de 1 de julio de 2014, párr. 139.

¹⁰² Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, art. 16.

¹⁰³ Respecto a la identificación por motivo de raza véase Lasagabaster (2022, pp. 122-124).

identidad¹⁰⁴, el pasaporte¹⁰⁵ o el permiso de conducir¹⁰⁶, que exigen una fotografía con la cabeza de la persona descubierta y sin ningún tipo de prenda que dificulte la identificación de la persona. Estas limitaciones pueden fácilmente considerarse proporcionadas. Del mismo modo, la identificación administrativa puede operar como límite del velo integral cuando sea necesaria para acceder a edificios públicos, a recintos de concurrencia pública (un servicio administrativo o un espectáculo en el que se requiere tener una mínima edad) o cuando se ejerza un derecho que exige la identificación de la persona (por ejemplo, la participación en un concurso público o la conducción de un vehículo) (Amérigo y Pelayo, 2013, p. 50).

2) *Hiyab* y *chador*. Naturalmente, el uso del *hiyab* y el *chador*, no pueden limitarse apelando a la seguridad pública, puesto que el uso de tales atuendos permite identificar sin problema alguno el rostro o cara de la mujer musulmana.

4.2.3. Neutralidad del Estado

La neutralidad del Estado o laicidad (términos que cabe considerar sinónimos) se proclama en el art. 16.3 CE cuando declara que «Ninguna confesión tendrá carácter estatal». Este valor constitucional, que hace posibles los principios de la libertad e igualdad religiosa (Souto, 2011, p. 100), se sustenta en dos pilares: a) la neutralidad que impide al Estado y a los poderes públicos evaluar la legitimidad de las creencias de los ciudadanos así como las formas llevadas a cabo para exteriorizarlas¹⁰⁷, y b) la separación que presupone la independencia entre el Estado y las confesiones religiosas evitando, como ha señalado el TC, la «confusión entre fines estatales y religiosos»¹⁰⁸. En suma, lo que el Estado no puede hacer es asumir en su producción normativa la doctrina moral de un grupo religioso.

No obstante, el principio constitucional de la neutralidad no puede trasladarse con el mismo rigor a los particulares (Llamazares, 2011, p. 371). Imaginemos el caso de la mujer musulmana que camina con el velo (sea integral o no) por calles, avenidas o plazas para realizar la compra de la semana o que juega con sus hijos en unos toboganes instalados en un parque municipal, por citar algunos ejemplos que conforman el espacio público. Aquel valor constitucional solo vincula al Estado y a sus empleados públicos y no a las personas privadas. Por lo tanto, este límite no puede justificar un veto general a portar el velo islámico en el espacio público abierto.

4.2.4. Orden público inmaterial

Queda, por último, determinar si algunas razones que conforman el denominado orden público inmaterial pueden justificar constitucionalmente la prohibición legal de usar el velo islámico en el espacio público. Entre estos motivos se encuentran los siguientes: la convivencia en común, la incompatibilidad del islam con los valores occidentales y la contrariedad del código de vestimenta de la mujer musulmana con la identidad, cultura, usos, modos y costumbres del Estado español.

¹⁰⁴ Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre, por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados en firma electrónica, art. 5. b).

¹⁰⁵ Real Decreto 896/2003, de 11 de julio, por el que se regula la expedición del pasaporte ordinario y se determinan sus características, art. 4.1 c).

¹⁰⁶ Real Decreto 818/2009, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General de Conductores, anexo III, 1.b).

¹⁰⁷ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 8.º; STEDH, *Eweida y otros c. Reino Unido*, de 15 de enero de 2013, párr. 81.

¹⁰⁸ STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4.º.

Pues bien, el orden público inmaterial no constituye un fin legítimo que pudiera respaldar una disposición prohibicionista de estas características. Existen algunas razones para que esto sea así. Primera, dichos motivos no figuran expresamente ni en la CE ni en la LOLR como límites del derecho fundamental de la libertad de conciencia, por lo que deben ser rechazados en tanto en cuanto estos están sujetos a una interpretación restrictiva; segunda, conceder un carácter vinculante a dichas razones supondría, cuando menos, negar la supremacía del texto constitucional; y tercera, el TC ha señalado que no existen unos hipotéticos principios o valores suprapositivos al margen de los fijados en la CE, ya que, de lo contrario, se estaría negando el orden jurídico establecido por el poder constituyente en aquella (Aláez, 2017, p. 184).

4.2.5. Colofón

Un eventual veto general, abstracto e indiscriminado a usar el velo islámico en el espacio público abierto es contrario a la CE, puesto que se trata de una medida o injerencia desproporcionada en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad de conciencia o de creencias. Las mujeres que usan el *hiyab* y el *chador* pueden hacerlo libremente, ya que ello no afecta, en modo alguno, a ningún elemento que conforma el orden público. En lo que respecta al velo integral (*niqab* y *burka*), este podrá limitarse (que no prohibirse) de forma casuística por aquellas disposiciones normativas dirigidas a la salvaguardia de la seguridad pública en materia de identificación personal a través de un estricto escrutinio del carácter proporcionado de la restricción por parte de los operadores jurídicos (la administración o el juez).

5. Reflexiones finales

Antes de finalizar el presente ensayo, se considera necesario realizar una serie de reflexiones acerca de este tipo de disposiciones prohibicionistas que pretenden sancionar a la mujer musulmana por vestir sus atuendos religiosos en el espacio público abierto.

Este tipo de normas derivan de la psicosis terrorista que existe en Occidente, originada a raíz de los atroces atentados que tuvieron lugar el 11S, 11M y 7J, y que no ha sido superada. Mediante una errónea identificación del islam con el fundamentalismo islámico que propugnan determinados grupos radicales como el yihadismo, ha sido la mujer quien ha pagado la penitencia vetándole vestirse con las prendas que le identifican con su identidad cultural siempre que lo haya decidido de forma voluntaria. En suma, se ha confundido el todo con lo que es la excepción; el islam es una religión de carácter pacífico y la inmensa mayoría de los musulmanes condenan explícitamente el uso de la violencia. Sería aconsejable concienciar a la sociedad sobre ello.

Tampoco cabe ignorar que los argumentos que se vierten en el foro por algunas formaciones políticas para justificar la prohibición se disfrazan con otros de tinte islamófobo y xenófobo, lo cual es contrario al pluralismo que es, no se olvide, un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), a la cláusula antidiscriminatoria (art. 14 CE), la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, que constituyen fundamentos del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE). En otras ocasiones, esta problemática se instrumentaliza mediante la demagogia cuando se acerca algún proceso electoral; se quieren exaltar las almas como arma electoral para ganar votos a costa de prohibir el ejercicio legítimo de un derecho fundamental.

Además, es importante recalcar que estas disposiciones prohibicionistas pueden tener efectos muy adversos para las mujeres musulmanas. El veto arrincona

a la mujer de la vida social y la condena a encerrarse en casa de forma perpetua si es que decide obedecer inexorablemente a su conciencia. Dicha circunstancia impide a la mujer tener acceso a la educación, la cual es una herramienta poderosa y eficaz para integrarla en la sociedad o para que se inserte en el mercado laboral. No se olvide que la cláusula social del art. 9.2 CE obliga «a los poderes públicos a promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social».

Asimismo, aquella medida legislativa amén de estigmatizar a la mujer musulmana (y, consecuentemente, exponerla a eventuales amenazas o agresiones de terceros), puede considerarse por la comunidad islámica como un ataque a su cultura e identidad; al producirse este choque entre civilizaciones, aumenta el riesgo de radicalización de las personas que profesan el islam con las consecuencias que eso conlleva, las cuales lamentablemente todos ya conocemos.

La actitud de un Estado pluralista, como es el Estado español, no debería ser el de invisibilizar una práctica religiosa; como ha indicado la Asamblea Parlamentaria, se deberían realizar, siempre que sea posible, acomodos a las minorías religiosas, con la condición de que los imperativos morales respeten el orden público fijado por el texto constitucional. La doctrina del acomodo razonable, que emana del derecho norteamericano, ha sido acogida implícitamente por el TEDH para resolver algunas cuestiones referidas a la libertad de conciencia como el uso personal de símbolos religiosos masculinos musulmanes o la objeción de conciencia, por citar algunas. La fecunda construcción hermenéutica de la *reasonable accommodation*, que podría canalizarse en el ordenamiento jurídico español por el mandato exegético del art. 10.2 CE e incluirse en el principio de proporcionalidad, exige al Estado una adaptación del derecho para posibilitar las reivindicaciones religiosas, siempre que no lesionen el orden público protegido por la ley. De esta manera, la sociedad se mantiene más cohesionada y se evitan los conflictos en materia de conciencia. Como ha señalado en reiteradas ocasiones la Corte de Estrasburgo, el deber del Estado es asegurar la tolerancia mutua entre los grupos religiosos opuestos y que el papel de las autoridades no es remover la causa de la tensión eliminando el pluralismo, sino asegurar que las comunidades religiosas se toleran mutuamente. Para ello, sería conveniente un diálogo sosegado entre el Estado y la confesión islámica. En este sentido, la Comisión Asesora de la Libertad Religiosa del Estado puede ser el cauce idóneo para ello.

En suma, como en su día sostuvieron las magistradas Nussberg y Jäderblom, no existe un pretendido derecho a no escandalizarse o a sentirse provocado visualmente ante prendas que provienen de diferentes modelos de identidad cultural y religiosa, aunque estén muy alejados de nuestra cultura y estilo de vida, siempre que se ejerzan dentro de los límites que marca la Carta Magna.

Bibliografía

- Aláez, B. (2017). Neutralidad del Estado y símbolos religiosos en el espacio público. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXIII, pp. 217-256.
- Aláez, B. (2012). Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la prohibición del velo islámico integral en Europa. En I. Gutiérrez y M.A. Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad* (pp.121-162). Comares.
- Alenda, M. (2015). *La libertad de creencias y su tutela jurídica*. Tirant lo Blanch.

- Amérigo F. y Pelayo, D. (2013). *El uso de símbolos religiosos en el espacio público en el Estado laico español*. Fundación Alternativas.
- Areces, M.T. (2011). ¿El velo integral, Burka, Niqab, queda amparado por el legítimo ejercicio de la libertad religiosa? *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (26), pp. 1-52.
- Brems, E., Vrielink, J. y Ouald Chaib, S. (2013). Uncovering French and Belgian Face Covering Bans. *Journal of law religion and State*, (2), pp. 85-99.
- Caicedo, N. (2017). La doctrina sobre los límites a los derechos y libertades en el marco del Convenio europeo de derechos humanos. Especial referencia al caso SAS c. Francia. *Revista Internacional Consinter de Direito*, (IV), pp. 155-186.
- Cañamares, S. (2012). La inclusión de los otros: la simbología religiosa en el espacio público. En I. Gutiérrez, y M.A. Presno (eds.), *La inclusión de los otros: símbolos y espacios de la multiculturalidad* (pp. 99-120). Comares.
- Catalá, S. (2009). Libertad religiosa de la mujer musulmana en el islam y uso del velo. En A. Motilla. (coord.), *El pañuelo islámico en Europa* (pp. 45-47). Marcial Pons.
- Contreras, J.M. y Celador, O. (2007). *Laicidad, manifestaciones religiosas e instituciones públicas*. Fundación Alternativas.
- Félix, M.A. (2004). La ley francesa sobre símbolos religiosos. *Laicidad y libertades. Escritos jurídicos*, (4), pp. 309-341.
- Ferreiro, J. (2024). El Velo islámico y la Laicidad. En A. Torres e I. Arjona (coords.), *10 años de Promoción y Defensa de la Libertad Religiosa: análisis, retos y propuestas para el presente y futuro de la libertad de creencias en España y Europa* (pp. 155-181). Dykinson.
- García, A. (2021). Artículo 9. Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En I. Lasagabaster (dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (pp. 486-564). Aranzadi.
- Gutiérrez del Moral, M.J. (2020). El velo islámico: ¿Una causa de discriminación? Especial referencia a su uso en la escuela, en la documentación e identificación y en el ámbito judicial. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. XXXVI, pp. 66-92.
- Labayle, H. (2004). El informe Stasi: origen y contenido. En I. Lasagabaster (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi* (pp. 17-29). Lete.
- Lasagabaster, I. (2004). Jurisprudencia europea sobre la prohibición de llevar el velo islámico. En I. Lasagabaster (dir.), *Multiculturalidad y laicidad. A propósito del informe Stasi* (pp. 91-120). Lete.
- Lasagabaster, I. (2022). La identificación de personas por la policía: su regulación en la ley de seguridad ciudadana. En I. Lasagabaster, N. Arrese y J.I. Cubero (coords.), *Seguridad ciudadana y derechos fundamentales* (pp. 113-145). Atelier.
- Llamazares, D. y Llamazares, M.C. (2011). *Derecho de la libertad de conciencia*. Aranzadi.
- López-Sidro, A. (2004). La mujer y el Islam: La cuestión del velo en España. *Revista de Estudios de Ciencias Sociales*, (11), pp. 71-78.
- Macías, M. (2011). El velo islámico: diversidad cultural y derechos de las mujeres. En M. Revenga, G. Ruiz-Rico, J.J. Ruiz y A. Barrero (coords.), *Los símbolos religiosos en el espacio público* (pp. 133-155). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- Martín-Retortillo, L. (2010). Los ayuntamientos y el régimen jurídico de atuendos y vestimentas. Una aproximación. *Anuario del Gobierno Local*, (1,) pp. 341-365.
- Martín-Retortillo, L. (2015). El debate sobre el uso de los espacios públicos, ¿andar por la calle desnudo o con la cara tapada? *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, (33), pp. 13-72.
- Martínez-Torrón, J. (2009). La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo. *Derecho y Religión*, (4), pp. 87-109.
- Martínez-Torrón, J. (2018). Artículo 16. En S. Muñoz (ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española* (pp. 76-79). Planeta, con la colaboración de las Cortes Generales y el Tribunal Constitucional.
- Motilla, A. (2004). El problema del velo islámico en Europa y en España. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, (20), pp. 87-103.
- Motilla, A. (2012). La prohibición del Burqa islámico en Europa y en España: reflexiones “de iure condendo”. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, (28), pp. 171-196.
- Navarro, R. y Martínez-Torrón, J. (2011). *Conflictos entre conciencia y ley*. Iustel.
- Olmedo, M. (2014). La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S c. Francia [GC], núm.43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos. *Diario La Ley*, (8363), pp. 1-13.
- Polo, J.R. (2012). Libertad de creencias y orden público en la constitución española: claves de interpretación. *Foro. Revista de Ciencias Sociales y Jurídicas*, vol. 15, núm. 2, pp. 213-232.
- Power-Forde, A. (2016). Freedom of Religion and “Reasonable Accommodation” in the Case Law of the European Court of Human Rights. *Oxford Journal of Law and Religion*, (5), pp. 575-603.
- Rawls J. (1979 [1971]). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Reguero, M.T. (2021). Regulación del velo integral en Estos de la Unión Europea. En D. Llamazares y otros (coords.), *El Derecho Eclesiástico del Estado. Homenaje al profesor Dr. Gustavo Suárez Pertierra* (pp. 889-913). Tirant lo Blanch.
- Relaño, E. (2024). Prohibición del velo integral y los derechos de las mujeres: un debate inacabado. En A. Torres e I. Arjona (coords.), *10 años de Promoción y Defensa de la Libertad Religiosa: análisis, retos y propuestas para el presente y futuro de la libertad de creencias en España y Europa* (pp. 365-385). Dykinson.
- Souto, J.A. (2011). *El derecho de libertad de creencias*. Marcial Pons.
- Yusuf, Hakeen (2014). SAS v. France. Supporting ‘living together’ or Forced Assimilation. *International Human Rights Review*, vol.3(2), pp. 277-302.

Derecho a la vivienda e imposición de deberes*

The right to housing and the imposition of duties

Horacio-José Alonso Vidal

Universidad de Alicante

ORCID ID 0000-0003-2645-2657

horacio.alonso@ua.es

Cita recomendada:

Alonso Vidal, H.-J. (2026). Derecho a la vivienda e imposición de deberes. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 218-239.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10381>

Recibido / received: 22/07/2025
Aceptado / accepted: 06/04/2026

Resumen

Este artículo defiende que el derecho a una vivienda adecuada es un verdadero derecho que genera tanto deberes negativos como positivos para poderes públicos y particulares. Primero, se examina el marco constitucional e internacional que reconoce la exigibilidad del derecho a la vivienda. Luego, se aborda la relación teórica entre derechos y deberes, contrastando la visión formalista tradicional con enfoques contemporáneos que justifican la imposición de deberes en función de los derechos. A continuación, se exponen las bases filosóficas de los deberes positivos generales de ayuda al prójimo y su relevancia específica en materia de vivienda. Sobre esa base, el trabajo analiza las obligaciones jurídicas concretas (de respetar, proteger y proveer) vinculadas a este derecho y advierte sobre los límites que deben observarse al imponer deberes para no vulnerar la autonomía individual. En las conclusiones se subraya la necesidad de equilibrar solidaridad y libertad para hacer efectivo este derecho.

Palabras clave

Derecho a la vivienda, deberes positivos, deberes negativos, derechos sociales, autonomía individual, solidaridad.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto Retos de Investigación de la AEI: Gobernanza democrática, brechas de la desigualdad e inteligencia artificial (PID2023-147126OB-I00). Quiero expresar mi agradecimiento a mis compañeros Lucas Misseri y Ángeles Ródenas por sus valiosas observaciones a una versión preliminar del trabajo. Asimismo, agradezco a los dos evaluadores o evaluadoras anónimas las críticas y sugerencias de mejora formuladas. Si no he sabido aprovechar todas sus observaciones para mejorar el estudio aquí presentado, la responsabilidad es exclusivamente mía.

Abstract:

This article argues that the right to adequate housing is a genuine right generating both negative and positive duties for public authorities and private actors. It begins by examining the constitutional and international framework that establishes the enforceability of the right to housing. It then addresses the theoretical relationship between rights and duties, contrasting the traditional formalist view with contemporary approaches that justify duties on basis of the rights. Next, the paper discusses the philosophical foundations of general positive duties to aid others and their specific relevance to housing. On that basis, the work analyses the concrete legal obligations (to respect, protect, and provide) tied to this right, and it cautions about the limits that must be observed when imposing duties so as not to undermine individual autonomy. In conclusion, the need to balance solidarity and freedom is underscored in order to effectively realize the right to housing.

Keywords:

Right to housing, positive duties, negative duties, social rights, individual autonomy, solidarity.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Fundamentos constitucionales e internacionales del derecho a la vivienda. 3. Derechos subjetivos y deberes correlativos: del formalismo jurídico a la exigencia material. 4. Fundamentos filosóficos de los deberes aplicados al derecho a la vivienda. 5. Deberes negativos y positivos como garantías jurídicas del derecho a la vivienda. 5.1. Obligaciones de carácter negativo (respeto y no interferencia). 5.2. Obligaciones de carácter positivo (protección, prestación y promoción). 5.3. Incentivos positivos y deberes de fomento: una vía complementaria. 6. La imposición de deberes positivos y el riesgo de incurrir en el perfeccionismo moral. 7. Conclusiones.

1. Introducción

El derecho a una vivienda se ha consolidado como una aspiración fundamental en las sociedades contemporáneas, enraizado tanto en principios morales universales como en normas jurídicas concretas. La Constitución Española de 1978 reconoce en su artículo 47 que «todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada», obligando a los poderes públicos a promover las condiciones para hacer efectivo ese derecho. Tradicionalmente, sin embargo, este precepto constitucional ha sido interpretado más como un mandato programático de política social que como un derecho subjetivo exigible directamente ante los tribunales¹. Esta visión limitada ha llevado a cuestionar la verdadera naturaleza jurídica del derecho a la vivienda: ¿es meramente un principio orientador sin fuerza vinculante inmediata, o constituye un auténtico derecho subjetivo que impone obligaciones correlativas tanto de abstención (deberes negativos) como de prestación (deberes positivos) a cargo del Estado y, en cierta medida, de los particulares?

¹ Véase, entre otras, la relativamente reciente STC 32/2019, de 28 de febrero de 2019, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) núm. 73, de 26 de marzo de 2019. ECLI:ES:TC:2019:32. En esta resolución el TC avala la regulación constitucionalidad de las medidas introducidas por la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil, en relación con la ocupación ilegal de viviendas al considerar (FJ 6) que «el legislador procesal ha tenido también en cuenta las exigencias derivadas del mandato del art. 47 CE y de los compromisos internacionales asumidos en la materia por el Estado español, al regular mediante la Ley 5/2018 el proceso para la recuperación de la posesión de la vivienda ocupada. La regulación impugnada no puede considerarse por tanto lesiva del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), teniendo además en cuenta que legislador dispone de un amplio margen de apreciación para adoptar disposiciones en materia social y económica». La Sentencia cuenta con un voto particular.

En las siguientes páginas defenderé que el derecho a la vivienda es una exigencia moral y constitucional lo suficientemente fuerte como para generar tanto deberes negativos como positivos. Para ello, analizaré, en primer lugar, el marco normativo –constitucional e internacional– que sustenta este derecho, examinando cómo instrumentos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), así como la jurisprudencia nacional e internacional han ido dotándolo de contenido obligatorio. En segundo lugar, abordaré el fundamento teórico de la correlación entre derechos y deberes, contrastando la perspectiva tradicional (inspirada en Kelsen y la tesis de la correlatividad estricta) con enfoques contemporáneos que subrayan la autonomía del lenguaje de los derechos y la necesidad de deberes positivos para su efectiva protección. Posteriormente, expondré los argumentos filosóficos que justifican la existencia de deberes morales positivos de ayuda –en particular, la teoría de los deberes positivos generales desarrollada por autores como Ernesto Garzón Valdés– y su relevancia para el derecho a la vivienda. Seguidamente, examinaré cómo dichas obligaciones se concretan en el plano jurídico, tanto en las obligaciones negativas (por ejemplo, prohibición de desalojos arbitrarios o no interferencia en el disfrute del hogar) como en las obligaciones positivas (por ejemplo, deber estatal de implementar políticas de vivienda social, medidas que impongan límites razonables al mercado inmobiliario o protección de colectivos vulnerables). Finalmente, terminaré el trabajo con unas conclusiones sobre como «tomarse este derecho en serio» (Dowrikn, 1977) demanda acciones y omisiones concretas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, si bien defenderé que en último término dicha imposición no debe hacerse a costa de una afectación injustificable de la autonomía individual².

2. Fundamentos constitucionales e internacionales del derecho a la vivienda

El derecho a la vivienda cuenta con un doble anclaje normativo: en el derecho interno de muchos países (de rango constitucional o legal) y en el derecho internacional de los derechos humanos. En España, el ya citado artículo 47 de la Constitución consagra el derecho de todos a una vivienda digna, en conexión con el mandato a los poderes públicos de impedir la especulación del suelo y de involucrar a la comunidad en las plusvalías urbanísticas. No obstante, dado que este precepto se ubica en el Capítulo III (Principios rectores de la política social y económica) de la Constitución, tradicionalmente se le negó eficacia directa. Como he señalado anteriormente, el Tribunal Constitucional español solía considerarlo un principio programático, cuya realización dependía de desarrollos legislativos posteriores, careciendo por sí mismo de acciones judiciales de amparo. Esa concepción, sin embargo, ha comenzado a cambiar a la luz de una interpretación integradora del bloque de constitucionalidad³.

² Una precisión de alcance metodológico resulta pertinente antes de proseguir. El análisis que sigue se centra en la dimensión iuspublicista del derecho a la vivienda, esto es, en los deberes y obligaciones que recaen sobre los poderes públicos y en las intervenciones normativas de carácter regulatorio o prestacional del Estado. Esta delimitación no pretende ignorar la relevancia de las instituciones de derecho privado para la efectividad del acceso a la vivienda –la propiedad horizontal, las tenencias intermedias, los contratos de arrendamiento, los derechos de tanteo y retracto o los incentivos a la iniciativa privada son, sin duda, instrumentos cruciales en la política habitacional–, sino que responde a la vocación filosófico-jurídica del trabajo cuyo objetivo es explorar los fundamentos normativos de la imposición de deberes desde una perspectiva de derechos fundamentales. Las políticas de vivienda iusprivatista y, en particular, los mecanismos de incentivo a la oferta por vía fiscal o contractual merecen un tratamiento propio que excedería el objeto acotado de estas páginas. No obstante, sobre la tensión entre el derecho a la vivienda y el derecho de propiedad desde una perspectiva iusprivatista, véase Cuenca Casas (2023).

³ Ponce (2024) destaca, en este sentido, el punto de inflexión que supone la STC 79/2024, de 21 de mayo, publicada en el BOE núm. 152, de 24 de junio de 2024. ECLI:ES:TC:2024:79. En esta Sentencia el Tribunal Constitucional español (TC) avala, en su mayor parte, la constitucionalidad de la Ley (estatal) 10/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda de 2023, de fecha 24 de mayo (LDV), frente a un recurso de inconstitucionalidad planteado por la Comunidad Autónoma Andaluza. El TC rechaza la

En efecto, el artículo 10.2 de la Constitución dispone que las normas relativas a derechos fundamentales se interpreten conforme a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España. Al articular el artículo 47 CE con dichos instrumentos –como el PIDESC de 1966⁴, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) de 1950⁵ y la Carta de Derechos Fundamentales de la UE de 2000⁶– se advierte un giro tendente a reconocer la vivienda como un derecho subjetivo exigible, al menos en ciertos supuestos. Así, el Derecho internacional impone obligaciones concretas en materia de vivienda: el PIDESC, en su artículo 11.1, reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluyendo una vivienda adecuada, y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha enfatizado que los Estados deben tomar medidas deliberadas, concretas y orientadas hacia la plena efectividad de este derecho (Observación General núm. 4, 1991). Conforme a la doctrina de ese Comité, los Estados parte asumen la obligación triple de respetar, proteger y satisfacer (o realizar) el derecho a la vivienda. Dicho de otro modo: deben abstenerse de interferir injustificadamente en el disfrute de una vivienda (deber de respeto, típico deber negativo), prevenir que terceros violen el derecho (deber de proteger, que combina abstenciones y acciones de regulación) y adoptar las medidas necesarias, hasta el máximo de recursos disponibles, para asegurar el acceso a una vivienda adecuada, especialmente a los grupos más vulnerables (deber de satisfacer o cumplir, claramente un deber positivo). Esta caracterización híbrida del derecho a la vivienda, que genera obligaciones negativas y positivas simultáneamente, contradice la idea de que se trate de un mero derecho asistencial unilateral. Por el contrario, implica un haz complejo de deberes jurídicos de diversa índole.

En el ámbito europeo se encuentran también reconocimientos y desarrollos importantes. La Carta Social Europea de 1996⁷ consagra expresamente en su artículo 31 el derecho a la vivienda, obligando a los Estados a tomar medidas para promover el acceso a una vivienda digna, prevenir y reducir la situación de personas sin hogar, y hacer asequible el costo de la vivienda. Así, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha emitido decisiones relevantes que configuran estándares: por ejemplo, ha establecido que los desalojos forzados deben ir acompañados de garantías como alojamiento alternativo, prohibición de ejecutar desalojos en invierno o de noche, etc., para no incurrir en violaciones de la Carta.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), aunque no se reconoce explícitamente un derecho a la vivienda en el CEDH, ha tutelado aspectos de este a través de otros derechos, en especial el derecho a la vida privada y familiar y al domicilio (artículo 8 CEDH) y el derecho a la propiedad (artículo 1 del Protocolo 1). Así, por ejemplo, la jurisprudencia del TEDH ha exigido que toda medida de desalojo o lanzamiento que afecte el hogar de una persona sea proporcionada y se examine su carácter necesario en una sociedad democrática, aun cuando medie un título legal para la desocupación. Así, en algunos casos paradigmáticos, ha

inconstitucionalidad solicitada sobre numerosos preceptos legales y solo considera contrarios a la Constitución Española (CE) un artículo, el 16, una disposición transitoria, la primera, un apartado de un artículo, el tercero del 27, un párrafo de un apartado de un artículo, el 27.1 y una frase del art. 19.3. No obstante, la Sentencia contiene un voto particular suscrito por cuatro magistrados.

⁴ Este tratado fue ratificado por España en fecha 30 de abril de 1977, entrando en vigor el 27 de julio de 1977, BOE núm. 103.

⁵ El Convenio fue ratificado por España en fecha 27 de abril de 1979, entrando en vigor el 1 de noviembre de 1979, BOE núm. 243 de 10 de octubre de 1979.

⁶ Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE) núm. 364, de 18 de diciembre de 2000. Para un análisis detallado sobre la construcción jurisprudencial de un estándar europeo del derecho a la vivienda a través de este instrumento, puede verse Kenna y Simón Moreno (2019).

⁷ Este tratado fue ratificado por España en fecha 11 de junio de 2021, entrando en vigor el 1 de julio de 2021, BOE núm. 139.

detenido desalojos de comunidades vulnerables por considerar que el Estado no ofrecía alternativa habitacional adecuada, lo que convertía al desalojo en desproporcionado (por ejemplo, TEDH, asunto Yordanova y otros c. Bulgaria, sentencia de 24 de abril de 2012; TEDH, asunto Winterstein y otros c. Francia, sentencia de 17 de octubre de 2013).

Asimismo, en materia de regulación de alquileres y control de rentas, el TEDH ha aceptado que los Estados, en ejercicio de su margen de apreciación, limiten ciertos aspectos del derecho de propiedad de los arrendadores con el fin de asegurar viviendas asequibles para grupos de escasos recursos, considerando que tales limitaciones no vulneran el CEDH siempre que sean razonables y proporcionadas al interés social en juego. De hecho, el Tribunal Constitucional, en la STC 26/2025, de 29 de enero, al examinar, nuevamente, la constitucionalidad de la Ley por el Derecho a la Vivienda (LDV), citó la jurisprudencia del TEDH para avalar la constitucionalidad de un tope a los precios del alquiler en zonas de «mercado tensionado». El Tribunal destacó que en varios países europeos existen límites al alquiler en áreas de alta demanda, «sin que tales límites hayan sido considerados por el TEDH como contrarios al derecho de propiedad, salvo cuando resultan manifiestamente irrazonables», concluyendo que la medida española perseguía una finalidad legítima –la garantía del derecho a una vivienda digna y asequible (art. 47 CE) para colectivos vulnerables– y respetaba el contenido esencial de la propiedad privada, encajando así en la función social de la misma. Esta referencia jurisprudencial confirma una evolución importante: el derecho a la vivienda emerge no solo como principio inspirador de políticas, sino como parámetro efectivo de constitucionalidad capaz de justificar cargas y deberes jurídicos concretos, tanto para los poderes públicos como para particulares (por ejemplo, grandes tenedores de vivienda), en aras de hacer efectivo su contenido esencial.

En síntesis, el entramado constitucional e internacional vigente ofrece un respaldo normativo explícito para considerar el derecho a la vivienda una exigencia jurídica de primer orden. La obligación estatal de hacer efectivo este derecho no es retórica, sino que comporta la adopción de planes, leyes y actuaciones administrativas que eviten la desnaturalización del mandato constitucional y que atiendan prioritariamente a quienes carecen de hogar o habitan viviendas indignas. Igualmente, comporta abstenciones exigibles, esto es, los poderes públicos no pueden actuar de forma regresiva o lesiva en esta materia (por ejemplo, promoviendo desalojos masivos sin alternativa o desprotegiendo deliberadamente a los arrendatarios), dado que el principio de no regresividad⁸ en Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) impide dismantelar sin justificación los logros ya alcanzados en la realización del derecho.

En consecuencia, el derecho a la vivienda se erige como un verdadero derecho subjetivo de naturaleza mixta: requiere tanto respeto (no interferencia y no discriminación en el acceso a la vivienda), como protección (regulación del mercado del suelo, control de desalojos abusivos y sanción de prácticas especulativas) y realización activa (inversión en vivienda social, subvenciones, planificación urbana inclusiva, etc.). Sobre esta base normativa, pasaré a examinar los fundamentos

⁸ Sobre el principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento jurídico español puede consultarse Agudo Zamora (2017). Este autor critica que la Jurisprudencia constitucional no haya avalado la existencia de un principio de progresividad de los derechos en nuestro ordenamiento jurídico, e incluso ha admitido regresiones sin buscar una suficiente justificación constitucional para ellas y sin tener en consideración las exigencias del principio de no regresividad emanados del Derecho internacional. Por ello, abogaría por una reforma del artículo 53 de la Constitución, incluyendo un nuevo apartado con mención a ciertos elementos de control sobre eventuales medidas regresivas para los derechos sociales.

teóricos y morales que explican por qué de este derecho se derivan ineludiblemente tanto deberes negativos como positivos.

3. Derechos subjetivos y deberes correlativos: del formalismo jurídico a la exigencia material

Un punto clave en la discusión sobre la efectividad del derecho a la vivienda es la relación entre derechos y deberes. Según la clásica tesis de la correlatividad de inspiración kelseniana, tener un derecho equivale estrictamente a que alguien tiene un deber jurídico correlativo, entendido este deber en términos de una conducta exigible cuya inobservancia acarrea una sanción. En este planteamiento –propio del positivismo jurídico normativista más estricto– los derechos subjetivos no serían más que el reflejo de obligaciones preestablecidas en el ordenamiento. Así, según Kelsen (1982), la obligación consiste en aquel comportamiento opuesto al del antecedente de la norma primaria, es decir, al comportamiento que evita la sanción, de suerte que define al derecho subjetivo como un mero reflejo de la obligación jurídica. El deber jurídico es precisamente el no realizar el comportamiento que propicia la sanción. En consecuencia, para Kelsen sería imposible hablar de obligación a menos que exista una sanción. Si no hay sanción, no hay obligación.

Aplicado este esquema al derecho a la vivienda se concluiría que, mientras el legislador no imponga obligaciones explícitas (por ejemplo, deberes legales de proveer vivienda o de abstenerse de desalojar sin causa –esto es, sin un título habilitante válido ni un motivo legalmente previsto como el impago de renta o el fin del plazo contractual) respaldadas por sanciones, no existiría *stricto sensu* un derecho a la vivienda eficaz en sede jurídica. Bajo esta óptica, solo a partir de la LDV –que, por primera vez en España, detalla una serie de deberes y acciones en materia de vivienda– podría hablarse de la entrada en vigor de un verdadero derecho subjetivo a la vivienda.

No obstante, varios teóricos del derecho han criticado esta visión reduccionista por ignorar la naturaleza justificativa y dinámica de los derechos fundamentales. Así, Laporta San Miguel (1987) puso de manifiesto que la tesis de la correlatividad fuerte incurre en un error conceptual: invierte la relación entre derechos y deberes. Así, en la comprensión cotidiana, primero reconocemos la existencia de un derecho (por ejemplo, el derecho a X por ser X esencial para la dignidad o la autonomía de la persona) y, en virtud de ese derecho, atribuimos las obligaciones correspondientes a terceros o al Estado. Dicho de otro modo, no tenemos derecho a la vivienda porque la ley nos conceda una prestación o una acción judicial al respecto, sino que la ley debe concedernos esas protecciones porque –previamente– tenemos derecho a una vivienda digna. Laporta subraya que los derechos funcionan como razones justificatorias para la creación de normas y deberes, no meramente como reflejo de estos. Además, advierte que no debe confundirse la ausencia de eficacia inmediata de un derecho con su inexistencia jurídica: puede existir un derecho reconocido (por ejemplo, en la Constitución o en un tratado) y, sin embargo, carecer este de desarrollos normativos suficientes, lo que no implica que tal derecho no exista, sino que sus técnicas de protección son deficitarias o incompletas. Aplicando esta idea al derecho a la vivienda, la falta histórica de mecanismos de exigibilidad no niega la vigencia del derecho en nuestro ordenamiento, sino que denuncia un incumplimiento estatal de la obligación de implementar las garantías adecuadas.

De este modo, desde la teoría de los derechos fundamentales contemporánea, autores como Ferrajoli (2001) o Alexy (2007) han elaborado distinciones conceptuales que arrojan luz sobre la pluralidad de deberes implicados por los derechos sociales.

Así, Ferrajoli, en su teoría garantista, clasifica los derechos fundamentales en dos grandes categorías: derechos de libertad (o negativos) y derechos sociales (o positivos), atendiendo al tipo de deber primario que comportan. Los derechos de libertad –por ejemplo, la libertad de expresión o la integridad física– imponen primariamente deberes de no hacer (prohibiciones de interferencia); son pretensiones frente al Estado y terceros para que se abstengan de violar la esfera protegida. En cambio, los derechos sociales –como la salud, la educación o la vivienda– requieren fundamentalmente deberes de hacer a cargo de los poderes públicos (prestaciones o acciones positivas).

Para Ferrajoli, la diferencia estriba en que los primeros (libertades negativas) obligan al Estado a un límite o abstención, mientras que los segundos (sociales positivos) establecen vínculos o mandatos de acción para los poderes públicos. De este modo, los derechos sociales solo pueden ser violados por omisión, al no actuar la autoridad cuando debería, mientras que los de libertad solo se violan por acción prohibida (por ejemplo, censurando, deteniendo arbitrariamente, etc.). Por otro lado, observa Ferrajoli que las garantías primarias de los derechos de libertad suelen estar explicitadas en la Constitución (por ejemplo, nadie será sometido a tortura o se garantiza la libertad de prensa), de forma que cualquier ley contraria es de inmediato inconstitucional, mientras que en los derechos sociales la Constitución enuncia objetivos cuyo cumplimiento requiere posteriores desarrollos legislativos; si estos faltan, la violación del derecho se manifiesta como una laguna (una omisión del legislador), más que como un acto ilícito en concreto. La visión ferrajoliana es útil para resaltar que derechos como el de la vivienda intrínsecamente conllevan deberes positivos (proveer condiciones materiales) además de negativos, pero no supone que estemos ante compartimentos estancos.

Por su parte, la concepción de los derechos fundamentales como principios, tal y como la formula Alexy (2007), ofrece un marco teórico para justificar la intervención del Estado en la garantía de los derechos sociales. En efecto, al considerar que estos derechos imponen mandatos de optimización que deben realizarse en la mayor medida posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas, su teoría permite fundamentar la adopción de políticas públicas activas, incluso en contextos de escasez de recursos. Sin embargo, las aproximaciones de Ferrajoli y Alexy se muestran menos operativas cuando se trata de identificar los deberes concretos que pueden imponerse a particulares en relaciones horizontales. La indeterminación estructural propia de los principios dificulta la delimitación precisa de las obligaciones exigibles en estos casos, lo que obliga a recurrir a otros enfoques normativos para completar el análisis y justificar también que los derechos sociales puedan imponer deberes a los particulares.

En este sentido, Añón Roig (2010) ha criticado la supuesta superioridad jerárquica de los derechos civiles y políticos respecto de los derechos sociales y la asimetría en la imposición de deberes que ello supondría. Así, según esta distinción clásica, los primeros serían derechos de libertad, de estructura negativa, exigibles judicialmente y dotados de plena fuerza normativa; los segundos, en cambio, tendrían una estructura positiva, dependerían de la disponibilidad presupuestaria y su eficacia sería meramente programática o política. Para esta autora, dicha distinción ha servido históricamente para excluir a los derechos sociales de las garantías jurídicas plenas, relegándolos al terreno de las buenas intenciones o de la política pública discrecional, lo que no estaría justificado, «máxime cuando los derechos sociales se encuentran reconocidos en textos jurídicos con el mismo rango que los civiles y políticos» (Añón Roig, 2010, p. 16).

Desde un punto de vista filosófico, Añón Roig sostiene, además, que los derechos sociales están íntimamente ligados a las condiciones materiales necesarias para el ejercicio efectivo de los derechos civiles. El derecho a la salud, a la educación o a la vivienda no son prestaciones accesorias: son prerrequisitos para que las personas puedan desarrollar su autonomía y participar en igualdad en la vida política y social. Su fundamentación ética se apoya en teorías de las necesidades humanas –como las de Doyal y Gough– que reconocen la universalidad de ciertas condiciones básicas para la vida digna. Por tanto, negar la exigibilidad de estos derechos equivale a negar el contenido sustantivo de la ciudadanía. Añón Roig concluye que el principio de igualdad y la legitimidad democrática exigen que no existan jerarquías normativas entre categorías de derechos.

En conclusión, una mayoría de la doctrina considera que todo derecho fundamental implica un espectro de obligaciones positivas y negativas⁹, de tal suerte que, como sintetizó Shue (1980), cualquier derecho básico –sea de libertad o social– genera al menos: (i) deberes de no privar (no infringir activamente el derecho), (ii) deberes de proteger frente a privaciones por terceros y (iii) deberes de ayudar o proveer los medios para disfrutarlo. Esta caracterización amplia refleja cómo incluso los llamados derechos sociales tienen componentes de abstención (por ejemplo, no demoler asentamientos informales sin reubicación, no discriminar en el acceso a la vivienda) y los derechos clásicos de libertad pueden requerir acciones positivas (por ejemplo, garantizar recursos judiciales efectivos para reclamar frente a una detención arbitraria o prestar asistencia jurídica gratuita al afectado). Por consiguiente, resulta cada vez menos aceptable la antigua dicotomía que contraponía derechos meramente programáticos (sin deberes exigibles) frente a derechos subjetivos plenos (con deberes correlativos inmediatos).

La tendencia doctrinal y jurisprudencial es reconocer la exigibilidad gradual y multifacética de derechos como el de la vivienda: si bien puede requerir medidas progresivas y está condicionado por recursos disponibles, de él se derivan ya obligaciones jurídicas concretas de comportamiento, cuya inobservancia lesiona el derecho. En palabras del Tribunal Constitucional, la garantía del derecho a una vivienda digna y adecuada constituye una «finalidad legítima» (STC 26/2025, de 29 de enero, FJ 4; STC 190/2025, de 16 de diciembre de 2025, FJ 5) que debe permear la actuación de los poderes públicos y la regulación de derechos de terceros (incluyendo, por ejemplo, limitaciones al derecho de propiedad inmobiliaria). Del derecho nacen así deberes tanto negativos (no dañar, no obstaculizar, no excluir) como positivos (proteger, asistir, promover) que, en conjunto, buscan realizar el valor especial que la vivienda tiene para la dignidad humana y la participación en la vida social. A continuación, profundizaré en la fundamentación ética de estos deberes, lo cual reforzará la idea de que no se trata únicamente de construcciones legales abstractas, sino de exigencias morales sustantivas.

4. Fundamentos filosóficos de los deberes aplicados al derecho a la vivienda

Más allá del plano normativo, el derecho a la vivienda encuentra sustento en consideraciones éticas y filosóficas que reivindican la obligación de socorro y asistencia mutua en sociedad. La pregunta de fondo es: ¿tenemos los individuos y los

⁹ Por supuesto, ello no implica que no habría autores contrarios a esta postura. Así, por ejemplo, Nozick (1990) sostiene una concepción fundamentalmente negativa de los deberes. Para este autor, los derechos son «*side constraints*» –restricciones laterales– que limitan lo que otros pueden hacer, especialmente el Estado. Nozick rechaza la idea de que exista un deber estatal general de proveer bienes o servicios –como salud, educación o vivienda– en virtud de derechos fundamentales. En consecuencia, para Nozick, los derechos son fundamentalmente de no interferencia.

poderes públicos algún deber moral de ayudar a que otras personas dispongan de una vivienda, o solo estamos obligados a no interferir en su búsqueda de vivienda? La tradición liberal clásica tendió a privilegiar los deberes negativos (de no causar daño, de no violar la libertad ajena) y a considerar los deberes positivos generales (como el deber de ayudar a quienes lo necesitan) como meras virtudes encomiables, pero no auténticas obligaciones exigibles. Sin embargo, numerosos filósofos contemporáneos han refutado esa visión asimétrica, demostrando que ciertos deberes positivos –como el deber de evitar que otro ser humano caiga en la miseria absoluta o en la indigencia– son tan fundamentales como los negativos.

Un referente importante en este debate es la obra de Ernesto Garzón Valdés, específicamente su análisis sobre la justificación de «los deberes positivos generales». Garzón Valdés (1986) define estos deberes como aquellas obligaciones de asistencia al prójimo que no dependen de una relación especial (contractual, familiar o de otra índole) entre quien las cumple y quien se beneficia. Se trata de mandatos éticos universales: cualquier persona, por el hecho de convivir en sociedad y poder prestar ayuda a otra en necesidad, tiene –*prima facie*– el deber de hacerlo, siempre que el coste para sí mismo sea razonable o suponga un sacrificio trivial en comparación con el beneficio que aporta. Este tipo de deber general de ayuda subyace, por ejemplo, a la condena moral de la omisión de socorro: intuitivamente juzgamos reprochable que alguien no haga nada por salvar a un niño que se ahoga en un estanque cuando podría hacerlo sin riesgo considerable¹⁰.

En el contexto del derecho a la vivienda, equivaldría a postular que los miembros de la sociedad (y sus instituciones) están obligados a auxiliar a quienes carecen de un techo, en la medida en que puedan hacerlo sin incurrir en sacrificios desproporcionados. Garzón Valdés aborda las objeciones clásicas contra la admisibilidad de estos deberes positivos generales y ofrece respuestas que fortalecen la legitimidad de estos. Cabe resumir cinco de dichos contra-argumentos y sus réplicas, adaptándolos al tema que nos ocupa, en los siguientes términos:

(1) Argumento de la imperfección: se alega que los deberes positivos son imperfectos porque generarían meros beneficios difusos sin un titular concreto con derecho a exigirlos, a diferencia de los deberes negativos que corresponden a derechos subjetivos claros (por ejemplo, mi deber de no lesionar a alguien corresponde al derecho de esa persona a su integridad). En materia de vivienda, este argumento implicaría que ayudar a que otros tengan vivienda no crea un derecho exigible a una persona determinada. Garzón Valdés refuta esta idea señalando que impedir que alguien recupere o conserve una condición básica de vida constituye también un daño. Si una familia queda en la calle tras un desalojo y las instituciones o la sociedad en su conjunto le dan la espalda, no estamos ante una ausencia neutra de beneficio, sino ante la prolongación de un perjuicio grave (falta de cobijo) que bien puede equipararse, en sus efectos, a causar un daño. Por tanto, hay un interés concreto lesionado y una víctima identificable, lo que desmiente la supuesta imperfección del deber positivo.

(2) Imposibilidad y caos: otra objeción sostiene que, si existiera un deber general de ayudar, todos tendríamos que ayudar a todos todo el tiempo, lo cual es impracticable y sumiría a la sociedad en el caos por duplicación de esfuerzos o interferencias. Aplicado al caso de la vivienda, se diría que pretender que cada ciudadano asuma la carga de alojar o socorrer a cualquier persona sin hogar sería caótico e imposible. Garzón responde que este escenario apocalíptico solo ocurriría en ausencia de coordinación. La solución está en estructurar los deberes de ayuda

¹⁰ Este ejemplo está tomado de Singer (1984, p. 285)

mediante una división del trabajo social, de modo que las cargas se repartan eficientemente. Siguiendo incluso a filósofos liberales como Nozick en su propuesta de «mano invisible» para distribuir responsabilidades, cabe concebir sistemas donde el Estado social organiza la solidaridad: por ejemplo, a través de impuestos y políticas públicas se colectiviza el deber de proveer vivienda, evitando que recaiga de forma caótica sobre altruismos individuales dispersos. Así, lejos de generar anarquía, los deberes positivos bien diseñados fortalecen el orden social al atender necesidades básicas de forma planificada.

(3) Opcionalidad o sustitución por terceros: se arguye, asimismo, que los deberes de ayuda son opcionales, porque siempre cabe que otro realice la acción en nuestro lugar; en cambio, si yo incumplo un deber negativo (por ejemplo, robo o lesiono), el daño ocurre inexorablemente por mi acción. En la crisis habitacional esto equivale a pensar: No tengo obligación de ayudar a esa persona sin techo; quizá otra institución o individuo lo hará. Garzón rebate esta postura recordando casos como el célebre asesinato de Kitty Genovese, presenciado por muchos vecinos que no intervinieron porque esperaban que otros lo hicieran. Cuando todos se consideran exonerados porque alguien más podría actuar, el resultado es una omisión colectiva inexcusable. La ausencia de ayuda de cada uno contribuye a la perpetuación del mal (la persona sigue sin vivienda) y la responsabilidad moral es compartida, pero real. En última instancia, si todos piensan que otro lo hará, nadie lo hace; por ende, el deber positivo nos atañe individualmente a todos, salvo que estemos seguros de que otro agente efectivamente cumplirá la tarea –lo que en materia de derechos sociales nunca es garantía si cada uno declina su cuota de responsabilidad–.

(4) Dilema de los sacrificios triviales. El filósofo James Fishkin (1982) planteó que la suma reiterada de pequeños sacrificios morales puede acabar destruyendo la estructura de motivaciones del individuo: si se nos exige ayudar una y otra vez, aunque cada ayuda sea trivial, el compromiso constante termina por volverse heroico y erosionar la moral personal. Trasladado a nuestro tema: si a un ciudadano se le pidiera ceder recurrentemente parte de su ingreso o patrimonio para vivienda ajena, su altruismo podría colapsar. La réplica a este dilema consiste en advertir que la obligación moral no demanda sacrificios triviales infinitos a una misma persona. Bien administrada, la carga se distribuye en la sociedad y en el tiempo: por ejemplo, contribuir vía impuestos progresivos al erario que financia vivienda social es un sacrificio acotado y compartido, no una gesta heroica diaria. Además, como señala Garzón Valdés, lo que convierte los sacrificios triviales en excesivos es ignorar que su costo se incrementa con el tiempo; con adecuados períodos de descanso o relevo, ayudar no conduce a la autoexplotación moral. Por tanto, establecer deberes positivos generales con criterios de razonabilidad y proporcionalidad evita socavar la ética individual e incluso la refuerza al convertir la solidaridad en norma social asumida por todos.

(5) Diferencia acción/omisión: por último, una objeción muy arraigada afirma que no hacer el bien (omisión) no es tan reprochable como hacer el mal (acción dañina). En consecuencia, los deberes positivos no tendrían la misma fuerza moral que los negativos. Este razonamiento implica, respecto a la vivienda, que no ayudar a una familia sin hogar sería lamentable, pero no equiparable a desalojarla activamente de su casa. Garzón Valdés desmonta esta distinción tajante enfatizando que la omisión intencional puede ser tan moralmente reprochable como la acción cuando se omite auxiliar sabiendo del grave daño que tal inacción ocasionará. Así, la ausencia de una diferencia causal relevante entre el perjuicio causado por acción y por omisión voluntaria hace injustificable una distinción moral rígida. Al fin y al cabo, si una persona muere de frío en la calle mientras múltiples actores (gobierno, sociedad) optan por no socorrerla, el resultado nefasto –la pérdida de una vida–

podría haberse evitado mediante la acción debida; la línea entre matar y dejar morir, entre desalojar y no realojar, se vuelve sumamente delgada en términos de responsabilidad ética.

Rebatidas estas objeciones, Garzón Valdés fundamenta positivamente la necesidad de reconocer deberes morales de ayuda. Sostiene que las mismas razones que justifican los deberes negativos –la vida en sociedad, la protección de la autonomía individual y la universalización de normas imparciales– extienden su validez a los deberes positivos. En efecto, una comunidad no puede sostenerse solo impidiendo que sus miembros se perjudiquen mutuamente; también requiere una mínima cooperación para asegurar el disfrute de los bienes básicos sin los cuales la autonomía y la propia vida peligran.

Siguiendo un argumento de coherencia kantiana, Garzón Valdés invoca el principio de universalización: no es racional pretender que los demás me auxilien en caso de necesidad (por ejemplo, que me rescaten si mi vivienda se incendia o que exista asistencia pública si caigo en la indigencia) y simultáneamente sostener que yo no estoy obligado a auxiliar a otros en situaciones análogas. Como señaló Leibniz en su crítica al egoísmo y Kant desarrolló en la *Metafísica de las Costumbres*, quien desea ser ayudado cuando sufra una desgracia se ve compelido, por consistencia práctica, a admitir un deber general de ayuda mutua. De lo contrario, caería en una contradicción performativa: sus razones para pedir auxilio carecerían de validez universal. Así, por identidad de razones, si considero que mi vida y seguridad merecen protección activa por parte de otros, debo aceptar que la vida y seguridad de esos otros –incluida la necesidad de vivienda para vivir con dignidad– imponen a su vez obligaciones positivas a mi cargo.

Por otro lado, consideraciones pragmáticas fortalecen la postura favorable a los deberes positivos. Desde una perspectiva consecuencialista moderada, puede argüirse que los deberes morales son medios para proteger ciertos bienes primarios indispensables para cualquier proyecto de vida como sostiene Rawls. La simple observancia de no dañar al prójimo (deberes negativos) no basta para garantizar que todos dispongan de esos bienes básicos; hace falta además una acción concertada para proveerlos cuando escasean. La vida, la salud, la integridad física, la subsistencia material son condiciones *sine qua non* de la libertad y la igualdad reales. Por ende, una sociedad justa deberá articular deberes positivos –como el auxilio a quien está en extrema necesidad– para salvaguardar esos bienes primarios. En el caso de la vivienda, sin un hogar seguro y adecuado, la participación plena en la sociedad y el ejercicio de otros derechos (educación, familia, trabajo, etc.) se ven gravemente menoscabados; asegurar al menos un nivel mínimo de vivienda para todos redundaría en un aumento de la libertad efectiva y de la igualdad de oportunidades.

En conclusión, la propuesta de Garzón Valdés sobre la fundamentación de los deberes positivos se basa en que los deberes positivos, al igual que los negativos, se justifican en la necesidad de proteger bienes valiosos, considerando que la omisión de ayudar puede ser considerada causa de un daño.

No obstante, González Lagier y Ródenas (2007) muestran que este razonamiento de Garzón Valdés, aparentemente sencillo, encierra una notable complejidad filosófica. El eje de la crítica de estos autores gira en torno al uso del concepto de causa. Según González Lagier y Ródenas, si se adopta una noción adscriptiva de causalidad, es decir, aquella que imputa causalidad según criterios normativos, el argumento incurre en circularidad: se supone la existencia del deber para justificarlo, lo cual es una petición de principio. Por otro lado, si se recurre a una

noción empírica basada en regularidades fácticas, el argumento se debilita, ya que muchas omisiones que deseamos considerar moralmente reprochables (como no contribuir a paliar la pobreza extrema) son lamentablemente comunes y por tanto no anómalas dentro del contexto causal.

La alternativa que proponen es centrar la atención en la mera eficacia causal de la omisión, es decir, en su papel como condición necesaria del daño, sin que sea imprescindible calificarla como causa en sentido estricto. No obstante, esta estrategia sólo aporta una mitad del argumento: aún sería necesario desarrollar una justificación normativa que determine por qué esa condición causal concreta merece ser objeto de una prohibición moral o jurídica. La conclusión a la que llegan es que no basta con invocar relaciones causales –ni siquiera eficacia causal– para fundamentar deberes positivos generales; se requiere, adicionalmente, un razonamiento normativo más elaborado que incluya juicios sobre principios, valores y proporcionalidad, del mismo modo que ocurre con los deberes negativos.

En este sentido, Singer (2024) aboga por el «círculo moral en expansión», señalando que nuestra empatía y sentido de justicia deben ampliarse para incluir a todos los seres humanos (y aun otros seres sintientes) antes relegados fuera de nuestro ámbito de preocupación. En materia de pobreza y necesidades básicas, Singer propone el deber de hacer sacrificios modestos para mejorar radicalmente la vida de otros. Esta exigencia, lejos de ser incompatible con los valores liberales, se presenta como un imperativo de coherencia ética en sociedades opulentas donde conviven la abundancia y la carencia extrema.

Aplicada al derecho a la vivienda, la expansión del círculo implica reconocer a las personas sin hogar o en infraviviendas como integrantes plenos de nuestra comunidad moral, merecedores de recursos y esfuerzos para garantizarles un techo. Lejos de conducir al caos o a la explotación del ciudadano cumplidor, la asunción generalizada de pequeños deberes de solidaridad (por ejemplo, pagar impuestos finalistas para vivienda social, aceptar ciertas restricciones a la especulación inmobiliaria, apoyar iniciativas de acogida temporal) puede lograrse sin lesionar los principios de autonomía individual e igualdad. En suma, una ética normativa completa, que aspire a la eficacia pragmática, debe incorporar tanto deberes negativos como positivos; solo así se satisfacen plenamente las demandas de humanidad y justicia que los derechos sociales –como el de la vivienda digna– plantean.

5. Deberes negativos y positivos como garantías jurídicas del derecho a la vivienda

Asentados los fundamentos éticos, corresponde explorar cómo se traducen en la práctica jurídica los deberes negativos y positivos derivados del derecho a la vivienda y a quiénes obligan principalmente. Tradicionalmente, se ha entendido que los derechos económicos, sociales y culturales imponen sus obligaciones primarias al Estado (en sus distintos niveles: central, autonómico y municipal), dado su papel de garante de los fines sociales colectivos. Sin embargo, cada vez cobra mayor relevancia el concepto de obligaciones horizontales de los derechos humanos (Pisarello, 2009; Abramovich y Courtis, 2002), es decir, deberes que también atañen a particulares y empresas en la medida de su participación en la satisfacción u obstaculización de dichos derechos. En el campo de la vivienda, esto significa que no solo el Estado debe abstenerse de violar y debe actuar para proveer vivienda, sino que asimismo los propietarios, arrendadores, entidades financieras y otros agentes privados tienen responsabilidades jurídicas vinculadas al derecho a la vivienda de las personas.

5.1. Obligaciones de carácter negativo (respeto y no interferencia)

Los deberes negativos asociados al derecho a la vivienda exigen, ante todo, no realizar conductas que priven arbitrariamente a alguien de su hogar o que impidan su acceso a una vivienda adecuada. Para el Estado, el deber de respeto implica evitar actuaciones directas lesivas: por ejemplo, no puede llevar a cabo desalojos forzados masivos sin las debidas garantías legales y sin proveer una alternativa habitacional, pues ello vulneraría el derecho al domicilio y podría constituir un trato inhumano o degradante en ciertas circunstancias. Tampoco debe promulgar leyes regresivas que empeoren la protección existente del derecho a la vivienda, salvo en situaciones excepcionales justificadas por un interés público imperioso (principio de no regresividad, consagrado por el PIDESC). Además, el Estado debe abstenerse de discriminación en políticas de vivienda: por ejemplo, no puede denegar el acceso a vivienda social por motivos de género, raza, origen social u otros criterios sospechosos, ya que ello violaría el principio de igualdad y el disfrute universal del derecho.

En cuanto a los particulares, los deberes negativos se traducen en la prohibición de conductas que lesionen el derecho a la vivienda de otros. Un propietario privado, por ejemplo, tiene el deber de no perturbar ilegalmente la posesión de la vivienda por parte de su inquilino; no puede recurrir a la autotutela violenta (cambios de cerradura, cortes de suministros) para expulsarlo, sino que debe ceñirse a los procedimientos judiciales establecidos. Igualmente, los arrendadores o agentes inmobiliarios tienen prohibido discriminar a posibles arrendatarios (por ejemplo, rechazar a familias por tener niños, o por su origen étnico), ya que tal discriminación configura una vulneración del derecho a una vivienda adecuada en condiciones de igualdad. Estos deberes negativos privados suelen derivarse de leyes civiles o administrativas: la Ley de Arrendamientos Urbanos y la LDV, entre otras, concretan sanciones por incumplirlos. Pero subyace a ellas el reconocimiento de que el derecho a la vivienda impone límites a la autonomía privada en el mercado inmobiliario en pro de la dignidad y seguridad del arrendatario.

El TEDH ha jugado un rol importante precisando el alcance de estos deberes negativos, especialmente del Estado, al establecer estándares para evaluar la proporcionalidad de un desalojo. En casos como TEDH, asunto McCann c. Reino Unido, sentencia de 13 de mayo de 2008, el TEDH consideró que, incluso tratándose de una vivienda alquilada privadamente, las autoridades deben asegurarse de que el desalojo no sea desproporcionado y que se contemple el impacto en los ocupantes, pues su hogar está en juego (art. 8 CEDH). Es decir, el Estado no puede desentenderse completamente del ámbito privado de las relaciones arrendaticias cuando está en riesgo el derecho al hogar de una familia; debe mediar cierta protección incluso frente a particulares. Este criterio se vincula con los deberes de protección que analizaré a continuación, pero muestra cómo la frontera entre lo negativo y lo positivo se difumina: a veces no interferir efectivamente en un derecho (no permitir su destrucción) implica impedir que otros interfieran, lo cual requiere una acción de tutela.

5.2. Obligaciones de carácter positivo (protección, prestación y promoción)

Los deberes positivos del derecho a la vivienda son quizás los más característicos y exigentes, pues requieren actuaciones efectivas para hacer realidad el contenido del derecho. Tradicionalmente, se distinguen varias dimensiones dentro de las obligaciones positivas estatales: las obligaciones de proteger, facilitar y proveer/satisfacer.

(i) Deber de protección: implica que el Estado debe adoptar medidas para evitar que terceros (particulares o entidades) violen el derecho a la vivienda de alguien. Esto abarca la regulación y fiscalización del mercado inmobiliario para prevenir abusos. Un ejemplo claro es la aprobación de leyes de arrendamientos justos que impidan cláusulas abusivas, aumentos desproporcionados de renta, desalojos sin justa causa, etc. La LDV, por ejemplo, estableció la figura de las zonas de mercado residencial tensionado en las que se aplican límites a la renta inicial de los contratos de alquiler cuando el arrendador es un gran tenedor de vivienda¹¹. Con ello, se busca proteger a los inquilinos de subidas excesivas de alquiler en áreas con escasez de oferta y fuerte demanda, garantizando cierta estabilidad y asequibilidad. El Tribunal Constitucional ha avalado esta medida entendiendo que se trataba de una legítima función protectora del derecho a la vivienda, orientada a colectivos vulnerables y justificada por las circunstancias excepcionales del mercado. Otros ejemplos de deber de protección son: la inspección de edificaciones para que cumplan estándares de habitabilidad (evitando que terceros –por ejemplo, promotores– ofrezcan viviendas ruinosas o insalubres); la penalización de prácticas que dejen a personas sin techo (por ejemplo, sanciones al acoso inmobiliario o proteger a los inquilinos de subidas excesivas de alquiler en áreas con escasez de oferta y fuerte demanda, garantizando cierta estabilidad y asequibilidad. El Tribunal Constitucional ha avalado esta medida entendiendo que se trataba de una legítima función protectora del derecho a la vivienda, orientada a colectivos vulnerables y justificada por las circunstancias excepcionales del mercado. Otros ejemplos de deber de protección son: la inspección de edificaciones para que cumplan estándares de habitabilidad (evitando que terceros –por ejemplo, promotores– ofrezcan viviendas ruinosas o insalubres); la penalización de prácticas que dejen a personas sin techo (por ejemplo, sanciones al acoso inmobiliario o *mobbing* al inquilino para forzar su marcha); y la intermediación en conflictos habitacionales (servicios de mediación en desahucios, asistencia letrada gratuita a familias vulnerables para defender su vivienda, etc.).

(ii) Deber de prestación (satisfacción): Es el más distintivo de los DESC e implica la obligación de dar o hacer algo tangible para garantizar el derecho. En el caso de la vivienda, la prestación por antonomasia es la provisión de vivienda o albergue a quienes carecen de ello. Esto puede adoptar formas diversas: construcción de viviendas públicas o de protección oficial, otorgamiento de subsidios o ayudas al alquiler, entrega de tierras o materiales para autoconstrucción, creación de refugios y centros de acogida para emergencias habitacionales, etc. El PIDESC exige a los Estados tomar medidas, hasta el máximo de sus recursos disponibles, para lograr progresivamente la plena efectividad del derecho a una vivienda adecuada. Si bien esta obligación está matizada por la progresividad y la disponibilidad de recursos, existen mínimos de cumplimiento inmediato: por ejemplo, garantizar que nadie duerma a la intemperie por omisión absoluta de las autoridades (mínimo vital en vivienda). En España, la justiciabilidad directa de esta faceta prestacional ha sido limitada, pero se observan avances: por ejemplo, algunas comunidades autónomas han legislado la función social de la vivienda, habilitando la expropiación temporal del uso de viviendas vacías de grandes propietarios para alojar a familias desahuciadas (por ejemplo, el Decreto andaluz 6/2013, luego invalidado parcialmente por motivos competenciales¹², pero indicativo de esta orientación). Aunque no exentas de

¹¹ Para un análisis sistemático de la ley, puede consultarse Argelich Comelles (2023).

¹² STC 93/2015, de 14 de mayo de 2015, publicada en el BOE núm. 146, de 19 de junio de 2015. El TC consideró probado que existía una emergencia social y económica grave (aumento de desahucios, crisis de vivienda deshabitada) que justificaba el uso del decreto-ley y validó la conexión entre esa necesidad y las medidas legislativas adoptadas. Sin embargo, anuló aquellos preceptos que regulaban el contenido esencial del derecho de propiedad y autorizaban la expropiación del uso de viviendas deshabitadas por entender que afectaban a una competencia estatal básica y podía interferir en la política económica estatal. La Sentencia cuenta con un voto particular.

polémica, medidas así reflejan la creciente convicción de que el Estado social no puede permanecer pasivo ante la emergencia habitacional y debe movilizar recursos e imponer cargas proporcionadas para cumplir el mandato constitucional de vivienda digna.

(iii) Deber de promoción y facilitación: Más allá de proveer directamente llaves de vivienda, el Estado debe crear condiciones generales que faciliten el acceso a la vivienda. Esto incluye, por ejemplo, políticas de suelo: facilitar suelo urbanizado para vivienda asequible, gravar la retención especulativa de terrenos (impuestos), destinar suelo público a viviendas sociales, etc., tal como el propio art. 47 CE ordena regular «la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación». También supone planificar el desarrollo urbano con criterios de inclusión (evitar guetos de marginalidad, garantizar mezclas socioeconómicas equilibradas), promover la financiación accesible (créditos blandos para primera vivienda, cooperativas de vivienda), educar e informar a la población sobre sus derechos (por ejemplo, difundir la existencia de programas de ayuda al alquiler) —este último a veces llamado deber de información, considerado por algunos autores como parte de las obligaciones asociadas a los DESC—.

El Estado actúa, así, como facilitador: remueve obstáculos y brinda apoyo técnico o económico para que los individuos y familias puedan por sí mismas obtener una vivienda.

Correlativamente, cabe plantear qué deberes positivos podrían atribuírseles a los particulares en este ámbito. En principio, las obligaciones de prestación recaen centralmente en la esfera pública; no se puede obligar, por ejemplo, a un ciudadano individual a alojar en su casa a otra persona (salvo situaciones muy excepcionales de auxilio inmediato). Sin embargo, sí existen supuestos donde los privados asumen deberes activos: las empresas constructoras deben destinar un porcentaje de sus promociones a vivienda protegida si así lo establecen las normas urbanísticas; los bancos, tras la crisis financiera, han sido conminados a ofrecer un parque de viviendas vacías en régimen de alquiler social para familias desahuciadas (derivado de convenios con administraciones); las grandes corporaciones inmobiliarias pueden ser obligadas a ceder temporalmente uso de viviendas o pagar multas si las mantienen injustificadamente vacías en medio de una emergencia habitacional (como previó la legislación catalana¹³). Incluso a nivel comunitario local, se han visto muestras de solidaridad institucionalizada: redes vecinales que, de acuerdo con ayuntamientos, organizan programas de acogida temporal en hogares voluntarios, ayudas mutuas para rehabilitación de viviendas degradadas, etc. Aunque estos deberes positivos de particulares suelen basarse en incentivos o acuerdos y no en coacción directa, muestran una tendencia a entender la vivienda como una responsabilidad compartida de la sociedad en su conjunto.

En cualquier caso, la imposición de deberes positivos a particulares debe respetar también otros derechos fundamentales, lo que exige una delicada labor de balance. La STC 26/2025, de 29 de enero, ya mencionada, lo ejemplifica: si bien avaló

¹³ La STC 16/2021, de 28 de enero de 2021, publicada en el BOE núm. 46, de 23 de febrero de 2021, ECLI:ES:TC:2021:16 resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra los Decretos-leyes del Gobierno de la Generalitat de Cataluña 17/2019, de 23 de diciembre, de medidas urgentes para mejorar el acceso a la vivienda, y 1/2020, de 21 de enero, por el que se modifica el anterior, y contra el acuerdo del Parlamento Cataluña de convalidación del Decreto-ley 1/2020. En esta Sentencia el TC admite que las Comunidades Autónomas puedan imponer sanciones por incumplimiento de la función social de la propiedad (por ejemplo, por mantener una vivienda injustificadamente desocupada), pero dentro del marco competencial y respetando las garantías básicas del procedimiento sancionador, que son competencia básica del Estado.

el deber impuesto a grandes propietarios de moderar rentas en pro del derecho a la vivienda, en cambio anuló ciertas disposiciones procesales que imponían a los demandantes (arrendadores o bancos) cargas probatorias excesivas al intentar desalojar ocupantes vulnerables. En concreto, la LDV obligaba al demandante a acreditar que el demandado no estaba en situación de vulnerabilidad (obteniendo certificados administrativos) y a intentar una conciliación previa, todo ello antes de poder ejercer efectivamente la acción de desalojo. El Tribunal consideró que trasladar esa carga al particular resultaba desmesurado y atentatorio contra su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Este ejemplo demuestra que, si bien el Estado puede y debe requerir la colaboración de sujetos privados para garantizar el derecho a la vivienda, dicha exigencia ha de ser proporcionada y no anular indebidamente otros derechos (como el acceso a la justicia o la propiedad misma). La búsqueda de un justo equilibrio es constante: la función social de la propiedad (art. 33.2 CE) legitima ciertas limitaciones al *ius utendi et abutendi* del propietario en aras del bien común de la vivienda, pero tampoco permite despojarle de toda protección legal. De ahí la importancia de enfoques flexibles, como la preferencia por sacrificios triviales mencionada en la filosofía moral: se puede exigir a los particulares un cierto grado de solidaridad (por ejemplo, alquilar con un tope razonable, negociar plazos con un inquilino vulnerable, contribuir vía impuestos), pero no una carga exorbitante que los convierta en los únicos sostenedores del sistema.

5.3. Incentivos positivos y deberes de fomento: una vía complementaria

El catálogo de obligaciones positivas examinado en el apartado anterior se ha centrado en deberes de regulación, prestación y corrección de disfunciones de mercado que, por su propia naturaleza, implican la imposición de cargas o restricciones a determinados agentes, imponiendo límites de renta, sanciones por vivienda vacía, expropiaciones temporales de uso etc. Sin negar la legitimidad constitucional de estas medidas, que el propio Tribunal Constitucional ha avalado dentro de los márgenes de la función social de la propiedad (art. 33.2 CE), conviene completar el análisis con una categoría que la doctrina de las políticas de vivienda denomina «deberes de fomento» o, más descriptivamente, «incentivos positivos», esto es, obligaciones públicas cuyo cumplimiento no se realiza mediante la coacción directa sobre el propietario o arrendador, sino a través de la creación de condiciones suficientemente atractivas para que los operadores del mercado incorporen voluntariamente conductas favorables al acceso a la vivienda¹⁴. Esta vía merece atención específica, porque responde a las exigencias del principio de proporcionalidad y del respeto a la autonomía individual que se examinarán en el apartado siguiente, y porque las experiencias autonómicas y municipales de los últimos años demuestran su viabilidad práctica.

Desde una perspectiva, estos deberes de fomento pueden encuadrarse dentro de la obligación positiva de promoción y facilitación que ya se ha descrito en el subapartado (iii) anterior, pero con una especificidad relevante: el destinatario inmediato de la acción pública no es el titular del derecho (la persona necesitada de vivienda), sino el operador privado al que se dirige el incentivo. Varios ejemplos ilustran este modelo. En materia fiscal, algunas comunidades autónomas han establecido bonificaciones en el IRPF o en el impuesto de patrimonio para arrendadores que alquilen su vivienda a precios inferiores al de mercado o a colectivos vulnerables, de modo que la renuncia temporal a una parte de la renta

¹⁴ Este tipo de políticas se enmarcarían en lo que, en el ámbito de la sociología jurídica, se ha denominado función promocional del derecho, esto es, la capacidad del derecho de incentivar conductas a través de *sanciones positivas*. Un tratamiento analítico de esta cuestión se encuentra en Pérez Lledó (2000).

privada queda compensada por el ahorro fiscal y no genera pérdida neta para el propietario. En el ámbito de las garantías, varios municipios –entre ellos Zaragoza y Barcelona– han puesto en marcha programas de aval público que cubren al arrendador frente al impago de rentas o los daños en el inmueble, eliminando así el principal factor de riesgo que disuade la oferta de alquiler asequible sin necesidad de imponer ninguna obligación coercitiva, medida que finalmente ha sido también implementada en el ámbito estatal¹⁵. La captación de vivienda vacía mediante convenios entre administraciones públicas y propietarios particulares–en los que aquéllas asumen la gestión del alquiler y garantizan el mantenimiento del inmueble a cambio de una renta pactada por debajo del mercado– constituye otra modalidad que ha mostrado resultados positivos en diversas Comunidades Autónomas. Finalmente, los programas de rehabilitación incentivada –subvenciones o préstamos blandos condicionados al compromiso de destinar la vivienda rehabilitada al alquiler social durante un período determinado– combinan la mejora del parque residencial con el aumento de la oferta asequible sin recurrir a la expropiación ni a la sanción, como señala Nasarre Aznar (2020).

Desde el punto de vista filosófico-jurídico que articula este trabajo, la relevancia teórica de estos instrumentos es doble. Por un lado, materializan la idea de Garzón Valdés de que los deberes positivos generales pueden diseñarse de forma que su coste para quien los asume sea razonable –o incluso neutro–, lo que disipa el argumento del sacrificio excesivo que tradicionalmente se opone a la exigibilidad de deberes positivos. Por otro, se alinean con la advertencia contra el riesgo de perfeccionismo moral de la acción pública¹⁶, pues si el Estado puede obtener la cooperación de los agentes privados sin imponerles una concepción sustantiva de la solidaridad –es decir, mediante la articulación de intereses convergentes antes que mediante la coacción–, esa vía resulta no solo más respetuosa de la autonomía individual sino también, probablemente, más eficaz. En definitiva, los deberes negativos, los deberes de regulación y prestación y estos deberes de fomento no son excluyentes: forman un conjunto de instrumentos complementarios que el legislador y las administraciones deben combinar prudentemente en función del contexto y de la proporcionalidad de cada medida.

En suma, el derecho a la vivienda despliega un entramado de obligaciones en cascada: desde la abstención de conductas lesivas hasta la prestación activa de soluciones habitacionales. Este entramado confirma su naturaleza de verdadero derecho fundamental operativo. La vivienda digna, en cuanto condición para la vida en dignidad, impone no solo un mandato político sino una pauta jurídica: quien esté en posición de evitar o paliar la carencia grave de vivienda de otro, tiene cuando menos el deber de no empeorarla y, en la medida de lo posible, de contribuir a remediarla. En el plano institucional, esto se traduce en programas públicos robustos. En el plano social, en un cambio de concepción en la que vivienda deja de verse como un mero bien de mercado para reconocerse como un derecho subjetivo que genera responsabilidades *erga omnes*.

6. La imposición de deberes positivos y el riesgo de incurrir en el perfeccionismo moral.

A lo largo del presente trabajo he defendido la legitimidad de imponer tanto deberes negativos como positivos, incluyendo a los particulares, con el fin de proteger el

¹⁵ Real Decreto 1135/2025, de 10 de diciembre, por el que se determinan las condiciones de la línea de ayudas, por cuenta del Estado, para la cobertura en caso de impagos del alquiler de viviendas para jóvenes y colectivos vulnerables, publicado en el BOE núm. 299, de 13 de diciembre de 2025.

¹⁶ Incidiré sobre esta cuestión en el siguiente apartado.

derecho a la vivienda. Sin embargo, conviene advertir de dos peligros que pueden surgir de esta postura. En primer lugar, el riesgo de que la atribución de tales deberes sirva de excusa para que los poderes públicos se desentiendan de sus competencias primarias en esta materia. En segundo lugar, el peligro de incurrir en una forma de perfeccionismo moral que imponga una visión sustantiva del bien a costa de la autonomía individual.

Respecto del primer riesgo, Rawls (1971) enfatizó que es la estructura básica de la sociedad –y, en especial, las instituciones públicas– la encargada de garantizar el cumplimiento de los principios de justicia. En su concepción, el deber de justicia no puede recaer primordialmente en los individuos, sino en las instituciones encargadas de diseñar un marco equitativo para la cooperación social. Desplazar este deber al ámbito privado vulnera el esquema rawlsiano y debilita la legitimidad democrática del Estado.

En este sentido, resulta especialmente sugerente la propuesta de Waldron (2010), quien defiende que ciertos derechos no deben entenderse únicamente como prerrogativas o garantías frente al poder, sino también como responsabilidades institucionales asignadas a sujetos concretos. En su análisis de los llamados *responsibility-rights*, Waldron sostiene que algunos derechos –como los derechos parentales o los derechos políticos– implican no solo la facultad de actuar, sino también una tarea moral y jurídica que debe ser desempeñada por su titular. Esta concepción resulta útil para repensar el derecho a la vivienda: más que una mera expectativa de asistencia estatal puede ser entendido como una función social atribuida a los poderes públicos y a la comunidad en su conjunto, cuya omisión conlleva la vulneración de responsabilidades institucionales esenciales para garantizar condiciones mínimas de dignidad humana. En este marco, la vivienda deja de ser un bien de consumo individual para convertirse en un elemento estructural del orden democrático, cuyo acceso justo debe ser asegurado como parte del compromiso colectivo con la igualdad y la autonomía de todos.

Por su parte, Dworkin (1983) ha sido claro al advertir contra el perfeccionismo moral, esto es, el intento del Estado de imponer a sus ciudadanos un determinado ideal de virtud o de vida buena. Dworkin distingue entre una política del respeto, compatible con el pluralismo moral, y una política del dominio, que reduce la autonomía personal. En este sentido, imponer deberes positivos amplios sin una justificación basada en el respeto a la autonomía puede derivar en formas de paternalismo jurídico no justificado¹⁷.

En la misma línea, Berlin (2001) también alertó contra la deriva autoritaria del perfeccionismo moral en su distinción entre libertad positiva y libertad negativa. El intento de «forzar a ser libre» bajo la premisa de un bien superior puede conducir, según este autor, a justificaciones peligrosas del autoritarismo, incluso en regímenes bienintencionados. Si el Estado impone comportamientos solidarios por la fuerza, bajo el pretexto de promover la justicia social, se corre el riesgo de instrumentalizar a los individuos como medios para fines ajenos.

En consecuencia, la imposición de deberes positivos en materia de vivienda debe regirse por criterios de proporcionalidad, racionalidad y respeto a la libertad individual. La solidaridad no puede convertirse en coacción moral indiscriminada. Como ha señalado Gaus (2011), un orden político justo debe sostenerse sobre normas que puedan ser razonablemente aceptables para todos los ciudadanos libres e iguales, lo que excluye toda pretensión estatal de uniformar las motivaciones

¹⁷ Sobre el paternalismo jurídico, véase Alemany (2006).

morales. Esto implica que los particulares pueden y deben asumir ciertas cargas – especialmente cuando estas resulten triviales en términos de coste–, pero también que los poderes públicos no deben abdicar de sus funciones centrales, ni pretender construir ciudadanos moralmente mejores por imposición legislativa. La autonomía individual, fundamento último de los derechos fundamentales, debe mantenerse como límite a toda forma de perfeccionismo moral.

7. Conclusiones

A modo de cierre, considero que el derecho a la vivienda ha pasado de ser visto como una aspiración retórica a consolidarse progresivamente como un derecho exigible, respaldado por la moral pública y por el ordenamiento jurídico, capaz de generar deberes tanto de omisión como de acción. Lejos de la noción kelseniana según la cual un derecho solo existe si hay una sanción que lo garantice, hoy entendemos – siguiendo a Laporta y otros autores– que los derechos fundamentales poseen una fuerza normativa propia, actuando como razones últimas que demandan la creación y aplicación de deberes jurídicos.

En el caso del derecho a una vivienda digna y adecuada, esa fuerza dimana de su vínculo esencial con la dignidad humana: tener un hogar no es un lujo ni un favor de la sociedad, sino una condición básica para llevar una vida segura, libre y autónoma. Por ende, reconocer la vivienda como derecho impone mandatos dirigidos a todos los poderes y actores sociales para que ningún individuo se vea privado de un techo donde resguardarse.

Hemos visto que esos mandatos se concretan en una pluralidad de obligaciones. Por un lado, deberes negativos: la prohibición de desalojos arbitrarios o desproporcionados, la interdicción de la discriminación en el acceso a la vivienda, el límite a prácticas especulativas que atenten contra el interés general, en suma, la exigencia de no lesionar el espacio vital que representa el hogar de cada persona. Por otro lado, deberes positivos: la obligación de proteger a los vulnerables (por ejemplo, suspender un lanzamiento cuando afecte a menores o personas dependientes sin alternativa habitacional), de proveer medios para acceder a una vivienda (por ejemplo, vivienda pública, ayudas económicas, créditos asequibles), de planificar ciudades inclusivas y sostenibles.

Estos deberes positivos –lejos de ser una carga insoportable o una entelequia voluntarista– se apoyan en sólidos argumentos éticos que los legitiman: la coherencia universalizable (no puedo negar a otros lo que reclamo para mí), la responsabilidad compartida en evitar males gravísimos cuando su costo de alivio es asumible, la unidad de la razón práctica que no distingue injustificadamente entre daños por acción y por omisión y la propia evolución histórica hacia Estados comprometidos con el bienestar material de sus ciudadanos.

La experiencia jurídica comparada muestra que es posible hacer justiciables ciertos contenidos del derecho a la vivienda –por ejemplo, exigir a las autoridades planes razonables de vivienda y una asistencia mínima a las personas sin hogar– sin sustituir a los órganos democráticos en su función de formular políticas públicas. Los tribunales, a través de un control de razonabilidad y proporcionalidad, pueden y deben garantizar que los poderes públicos no desatiendan completamente este derecho con la excusa de su naturaleza programática. La reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional español al avalar medidas de intervención en el mercado de alquiler en pro del derecho a la vivienda, así como la insistencia del TEDH en proteger el hogar frente a injerencias desmedidas incluso en el ámbito privado, evidencian un cambio de paradigma: el derecho a la vivienda es entendido como un fin constitucionalmente

valioso que puede imponerse a otros intereses en conflicto, siempre que se guarden los debidos equilibrios.

En definitiva, la tesis sostenida a lo largo de este trabajo es que el derecho a la vivienda constituye hoy una exigencia moral irrenunciable y un imperativo constitucional operativo, no una mera directriz política. Su eficacia normativa se mide precisamente en la capacidad para generar deberes negativos y positivos: unos orientados a no cometer injusticia (no privar a nadie de su hogar injustamente), otros dirigidos a hacer justicia (socorrer a quien la necesita para tener un hogar). Ambos tipos de deberes son complementarios y necesarios. Asumir esta reivindicación implica reconocer que, tras cada norma que regula el derecho a la vivienda –sea para limitar un desahucio, para gravar una vivienda vacía o para habilitar un gasto presupuestario– subyace un mandato ético-jurídico que nos compromete a todos: el mandato de que ninguna persona quede excluida del cobijo y la seguridad que brinda un techo. Esa es, en último término, la promesa fundamental de todo Estado social de Derecho y el núcleo del contenido moral del derecho a la vivienda.

A la vista del análisis realizado, es posible apuntar, sin pretender clausurar el debate de política jurídica, una orientación normativa para la realización efectiva de este derecho. De entre los distintos tipos de deberes examinados, el principio de proporcionalidad y el respeto a la autonomía individual aconsejan priorizar, en términos de menor coste y mayor eficacia, los deberes de fomento e incentivos positivos antes que las cargas y prohibiciones que recaen directamente sobre propietarios o arrendadores. Ello no implica renunciar a la regulación coercitiva cuando resulte necesaria y proporcionada –como ha avalado el Tribunal Constitucional en la STC 26/2025, de 29 de enero, respecto del límite de rentas en zonas tensionadas–, pero sí situar esta en un plano subsidiario respecto de políticas que generen condiciones atractivas para la oferta asequible. De igual modo, la obligación de proteger el derecho a la vivienda no puede operar en un solo sentido regulatorio: las instituciones públicas han de combinar instrumentos de derecho público y de fomento con marcos contractuales estables que incentiven la participación de la iniciativa privada. Es esta comprensión plural de los deberes –negativos, positivos regulatorios, positivos prestacionales y positivos de fomento– la que permite, a mi juicio, una realización del derecho a la vivienda constitucionalmente robusta y prácticamente viable, sin incurrir en los riesgos de perfeccionismo moral que se han advertido a lo largo del trabajo.

Bibliografía

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Agudo Zamora, M. (2017). El principio de no regresividad de los derechos sociales en el ordenamiento constitucional español. *Revista de Derecho Político*, 1(100), pp. 849-879.
- Aleman, M. (2006). *El paternalismo jurídico*. Iustel Publicaciones.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Añón Roig, M. J. (2010). Derechos sociales: Cuestiones de legalidad y de legitimidad. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44, pp. 15-41.
- Argelich Comelles, C. (2023). *Ley por el derecho a la vivienda* (2.^a ed.). Thomson Reuters Aranzadi.
- Berlin, I. (2001). *Dos conceptos de libertad. El fin justifica los medios. Mi trayectoria intelectual*. Alianza Editorial.

- Chinchilla Peinado, J. A. (2023). El derecho a la vivienda y su exigibilidad. En L. López de Castro García-Morato y J. A. Chinchilla Peinado (Eds.), *Estudios sobre el derecho a la vivienda* (pp. 68-73). RDU Ediciones.
- Cuena Casas, M. (2023). La ocupación ilegal de inmuebles: un necesario enfoque global. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(2), pp. 293-336. DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.8057>
- Dworkin, R. (1983). El liberalismo. En S. Hampshire (ed.), *Moral pública y privada* (pp. 133-167). Fondo de Cultura Económica.
- Dworkin, R. (1977). *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- Ferrajoli, L. (2001). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trotta.
- Fishkin, J. S. (1982). *The Limits of Obligation*. Yale University Press.
- Garzón Valdés, E. (1986). Los deberes positivos generales y su fundamentación. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 3, pp. 17-33. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1986.3.01>
- Gaus, G. (2011). *The Order of Public Reason: A Theory of Freedom and Morality in a Diverse and Bounded World*. Cambridge University Press.
- González Lagier, D. y Ródenas Calatayud, A. (2007). Los deberes positivos generales y el concepto de «causa». *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 30, pp. 105-109. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2007.30.15>
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del Derecho* (trad. R. J. Vernengo). Porrúa. (Trabajo original publicado en 1960).
- Kenna, P., y Simón-Moreno, H. (2019). Towards a common standard of protection of the right to housing in Europe through the Charter of Fundamental Rights. *European Law Journal*, 25(6), pp. 608–622. DOI: <https://doi.org/10.1111/eulj.12348>
- Kholodilin, K. A. (2022). Rent Control Effects through the Lens of Empirical Research: An Almost Complete Review of the Literature. *DIW Berlin Discussion Paper*, 2026. <https://doi.org/10.1016/j.jhe.2024.101983>
- Laporta San Miguel, F. J. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho* 4, pp. 23-46. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.01>
- Nasarre Aznar, S. (2020). *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Tirant lo Blanch.
- Nozick, R. (1990). *Anarquía, estado y utopía*. Fondo de Cultura Económica.
- Pérez Lledó, J. A. (2000). Sobre la función promocional del Derecho: un análisis conceptual. *Doxa. Cuadernos De Filosofía Del Derecho*, 23, pp. 665–687. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.26>
- Pisarello, G. (2009). El derecho a la vivienda como derecho social: implicaciones constitucionales. *Revista Catalana de Dret Públic*, 38, pp. 1-22.
- Ponce Solé, J. (2024). El derecho a la vivienda, la Sentencia del Tribunal Constitucional 79/2024, de 21 de mayo, y la Ley Estatal 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda. *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, 372, pp. 19-25.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Harvard University Press.
- Shue, H. (1980). *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*. Princeton University Press.
- Singer, P. (2024). *El círculo en expansión*. Cátedra.
- Singer, P. (1984). *Ética práctica*. Ariel.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 190/2025, de 16 de diciembre de 2025. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/32019>
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 26/2025, de 29 de enero de 2025. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/31404>.
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 79/2024, de 21 de mayo de 2024. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/30177>

- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 16/2021, de 28 de enero de 2021. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/26578>
- Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 93/2015, de 14 de mayo de 2015. <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/24453>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Winterstein y otros c. Francia. Sentencia de 17 de octubre de 2013. <https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-127539>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto Yordanova y otros c. Bulgaria. Sentencia de 24 de abril de 2012. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110449>
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Asunto McCann c. Reino Unido. Sentencia de 13 de mayo de 2008. <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-86233>
- Waldron, J. (2010). Dignity, rights and responsibilities (Max Weber Lecture, EUI). *New York University Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, No. 10-83. DOI: <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1710759>

La externalización de las fronteras a través de los acuerdos de colaboración con terceros países. Tendencias en la UE*

The externalisation of borders through cooperation agreements with third countries. Trends in the EU

Valentina Faggiani**

Universidad de Granada

ORCID ID 0000-0003-1759-3781

valenf@ugr.es

Cita recomendada:

Faggiani, V. (2026). La externalización de las fronteras a través de los acuerdos de colaboración con terceros países. Tendencias en la UE. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 240-268.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10382>

Recibido / received: 20/10/2025

Aceptado / accepted: 17/02/2026

Resumen

El presente trabajo analiza los acuerdos de cooperación, tanto de *soft law* como de *hard law*, estipulados en el marco de la externalización de las fronteras, puesta en marcha por la UE y sus Estados miembros en la última década, a fin de bloquear los ingentes flujos migratorios hacia Europa. De forma más específica, el estudio se centrará en la respuesta de Italia y Dinamarca, que han reforzado esta estrategia, convirtiéndose en dos referentes, y en el modelo de la UE, que ha adquirido autonomía y caracteres propios. El análisis de cómo está evolucionando esta política, de sus tendencias y las persistentes incompatibilidades con los estándares mínimos de tutela tiene el objetivo de comprender si es posible encontrar fórmulas para que en estos contextos extraterritoriales se puedan respetar los derechos humanos fundamentales.

* Este trabajo se enmarca en los siguientes proyectos: Módulo Jean Monnet, “Challenges to Justice in the EU: Perspectives for Reform”, 2022-2025, ref. 101085462; Módulo Jean Monnet, “Desafíos y perfiles estratégicos de la UE en la lucha contra el crimen organizado” (RUECO) 2023-2026, ref. 101127315; y Proyecto de investigación I+D+i “Proceso Penal y Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia: Garantías, Cooperación Transfronteriza y Digitalización”, PID2023-152074NB-I00.

** Profesora Titular (Catedrática Acreditada) de Derecho Constitucional de la Universidad de Granada.

Palabras clave

Externalización de las fronteras, acuerdos de colaboración, Unión Europea, Italia, Dinamarca.

Abstract

This study analyzes the cooperation agreements, both soft law and hard law, stipulated within the framework of the externalization of borders policy implemented by the EU and its Member States over the last decade to block the massive migratory flows into Europe. More specifically, the study will focus on the response of Italy and Denmark, which have strengthened this strategy, becoming two leading examples, and on the EU model, which has acquired autonomy and its own distinct characteristics. The analysis of how this policy is evolving, its trends, and the persistent incompatibility with minimum protection standards aims to understand if it is possible to find ways to ensure that fundamental human rights are respected in these extraterritorial contexts.

Keywords

Externalization of borders, cooperation agreements, European Union, Italy, Denmark.

SUMARIO. 1. Objeto y contexto. 2. La construcción de barreras fuera del territorio nacional. 3. La responsabilidad del Estado italiano en la situación de Libia. 3.1. La inconstitucionalidad formal y material del *Memorandum of understanding* Libia-Italia. 3.2. La situación de Libia ante la Corte Penal Internacional. 3.3. Los *pullbacks*. 4. El «Protocolo Italia-Albania». 4.1. La extraterritorialización del derecho de asilo. 4.2. La STJUE *Alace y Canpelli* y la indefinición de la noción de «país seguro». 5. La política migratoria de Dinamarca. 5.1. El *Memorandum of understanding* Dinamarca-Ruanda. 5.2. El Tratado Dinamarca-Kosovo. 6. El modelo de la Unión Europea. 6.1. El Acuerdo UE-Turquía. 6.2. El partenariado estratégico y global entre la UE y Túnez. 6.3. Las relaciones con terceros países como parte de la nueva estrategia de la UE. 7. Conclusiones.

1. Objeto y contexto

La externalización representa una de las principales tendencias, en las que tanto los Estados europeos con fronteras exteriores (Italia, España, Malta, Reino Unido y Dinamarca), como la misma Unión Europea, han apostado para desplazar la gestión de los flujos migratorios en los países de origen y tránsito, bloqueándolos antes de que entren en sus territorios. No obstante, el debate sobre la importancia, las contradicciones y las problemáticas, que plantea esta política, es relativamente reciente.

De hecho, si bien por ejemplo España empezó a firmar acuerdos de este tipo a finales de los años '90¹, siendo pionera, durante mucho tiempo el enfoque

¹ En dicho marco, España empezó su estrategia de externalización en los años '90 con Marruecos. Al respecto, *vid.* Acuerdo entre España y Marruecos relativo a la circulación de personas, el tránsito y la readmisión de extranjeros entrados ilegalmente, firmado en Madrid el 13 de febrero de 1992, BOE, de 25 de abril de 1992 (corrección de erratas, 30 de mayo de 1992); y Acuerdo entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre la cooperación en el ámbito de la prevención de la emigración ilegal de menores no acompañados, su protección y su retorno concertado, hecho en Rabat el 6 de marzo de 2007, BOE, n. 70, de 22 de marzo de 2013. A continuación, en los años 2000 España firmó un Memorandum de entendimiento (MOU) con Ghana para luchar contra la inmigración ilegal de 7 de diciembre de 2005, otro con Senegal de 24 de agosto de 2006, y otro con Mali de enero de 2007. Con Senegal, España estipuló dos MOU también en abril de 2021 para mejorar las relaciones que se fijaron

extraterritorial se ha quedado en un segundo plano por varias razones. En primer lugar, en aquel momento, la inmigración no había alcanzado las dimensiones actuales y por lo tanto no se percibía todavía como un problema. En segundo lugar, la externalización se consideraba un instrumento meramente complementario a los mecanismos de control utilizados por los Estados dentro de sus propios confines. Y, por último, en general, el alto nivel de informalidad, la falta de transparencia y el secretismo que desde siempre han rodeado esta política permitían a los Estados gestionarla sin que la ciudadanía supiera lo que realmente ocurría fuera de su territorio.

La situación es hoy distinta. Las proporciones asumidas por los desplazamientos masivos de personas, que huyen de sus países, por distintas razones (económicas, persecuciones, riesgo de sufrir torturas y tratos inhumanos, guerras o emergencias climáticas, entre otras) han convertido esta estrategia en algo determinante para responder de forma eficaz a los flujos, frenándolos antes de su ingreso en el espacio europeo. De ahí, la necesidad de buscar nuevas fórmulas, que permitan una mayor institucionalización de las medidas adoptadas en este ámbito.

Ahora bien, este enfoque extraterritorial, cuyos efectos se proyectan más allá del territorio de los Estados, ha determinado la construcción de nuevas barreras, que alteran los confines naturales de los Estados, diluyéndolos. Estos muros no asumen solo un significado simbólico, siendo muestra evidente de una Europa fortaleza y de la persistente división entre países desarrollados y subdesarrollados, sino que presentan aspectos problemáticos desde el respeto de los derechos fundamentales. Por todo ello, el actual contexto ha impuesto la necesidad de reflexionar sobre cómo los Estados están reconfigurando su política y la compatibilidad con los estándares, en los que se asientan los Estados de Derecho (art. 2 TUE).

En otros términos, se requiere encontrar soluciones, que permitan mantener un equilibrio entre seguridad interior vs. derechos de los migrantes. La externalización, que representa el objetivo de esta nueva estrategia puesta en marcha por los Estados con fronteras exteriores y también por la UE, se caracteriza por una complejidad importante, estando integrada por una pluralidad de técnicas e instrumentos². No obstante, a fin de delimitar el objeto de la investigación, esta contribución se centrará en los acuerdos bilaterales, tanto de *soft law* como de *hard law*, estipulados en dicho marco.

En cuanto a la estructura del trabajo, en una primera parte de carácter introductorio, se proporcionará una definición de externalización para comprender las características y cómo suele llevarse a cabo. A continuación, el análisis se centrará en la respuesta de dos Estados Miembros de la UE: Italia y Dinamarca. La elección de estos dos países no es casual. Por un lado, Italia siempre ha sido uno de los territorios europeos más expuestos. No obstante, desde la crisis humanitaria de 2015, la intensidad del fenómeno migratorio ha producido sobre todo en determinadas zonas, como la Isla de Lampedusa, una emergencia sistémica, que ha llevado el sistema de acogida al colapso.

en la década del 2000: MOU entre España y Senegal en el ámbito de la gestión y la gobernanza de las migraciones y MOU entre España y Senegal sobre los movimientos migratorios seguros, ordenados y regulares. En esta línea, el 29 de agosto de 2024, España y Senegal firmaron una Declaración conjunta, Dakar, 29 de agosto de 2024.

² Para las tendencias en este ámbito v. Nicolosi (2024, pp. 1–20). El autor pone de relieve la complejidad de la externalización. En su opinión, «*While the phenomenon of the externalisation of migration and border controls is anything but new, its ramifications through the increasingly diversified practices, as recalled in the taxonomy developed by this article, exacerbate the tension with the protection of migrants' fundamental rights*» (p. 16).

Ante esta situación de excepcionalidad, que ha adquirido carácter permanente desde ya hace años, el refuerzo de la externalización de las fronteras ha representado la solución más viable y eficaz para contrarrestar los intensos flujos. De forma más específica, se analizará cómo la estrategia de este país ha evolucionado desde la estipulación del MOU Italia-Libia (2017) al Protocolo Italia-Albania (2023). Por otro, al contrario de Italia, si bien Dinamarca no constituye uno de los principales epicentros, representa un ejemplo interesante por el giro restrictivo en la última década. Este cambio la ha llevado a experimentar nuevas fórmulas de externalización, que se han concretado en el MOU con Ruanda (2021) y el Tratado para el traslado de los inmigrantes irregulares reclusos a centros de detención en Kosovo (2024).

A continuación, el estudio se centrará en el modelo de la UE, que ha adquirido autonomía y caracteres propios. Este sistema se ha construido a partir del Acuerdo-Declaración UE-Turquía (2016). De hecho, en los últimos años, la Unión Europea ha estipulado acuerdos también con otros Estados Terceros, como Túnez (2023), Egipto, Mauritania, Líbano y Jordania (2025). El texto finalizará con algunas reflexiones de cierre.

El análisis de la experiencia de dos Estados miembros, como Italia y Dinamarca, que son referentes en este ámbito, y de la UE, que está asumiendo un rol muy importante, propiciando la cooperación con los países terceros, permite comprender la evolución de la externalización de las fronteras desde una perspectiva más amplia y abierta, de corte comparado, los problemas comunes y las respuestas adoptadas. De tal forma, se pretende reflexionar hacia dónde se está redirigiendo la estrategia en este ámbito y si es posible encontrar fórmulas para que en estos contextos extraterritoriales se puedan respetar los derechos humanos fundamentales.

2. La construcción de barreras fuera del territorio nacional

Los Estados miembros de la UE tienen competencia para externalizar la política migratoria, atendiendo a lo dispuesto en el Protocolo n. 23, en conexión con el art. 77, par. 2, b, TFUE, que le otorga competencia para regular atendiendo al procedimiento legislativo ordinario «los controles a los cuales se someterá a las personas que crucen las fronteras exteriores»³. El objetivo es frenar los flujos procedentes de los Estados en vía de desarrollo o involucrados en situaciones de conflicto, impidiendo el ingreso desde sus principales puertas de acceso.

La externalización de la gestión de los inmigrantes y solicitantes de asilo, que huyen de sus territorios, se realiza a través de un sistema complejo y articulado de «condicionalidad positiva» o «condicionalidad económica» (De Pasquale, 2024, p. 187), cuya base se encuentra en los acuerdos bilaterales entre Estados de acogida y Estados de origen y tránsito. Atendiendo a tales acuerdos, que se fundamentan en una lógica de *do ut des*, los primeros se comprometen a prestar apoyo económico para que la contraparte pueda llevar a cabo las reformas estructurales necesarias, a cambio por parte de esta de más controles en las fronteras.

De hecho, la financiación procedente de los países occidentales estaría dirigida a poner en marcha programas e inversiones, que fomenten el desarrollo de estas regiones, proporcionándoles el soporte necesario de carácter técnico, tecnológico, logístico, jurídico, militar y educativo para la formación no solo de la población sino también de las autoridades involucradas, como los guardacostas o el

³ Atendiendo al Protocolo n. 23 sobre las relaciones exteriores de los Estados Miembros en el cruce de fronteras exteriores «Las disposiciones relativas a las medidas sobre el cruce de fronteras exteriores incluidas en la letra b) del apartado 2 del artículo 77 del TFUE se entenderán sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros para negociar o celebrar acuerdos con terceros países, siempre que observen el Derecho de la Unión y los demás acuerdos internacionales pertinentes».

personal de los centros de acogida en los Estados de tránsito. En estos procesos participan actores públicos, como ACNUR y Frontex⁴, privados y organizaciones no gubernamentales (ONG), que coordinan embarcaciones para transportar a los inmigrantes o que se dedican a actividades de búsqueda y rescate⁵. Tales medidas además pueden ser preventivas o disuasorias para desincentivar la entrada (Frelick, Kysel y Podkul, 2016, p. 193).

Esta suerte de pacto, de contrato, reproduce el esquema injusto y discriminatorio, la brecha entre Norte y Sur, que desde siempre ha caracterizado los países del continente europeo, más ricos, respaldados por la UE, que ha adquirido el rol de actor global, y los países más pobres y subdesarrollados (Finotelli y Martínez, 2023; Faist, 2019, pp. 2-8; Stock, Üstübeci y Schultz, 2019, pp. 1-9)⁶. Además, si bien los países de primera línea «deleguen» la gestión de los flujos en los de origen y tránsito, que se consideran seguros, siguen manteniendo un «control remoto» (Gammeltoft-Hansen, 2011, pp. 11-43), a través de mecanismos de interceptación de los migrantes y de comunicación con las autoridades de los Estados de procedencia. Se trata de una forma de «cooperación inversa y compensatoria» (Olivito, 2020, p. 117) para poder asegurar la libre circulación y la supresión de las fronteras interiores en el territorio de la UE.

No obstante, esta estrategia, que se inspira en una lógica aplastante, es muy vulnerable desde el punto de vista jurídico (Savino, 2018, pp. 81–104), siendo incompatible con los valores que constituyen el fundamento de los Estados de Derecho. Su principal resultado es impedir a los migrantes el ingreso de forma legal, el acceso al procedimiento de protección internacional y la acogida en los países de destino. En este sentido, es importante considerar que estos acuerdos, además de haber sido caracterizados por un alto índice de informalidad, han sido generalmente estipulados con Estados que no pueden ser considerados seguros⁷. El riesgo para el interesado de ser devuelto a un país, en el que pueda ser sometido a persecuciones, a torturas y a tratos inhumanos y degradante y en el que su vida esté en serio peligro, viola el *non-refoulement* y por consiguiente los derechos fundamentales imbricados, que se ven obstaculizados hasta anulados⁸.

⁴ El TJUE en la sentencia de 18 de diciembre de 2025, *WS y otros/Frontex*, asunto C-679/23 P, afirmó la responsabilidad conjunta de Grecia y Frontex en las violaciones de los derechos fundamentales en las operaciones de retorno.

⁵ Mitsilegas (2020, pp. 23-64) pone de relieve el «surgimiento» de un marco multinivel de externalización del control migratorio, integrado por cinco tendencias: criminalización del tráfico ilícito de seres humanos y de la entrada irregular en el territorio; el enfoque de seguridad; privatización, mediante el uso de las capacidades militares y de defensa; el desarrollo de agencias y la cooperación entre ellas en la UE junto al uso de instrumentos tecnológicos.

⁶ Sobre la narrativa neocolonial de la externalización, v. Xanthopoulou (2024, pp. 108-135).

⁷ En el Reglamento (UE) 2026/464 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de febrero de 2026, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2024/1348 en lo que respecta al establecimiento de una lista de países de origen seguros a nivel de la Unión, DO L, 2026/464, 26.02.2026, la UE ha establecido la primera lista común de países seguros, en la que han sido incluidos: Bangladés, Colombia, Egipto, India, Kosovo, Marruecos y Túnez. Y el Reglamento (UE) 2026/463 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de febrero de 2026, por el que se modifica el Reglamento (UE) 2024/1348 en lo que respecta a la aplicación del concepto de tercer país seguro, PE/68/2025/REV/1, DO L, 2026/463, ha ampliado los supuestos en los que un país puede ser considerado seguro y por lo tanto los solicitantes procedentes de un país seguro pueden ser sometidos a un procedimiento acelerado. Los terceros países pueden ser designados seguros si alcanzan un umbral de seguridad elevado, que permite excluir el riesgo de persecución o de violación grave de los derechos fundamentales, así como los países candidatos a la adhesión a la UE, a menos que se encuentren en una situación de conflicto armado internacional o interno en el país, se hayan adoptado medidas restrictivas, que afecten a los derechos y libertades, o el porcentaje de decisiones positivas de las autoridades de los Estados miembros sobre solicitantes de ese país sea superior al 20%.

⁸ Algostino (2017, p. 181) considera que en tales contextos los derechos fundamentales se ven «*dimidiati ed impediti*».

En este marco, los Estados pueden actuar tanto de forma «directa» como «indirecta». En el primer caso, las autoridades fronterizas del Estado de destino impiden al inmigrante entrar en su territorio, obligándole a regresar en el país de procedencia, sin la posibilidad de solicitar la protección internacional. A su vez, estas prácticas de rechazo en las fronteras pueden ser informales, llevándose a cabo en vía de hecho a través de un comportamiento material, al margen de una previsión normativa, o pueden encontrarse reconocidas y reguladas por el ordenamiento. España, por ejemplo, ha legalizado en la disposición adicional decima de la Ley Orgánica 4/2000 las devoluciones en caliente en Ceuta y Melilla⁹. En cambio, la actuación del Estado de destino puede ser indirecta, cuando este se limita a cooperar en la devolución con el Estado de origen y/o tránsito, facilitándola. Para favorecer este tipo de relación, se estipulan acuerdos de colaboración, que generalmente se mueven en el limbo del *soft law*. De todas formas, en ambos casos se producen violaciones graves, reiteradas y sistemáticas de los derechos fundamentales.

La «deslocalización» y consiguiente «desterritorialización» (Del Valle Gálvez, 2020, p. 166) de la gestión de los flujos de migrantes contribuye a acentuar las tensiones entre fronteras internas vs. fronteras externas. El nuevo modelo, que surge de estas tensiones, se caracteriza por tres elementos. Ante todo, el desplazamiento de funciones permite a la UE y los Estados miembros ejercer un control a distancia («*contactless*»)¹⁰. A su vez, la extensión artificiosa de los confines consolida la dimensión externa de la política migratoria, en la que estos se hacen más «fluidos», «diluidos» y por lo tanto indefinidos. Y, por último, en particular los supuestos de «*pushbacks* encubiertos» o *neo-refoulement* permiten asegurar una tendencial exención de la responsabilidad para la UE y los Estados miembros (Hyndman y Mountz, 2008, pp. 249 y ss.).

3. La responsabilidad del Estado italiano en la situación de Libia

3.1. La inconstitucionalidad formal y material del *Memorandum of understanding* Libia-Italia

La estrategia del Gobierno italiano se ha articulado sobre tres frentes, entre ellos estrictamente relacionados, yendo de la externalización de las fronteras y la consiguiente política de los «puertos cerrados» o «casi cerrados»¹¹ a la extra-territorialización. La externalización de las fronteras en Italia culminó con el MOU con

⁹ Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, BOE, n. 10, de 12.1.2000. La disposición adicional decima fue introducida por la disposición final 1.1 de la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, BOE, n. 77, de 31.3.2015.

¹⁰ Moreno-Lax (2024, pp. 21–57) usa el concepto de «*meta-borders*» para indicar «*the array of border enforcement mechanisms implemented beyond the physical frontiers of States through different means and by different actors, for the purpose or with the effect of denying human rights protection to (unwanted) non-citizens*».

¹¹ Dicha política fue formalizada antes en el *decreto-legge n. 53/2019* («*decreto sicurezza bis-porti chiusi*», *Decreto-legge 14 giugno 2019, n. 53*, convertido, con modificaciones, por la *legge 8 agosto 2019, n. 77, GU, n. 186, 9.8.2019*) y poco después en las medidas adoptadas para afrontar la emergencia sanitaria derivada del Covid-19. En particular, el art. 11, 1-ter, TUI (*Testo Unico in materia di Immigrazione*), derogado posteriormente por el *decreto-legge 130/2020* («*decreto immigrazione Lamorgese*», *Decreto-legge 21 ottobre 2020, n. 130, GU n. 261 del 21.10.2020*, convertido con modificaciones por la *legge 18 dicembre 2020, n. 173, G.U. n. 314, 19.12.2020*), preveía que «El Ministerio de Interior, Autoridad Nacional de Seguridad Pública», en el ejercicio de las funciones de coordinación de los controles en la frontera marítima y terrestre italiana, «en el respeto de las obligaciones internacionales de Italia», podía «limitar o prohibir el ingreso, el tránsito o el estacionamiento en el mar territorial» «por motivos de orden y de seguridad pública», en particular, ante la violación de la normativa en materia de inmigración y la comisión de un delito de favorecimiento de la inmigración irregular.

Libia, firmado el 2 de febrero de 2017, y prorrogado tácitamente en 2020 y en 2023¹². Como la generalidad de los acuerdos de este tipo, estamos en el plano del *soft law*.

En el MOU con Libia, que se basa en el concepto de condicionalidad positiva, las partes se comprometen a cooperar para luchar contra la inmigración clandestina y su impacto, el terrorismo, la trata de seres humanos y el contrabando de combustible. Además, a cambio del apoyo prestado por la contraparte, a Italia le corresponde proporcionar apoyo técnico y tecnológico a los organismos libios con competencias en dicho ámbito y financiar programas para el desarrollo de sus regiones.

Este documento presenta perfiles de inconstitucionalidad tanto formal como material. Desde el punto de vista formal, el MOU no habría tenido que ser concluido mediante el procedimiento simplificado (Zambrano, 2019, pp. 119-148), sino que debería haber sido sometido al examen preventivo del Parlamento, con arreglo al art. 80 de la Constitución italiana (Const. it.)¹³. El objeto y la materia, que se pretende regular, se podrían subsumir en la categoría de los «tratados de naturaleza política», estando destinados a incidir en los derechos humanos fundamentales (art. 117 Const. it.)¹⁴.

Y desde el punto de vista sustantivo, la mera referencia «al respeto de las obligaciones internacionales y de los acuerdos sobre derechos humanos de los que los dos países sean partes», prevista en el art. 5 del MOU, no ofrece garantías suficientes. Libia es un «Estado fallido», es decir, en una situación de permanente inestabilidad político-institucional, que le impide desarrollar un sistema efectivo de garantías y funcionar correctamente. No puede ofrecer los servicios mínimos ni respetar los principios propios de un Estado de Derecho, asegurando que los migrantes no sufran torturas y tratamientos inhumanos y degradantes en los centros de detención (art. 3 CEDH, art. 4 CDFUE)¹⁵.

3.2. La situación de Libia ante la Corte Penal Internacional

En el marco de la cooperación entre Libia e Italia, en el intento de frenar los flujos migratorios hacia Europa, el socio africano ha predispuesto campos de acogida aparentemente «temporales», tanto oficiales, bajo el control exclusivo del Ministerio de Interior libio, como no oficiales, gestionados por organizaciones criminales (Vassallo Paleologo, 2021; Migreurop.org, 2020; Oxfam Italia y Borderline Sicilia, 2019; Amnesty International, 2017; Amnesty International, 2017). En dichos centros los migrantes están sometidos a violaciones reiteradas y sistemáticas de sus derechos fundamentales. Se trata de crímenes que podrían ser enjuiciados por la

¹² El MOU Italia-Libia fue precedido por el Tratado de amistad y cooperación de 30 de agosto de 2008, ratificado en 2009 por *Legge, 6 febbraio 2009, n. 7, Ratifica ed esecuzione del Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione tra la Repubblica italiana e la Grande Giamahiria araba libica popolare socialista, Bengasi, 30.9.2008 (GU n. 40, 18 febbraio 2009)*. Sobre la situación migratoria en Libia, *vid.* Calvo Mariscal (2023); Faggiani (2024); ID (2023) y Palladino (2018, pp. 104-134).

¹³ El art. 80 de la Constitución italiana prevé que: «*Le Camere autorizzano con legge la ratifica dei trattati internazionali che sono di natura politica, o prevedono arbitrati o regolamenti giudiziari, o importano variazioni del territorio od oneri alle finanze o modificazioni di leggi*».

¹⁴ La *Corte costituzionale (Corte cost.)* se pronunció sobre el MOU Libia e Italia en el ámbito del conflicto de atribuciones planteado contra el Gobierno por cuatro diputados (*Corte cost., ordinanza n. 163/2018, 4.7.2018*). Según los recurrentes el MOU tenía que haber sido presentado a las Cámaras para su ratificación. No obstante, la *Corte cost.* rechazó el recurso, considerándolo inadmisibile, puesto que la legitimación para impugnar dicho acto hubiera correspondido a la Cámara de pertenencia y no a los miembros del Parlamento *uti singuli*. De todas formas, no excluye que en otras ocasiones se pueda volver a interponer un conflicto de este tipo.

¹⁵ En este sentido, *vid.* también la carta de la Comisaria para los derechos humanos del Consejo de Europa de 21 de enero de 2020, que exhortaba a Italia a suspender las actividades de cooperación con Libia.

Corte Penal Internacional (CPI) por las dimensiones masivas, puesto que afectan a un número indeterminado e indeterminable de personas cada año, la tipología y la gravedad (Faggiani, 2015, pp. 1-28).

Desde 2019 se ha denunciado esta situación ante la CPI para que ejerza su jurisdicción (art. 15 Estatuto de Roma, ER) (ECCHR e IFHRLJL, 2021; Crippa, 2021) y verifique las responsabilidades no solo de las autoridades libias sino también de los funcionarios italianos y malteses y de los demás actores involucrados. De las informaciones y datos recogidos se deduce que la comisión de estos crímenes ha sido realizada a través de un *modus operandi*, que se repite de forma sistemática, siguiendo un esquema (ICC, 2017; Secretary-General United Nations, 2019; ECCHR, 2022; Pasquero, 2020, pp. 51-79; y Raimondo, 2023, pp. 328–357). La Guardia costera libia suele interceptar en el mar a los migrantes, que consiguen alcanzar la costa e intentan cruzar el Mediterráneo para llegar a Europa, los devuelve a Libia y los somete a detención indefinida y a un ciclo continuo de abusos. Los migrantes y los refugiados son trasladados con la fuerza por todo el país, son reclusos en los centros de detención oficiales y no oficiales en terribles condiciones y son sometidos a tratamientos deshumanos y degradantes, trabajos forzados, violencia y en muchos casos son vendidos a contrabandistas (FIDH, ECCHR y LFJL, 2021, ap. 4).

Ahora bien, para comprender esta situación, es importante considerar que desde la caída del régimen de Gadafi en Libia se ha producido la ruptura del Estado de Derecho y el consiguiente desarrollo de un espacio de impunidad, en el que las actividades de los contrabandistas y el tráfico de personas, drogas y armas se han convertido en un «pilar de la economía del conflicto» (FIDH, ECCHR y LFJL, 2021, ap. 7). Estas fuentes de renta proporcionan a las milicias y a los grupos armados los medios necesarios para asegurar el mantenimiento de este contexto.

Con respecto a la competencia de la CPI para investigar y enjuiciar los crímenes cometidos en Libia, el 12 de mayo de 2025, el Gobierno libio aceptó finalmente la jurisdicción de este órgano en relación con los crímenes cometidos entre 2011 y finales de 2027 (art. 12.3 ER). Dicha declaración es una muestra importante de la voluntad de cooperar. Hasta este momento, habida cuenta de que este país no es parte del Estatuto de Roma, ni había declarado aceptar su jurisdicción, la CPI pudo ejercer su competencia en virtud de la Resolución n. 1970/2011 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (CSNU)¹⁶ (art. 13 ER). Al respecto, se puede observar tanto la existencia de un vínculo suficiente y directo entre el conflicto armado y la comisión de delitos contra los migrantes, una situación que se ha agravado desde 2011, como un nexo entre los actores, que han participado activamente en las hostilidades y los crímenes perpetrados.

En los centros de detención, así como en los demás lugares de detención no oficiales y durante las terribles travesías para llegar al lugar de destino y en el curso de las devoluciones hacia el lugar de origen y de tránsito, los migrantes y los refugiados son víctimas de abusos diarios. Tales supuestos se pueden subsumir en los tipos penales previstos en los artículos 7 y 8 ER, que prevén respectivamente los crímenes contra la humanidad y los crímenes de guerra.

En efecto, por un lado, se observa la comisión de crímenes contra la humanidad (art. 7 ER), que han sido cometidos conscientemente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil dirigido contra migrantes y refugiados de distintas nacionalidades, género, grupos raciales y étnicos sobre todo el territorio de Libia. Los migrantes-víctimas están sometidos a privación grave de la libertad o prisión en ausencia de garantías procesales, son tratados como si fueran propiedad privada, son asesinatos, torturados, violados, sometidos a esclavitud

¹⁶ CSNU, Resolución 1970 (2011), aprobada en su 6491ª sesión, celebrada el 26 de febrero de 2011.

sexual y están obligados a prostituirse, a tener embarazos forzados o soportar violencia sexual de todo tipo, persecución y otros actos inhumanos (FIDH, ECCHR y LFJL, 2021, sección IV B).

Por otro, tales crímenes, que afectan al núcleo mínimo de la dignidad humana (art. 1 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE) y a derechos fundamentales básicos, también se podrían reconducir en la amplia categoría de los crímenes de guerra (art. 8 ER) por el nexo entre los ingentes ingresos derivados de la explotación de los migrantes y la prosecución del conflicto (FIDH, ECCHR y LFJL, 2021, sección IV C). Este es el caso de la comisión de actos de violencia contra la vida (art. 2 CEDH y art. 2 Carta) y la integridad de la persona (art. 3 CEDH y art. 3 Carta), en particular homicidio, mutilaciones, tratamientos crueles, humillantes y degradantes y tortura (art. 3 CEDH y art. 4 Carta) y la emisión de sentencias y su ejecución sin ser sometidos previamente a un juicio ante un tribunal establecido por la ley, que ofrezca las garantías judiciales básicas (artículos 5, 6 y 13 CEDH y artículos 47 y 48 Carta). Estos delitos habrían sido cometidos desde 2011, en particular, en los centros de Zawiya, Bani Walid, Sabratha y Trípoli, por diversos actores (FIDH, ECCHR y LFJL, 2021, ap. 37). El Departamento para la lucha contra la inmigración ilegal (*Directorate for Combating Illegal Migration*, DCIM), que depende del Ministerio de Interior, por ejemplo, controla solo formalmente los centros para la detención de los migrantes. En realidad, depende de grupos armados y milicias involucrados en el conflicto (ECCHR, 2022, p. 80).

El ejercicio de la jurisdicción de la CPI estaría justificado, atendiendo al principio de complementariedad (art. 17 ER). En este sentido, Libia no está dispuesta ni es capaz de realizar investigaciones o procesos para comprobar la comisión de crímenes internacionales contra los migrantes y refugiados. Además, los presuntos actores no han sido enjuiciados en el pasado por tales conductas y los delitos son suficientemente graves para justificar la intervención de la Corte. A todo esto, es oportuno añadir que Libia no es un País seguro, puesto que no ha ratificado ni siquiera la Convención de Ginebra de 1951 (Shatz, Branco y otros, 2019, ap. 11)¹⁷, no dispone de una normativa que asegure los derechos de los solicitantes de protección internacional, ni de un marco adecuado para responder a estos crímenes y su sistema de justicia penal es muy débil, no alcanzando los estándares mínimos de tutela¹⁸. Los grupos armados, las milicias y las autoridades gubernamentales ejercen de hecho el control sobre los acusados y los miembros de la magistratura. Y, por último, no se puede dejar a un lado la dimensión estructural del problema, puesto que cada año afecta a miles de migrantes.

En dicho marco, el rechazo por parte de las autoridades italianas a entregar a la CPI el jefe de la policía judicial libia, Osama Almasry (Caianiello y Meloni, 2025), detenido el 19 de enero de 2025 y liberado unos días después, ha mostrado la falta de colaboración de este país (art. 86 ER). La CPI emitió una orden de arresto por crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad, entre los que se incluyen torturas, tratos inhumanos y degradantes, violaciones sexuales y crímenes cometidos también en los centros de internamiento de las personas migradas. A pesar de ello, las autoridades italianas decidieron no cooperar con la CPI, limitándose a alegar vicios formales del procedimiento. Este asunto es interesante porque muestra que, en el caso de Libia, la complicidad y por consiguiente la responsabilidad del Gobierno italiano es tanto directa como indirecta. El 17 de octubre de 2025 la CPI determinó que Italia incumplió con el deber de cooperar y a continuación el 5 de noviembre de 2025 (ICC, 2025) la Fiscalía libia detuvo a Almasry (Human Right Wacht, 2026; ECCHR — RIL, 2025, pp. 1-4).

¹⁷ Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, Ginebra, Suiza, 28 de julio de 1951.

¹⁸ STEDH (GS), de 23 de febrero de 2012, *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, n. 27765/09, 33.

3.3. Los *pullbacks*

El TEDH se ha pronunciado sobre la responsabilidad de Italia en Libia en dos ocasiones, aunque en sentidos diferentes y, si queremos, contradictorios. La primera vez fue en la sentencia *Hirsi* (2012), en la que se condenó a Italia por haber realizado devoluciones directas («*pushback*») y haber cooperado con Libia en las devoluciones indirectas o en cadena. Los *pushback*, que deberían entenderse como una «moderna práctica informal de no admisión colectiva en el territorio» (Gatta, 2023, p. 267), comportan la devolución del inmigrante hacia un país no seguro, exponiéndolo a un riesgo de tratos inhumanos y degradantes y tortura¹⁹. En cambio, las devoluciones indirectas o «*chain*» *refoulement* someten a la persona a ulteriores devoluciones desde el país de acogida hacia otros países no seguros sin las debidas garantías. Tanto las devoluciones directas como indirectas violan la prohibición de expulsiones colectivas y de no devolución hacia un país no seguro (art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH)²⁰, el derecho a un procedimiento garantista (artículos 13 y 6 CEDH) y la prohibición de ser sometidos a torturas y tratamientos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH), que tiene que concebirse en términos absolutos. En el supuesto de que se trata el TEDH, por lo tanto, estimó la responsabilidad de Italia por las expulsiones practicadas en alta mar por sus autoridades, a fin de impedir a los migrantes llegar a las fronteras de Libia o incluso empujarlos a otro Estado, al constituir tales conductas ejercicio de jurisdicción ex art. 1 CEDH. El uso del concepto de «jurisdicción extraterritorial» ha permitido al TEDH crear un nexo entre el Estado italiano y las violaciones de los derechos de los migrantes, que, aunque cometidas fuera de sus confines, le son imputables²¹.

En el segundo pronunciamiento, en cambio, en el ámbito del asunto *S.S. y otros c. Italia*, resuelto el 12 de junio de 2025²², después de una espera de siete años, el TEDH se ha ocupado por primera vez de los «*pullback*» practicados por este país con la colaboración de las autoridades libias. No obstante, en este caso se ha limitado a declarar la inadmisibilidad del recurso, considerando que no se podía concluir que había sido ejercida la jurisdicción extraterritorial ex art. 1 CEDH²³. El Tribunal de Estrasburgo muestra ser consciente de que en el asunto *Hirsi* los *pushbacks* de las personas, que desde Libia intentaban llegar a las costas de Italia, eran realizados directamente por las autoridades italianas. En cambio, los *pullbacks* habían sido practicados por Libia, gracias a la ayuda de Italia, que en virtud del MOU ha formado, equipado, proporcionando todas las herramientas necesarias, y financiado la guarda costera libia gracias también al respaldo de la operación Sophia, promovida por la UE, interviniendo indirectamente. En este sentido, el TEDH reitera que la gestión de los flujos migratorios no puede justificar la puesta en marcha de prácticas incompatibles con los estándares convencionales, no pudiendo el espacio marítimo legitimar la creación de áreas de impunidad²⁴.

Sin embargo, a pesar de tales consideraciones, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que en el supuesto de que se trata no se dan «las

¹⁹ STEDH, *Hirsi Jama y otros c. Italia*, 71.

²⁰ El principio de no devolución está reconocido también en el art. 33 de la Convención de Ginebra y en la Carta de los derechos fundamentales de la UE, que en el art. 18 reconoce el derecho de asilo y en el art. 19 prevé la prohibición de expulsiones colectivas y que «Nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a la pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes».

²¹ STEDH, *Hirsi Jama y otros c. Italia*, 72, 74, 180 y 181. Al respecto, el TEDH admite que los derechos derivados del CEDH pueden ser fraccionados y adaptados a los supuestos de ejercicio extraterritorial de la jurisdicción.

²² TEDH, decisión de 12 de junio de 2025, *S.S. y otros c. Italia*, recurso n. 21660/18.

²³ Ibidem, 114.

²⁴ Ibidem, 111; STEDH, *Hirsi c. Italia*, 179.

circunstancias» para afirmar la responsabilidad de Italia por el ejercicio de la jurisdicción extraterritorial en los términos del CEDH (art. 1). Esto no significaría que no se hayan vulnerado otras normas de derecho internacional, en particular las relativas al rescate en el mar²⁵, la protección de los refugiados²⁶ y la responsabilidad del Estado²⁷. No obstante, no le corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre el supuesto en cuestión. Su función consiste en asegurar el cumplimiento del CEDH, no de otros instrumentos internacionales, aunque estos puedan ofrecer un estándar de protección más elevado que la Convención. Esta solución ha permitido al TEDH alcanzar tres objetivos: primero ha trasladado la responsabilidad del control de tales actos en otros órganos jurisdiccionales; segundo ha reafirmado su autonomía respecto a la jurisprudencia de otros tribunales²⁸; y tercero de esta forma no ha excluido la posibilidad de formular en el futuro una interpretación más evolutiva, dejándose una puerta abierta.

4. El «Protocolo Italia-Albania»

4.1. La extraterritorialización del derecho de asilo

El Protocolo Italia-Albania responde al esquema propio de la «extraterritorialización» (Savino y Virzi, 2023, pp. 1-9) de las fronteras. Desde el punto de vista político, esta medida tiene sin duda un fuerte componente simbólico: pretende demostrar tanto a los ciudadanos italianos como en el exterior la fuerza y la autonomía adquirida por el Gobierno italiano en el escenario internacional y la capacidad de buscar soluciones alternativas para resolver el problema de la inmigración irregular y, en general, la falta de ayuda y la incapacidad de la UE. Al respecto, no se puede desconocer la habilidad de este Gobierno para dialogar y negociar con los países terceros, y especialmente en este caso con Albania. De hecho, es consciente de que estos pueden desarrollar un rol determinante, descongestionando los movimientos.

El objetivo del Protocolo es «reforzar la cooperación bilateral entre las partes en materia de gestión de los flujos procedentes de países terceros, atendiendo al derecho internacional y al derecho europeo» (art. 2), a través de la creación de centros de acogida y retorno para migrantes en territorio albanés. El presidente del Gobierno italiano, Giorgia Meloni, lo ha definido un acuerdo de gran alcance, con el que se ha traducido en actos concretos la necesidad de concebir la inmigración como un «fenómeno europeo». La conciencia de esta exigencia ha favorecido la institución de un mecanismo innovador, que ha sido reconocido por parte de muchos otros Estados de la UE.

Ante todo, en relación con la fuente normativa utilizada, es interesante poner de relieve que en este caso Italia no se ha limitado a estipular acuerdos de *soft law*, en los que se delega la gestión directa de la inmigración, sino que interviene directamente en el país tercero. Dicho Protocolo fue ratificado por el Estado italiano por Ley 14/2024, de 21 de febrero²⁹, lo cual lo ha convertido a todos los efectos en un

²⁵ Los principales acuerdos en este ámbito son la Convención internacional para la seguridad de la vida humana en el mar (Convenio SOLAS - *Safety of Life at Sea*), Londres, 1974, Cap. V, Reg. 33 (1); el Convenio internacional sobre búsqueda y salvamento marítimos (Convenio SAR) de Hamburgo de 1979, tal y como ha sido enmendado en 2004; la Convención UNCLOS sobre el Derecho del mar, *Montego Bay*, 1982, en particular el art. 98.1.

²⁶ *Vid.* en particular, artículos 1 y 33 de la Convención de Ginebra sobre el estatuto de los refugiados de 1951.

²⁷ TEDH, S.S. c. *Italia*, 112.

²⁸ *Ibidem*, 113.

²⁹ *Legge 21 febbraio 2024, n. 14 Ratifica ed esecuzione del Protocollo tra il Governo della Repubblica italiana e il Consiglio dei ministri della Repubblica di Albania per il rafforzamento della collaborazione in materia migratoria, fatto a Roma il 6 novembre 2023, nonché norme di coordinamento con l'ordinamento interno, GU Serie Generale n. 44 del 22.2.2024.*

Tratado internacional. En cuanto al contenido, se ha instituido un modelo *sui generis*. La idea subyacente y el esquema seguido, si bien se inspiran en una lógica macabra muy aplastante, presentan elementos de originalidad: si la situación en los centros de acogida en Italia, en este momento, es insostenible, ¿por qué no transferir a las personas en situación irregular y a los solicitantes de asilo en estructuras instituidas fuera del territorio italiano, pero gestionadas y financiadas por Italia? Este país, sobre todo en las zonas de primera llegada, está viviendo una situación de crisis sistémica (Cavasino, 2023, pp. 1-7). Por un lado, los extranjeros están sometidos a violaciones graves y repetidas de los derechos fundamentales; y por otro, se ha producido un clima de fuertes tensiones e inseguridad por la proliferación de la criminalidad y las situaciones de violencia.

Ahora bien, a pesar de las dificultades aplicativas, desde el punto de vista del respeto de los derechos humanos, son varios los aspectos innovadores del Protocolo. Al contrario, por ejemplo, del MOU con Libia (2017), en este caso, Italia no delega la responsabilidad de controlar los flujos y devolver a los migrantes en el país de origen, sino que se compromete a hacerse cargo de todas las fases del procedimiento de asilo, a extender la jurisdicción sobre las eventuales controversias y a hacerse cargo de los gastos que este proyecto supone. Por otro, a pesar de las deficiencias estructurales, que siguen caracterizando a Albania, el contexto político y económico ofrece sin duda mayores garantías respecto a otros países, como Libia o Ruanda, siendo el candidato más próximo al ingreso en la UE. Además, Albania es parte del Consejo de Europa. El hecho de ser supuestamente seguro hace activar la presunción *iuris tantum* de equivalencia en la protección.

A pesar de ello, no obstante, el acuerdo sigue despertando perplejidades, siendo evidente que producirá nuevas zonas de impunidad, típicas de los contextos de desterritorialización de las políticas migratorias, caracterizadas por violaciones graves de los derechos y por la proliferación de la criminalidad organizada. Ante todo, es difícil pensar que «fuera» del territorio italiano se asegurará un nivel mínimo de protección por lo menos equivalente al establecido en dicho país. Existen riesgos importantes de «aplicación selectiva» (Bonetti, 2024), que pueden producir inevitables discriminaciones entre la «condición jurídica del extranjero rescatado en el mar internacional y trasladado en los centros albaneses y la persona trasladada en» Italia, en relación con los procedimientos de identificación y presentación de una solicitud de asilo y la posibilidad de interponer un eventual recurso contra esta decisión.

En este nuevo régimen de protección internacional «más allá del Estado» (Favilli, 2024, pp. 2-5), se puede observar la tensión persistente entre la dimensión abstracta y el plano concreto. En definitiva, a través de este proyecto, el Gobierno ha querido demostrar su fuerza tanto a Italia como a la UE y, en general, en el escenario internacional. De hecho, es consciente de que conseguirá transferir solo un número mínimo de migrantes; sin embargo, quiere demostrar que puede transferirlos fuera, en otro país (Saccucci, 2024, pp. 635-685; Celoria y De Leo, 2024, 1-27; Siccardi, 2025, pp. 1-34; Biondi Dal Monte, 2025, pp. 213-245).

En dicho marco, la reforma unilateral de la Ley de ratificación del Protocolo Italia-Albania a través del Decreto Ley de 28 de marzo de 2025 sobre la adopción de medidas para garantizar la funcionalidad y el uso eficaz de los centros de internamiento en un contexto de emergencia³⁰ ofrece otra confirmación en este sentido. Desde el punto de vista formal, tales modificaciones son contrarias al art. 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados³¹ y a los artículos 117 y

³⁰ Decreto-Legge 28 marzo 2025, n. 37, Disposizioni urgenti per il contrasto dell'immigrazione irregolare, Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 23 maggio 2025, n. 75, G.U. 23/05/2025, n. 118.

³¹ Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969), 1155 U.N.T.S. 331, entrada en vigor el 27 de enero de 1980, Viena, 23 de mayo de 1969.

al art. 80 Const. it. El art. 26 de la Convención de Viena reconoce el principio *pacta sunt servanda*, según el cual «Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe», el art. 117 Const. it. prevé el respeto de las obligaciones internacionales y el art. 80 Const. it. establece la previa autorización de las Cámaras para la ratificación de Tratados internacionales de naturaleza política o de particular trascendencia. Y desde el punto de vista sustantivo, la reforma ha extendido el alcance del Protocolo, que ahora prevé el traslado a los centros albaneses no solo de los migrantes rescatados por las autoridades internacionales en aguas internacionales sino también de los destinatarios de medidas de expulsión, que se encuentran en los Centros de Permanencia para el retorno en Italia (CPR), por lo tanto, independientemente de la aplicación del procedimiento acelerado.

4.2. La STJUE *Alace y Canpelli* y la indefinición de la noción de «país seguro»

En el marco del debate sobre el Protocolo Italia-Albania, está siendo muy interesante el diálogo entre los jueces internos y el TJUE, ante el que se han planteado algunos reenvíos prejudiciales. El Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado por primera vez sobre este acuerdo en la sentencia de 1º de agosto de 2025 relativa a los asuntos acumulados *Alace y Canpelli* (C-758/24 y C-759/24)³², en la que se ha centrado en la noción de país de origen seguro. Dicha decisión produce importantes efectos aplicativos, puesto que ya no se pueden transferir a Albania personas sometidas al procedimiento acelerado, si el país no ha sido correctamente designado.

En este pronunciamiento, el TJUE considera que un Estado miembro puede reconocer a terceros países como países de origen seguro mediante acto legislativo, entendiendo este concepto en sentido amplio, siempre y cuando el juez pueda comprobar en el ámbito de un recurso contra la resolución, que haya desestimado la solicitud de protección internacional por el procedimiento acelerado en la frontera, el respeto de los requisitos exigidos por la Directiva 2013/32/UE³³.

En la comprobación de dicha resolución se puede considerar la información recuperada de distintas fuentes³⁴. El examen de las solicitudes se basa en una «presunción *iuris tantum*» de protección suficiente en el país de origen, que atendiendo al art. 36, ap. 1, de la Directiva 2013/32, puede ser desvirtuada por el solicitante si invoca motivos graves atinentes a sus circunstancias personales. La desvirtuación es efectiva solo si el demandante puede conocer las razones por las que se presume que su país de origen es seguro, teniendo «acceso a las fuentes de información»³⁵, en las que se base la designación.

El acceso a estas fuentes, atendiendo a los artículos 36 y 37, así como al artículo 46, apartado 3, de la Directiva 2013/32, a la luz del artículo 47 de la Carta, tiene que ser «suficiente y adecuado», es decir, tiene que permitir defender los

³² La STJUE (GS) de 1º de agosto de 2025, asuntos acumulados *Alace y Canpelli*, C 758/24 y C 759/24, sobre la noción de tercer país seguro, resolvió la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal ordinario de Roma en relación con las resoluciones de la *Commissione territoriale per il riconoscimento della protezione internazionale di Roma — sezione procedure alla frontiera II*, que desestimaban las solicitudes de protección internacional presentadas por LC (C 758/24) y CP (C 759/24), originarios de Bangladesh, que habían sido trasladados al Centro de internamiento de Gjadër en Albania.

³³ Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013, sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (versión refundida), DO L 180 de 29.6.2013.

³⁴ El art. 37, ap. 3, de la Directiva 2013/32 establece que, para determinar si un tercer país es un país de origen seguro, los Estados miembros se basarán en una serie de fuentes de información, incluida, en particular, la información procedente de otros Estados miembros, la AAUE, sucesora de la EASO, ACNUR, el Consejo de Europa y otras organizaciones internacionales pertinentes de defensa de los derechos humanos (art. 12, ap. 1, letra d), de la Directiva 2013/32, en relación con el art. 10, ap. 3, letra b) y art. 10, ap. 4, de dicha Directiva).

³⁵ STJUE (GS), *Alace y Canpelli*, 72 y 73.

derechos en las mejores condiciones posibles y decidir con pleno conocimiento de causa. A tal fin, es fundamental poder comprender los motivos sobre la conveniencia de someter el asunto al juez competente y ejercer el control de una resolución relativa a la solicitud de protección internacional, que requiere «el examen completo y *ex nunc* tanto de los hechos como de los fundamentos de Derecho»³⁶. El órgano jurisdiccional puede tener en cuenta dicha información siempre y cuando compruebe su fiabilidad y garantice a las partes el respeto del principio de contradicción.

Y, por último, el TJUE excluye que un Estado miembro pueda considerar como país de origen seguro a un tercer país que no cumpla, para determinadas categorías de personas, los requisitos materiales, indicados en el anexo I de dicha Directiva³⁷. Al respecto, es interesante observar que la interpretación restrictiva del TJUE es contradicha por el nuevo Reglamento (UE) 2024/1348 por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión, que se aplicará desde junio de 2026³⁸. Esta normativa prevé la posibilidad de designar Estados de origen seguros con excepciones tanto de naturaleza territorial como personal en relación con grupos de personas. Se delega por lo tanto en el juez la responsabilidad de decidir si procede la designación y comprobar las eventuales excepciones.

El Gobierno italiano manifestó inmediatamente su desacuerdo con la STJUE *Alace*, mostrándose sorprendido por este pronunciamiento (Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei ministri, 2025). Las críticas versan en particular sobre tres aspectos: el rol adquirido por el TJUE, el margen decisorio de los jueces comunes y el impacto en el desempeño de las funciones que corresponden al Ejecutivo. Ante todo, se considera que una vez más los órganos de justicia, en este caso el TJUE, han reivindicado espacios que no les corresponden. De esta forma, a su vez, al remitir la decisión sobre los distintos casos concretos a los jueces internos («a cualesquiera»), se les permite determinar parte de la política migratoria relativa a los retornos y a las expulsiones de los irregulares.

En este sentido, por ejemplo, la identificación por parte del juez nacional de los «países seguros» prioriza su decisión, que puede basarse incluso en fuentes privadas, sobre los resultados de las complejas investigaciones llevadas a cabo por los ministerios interesados y evaluadas por el Parlamento soberano. Esto contribuye a reducir ulteriormente los de por sí restringidos márgenes de autonomía de los Gobiernos y de los Parlamentos en el desempeño de la función de dirección normativa y administrativa de esta materia, que le corresponde. Asimismo, la decisión del TJUE debilita la lucha contra la inmigración legal y la defensa de los confines nacionales.

Actualmente, siguen pendientes otros dos reenvíos prejudiciales sobre el Protocolo Italia-Albania. En el reenvío planteado por la *Cassazione* (Tribunal Supremo)³⁹ en junio de 2025 se interroga al TJUE sobre la compatibilidad de los traslados de los migrantes irregulares de los CPR italianos a los centros en Albania, en concreto el centro di Gjader, a la Directiva del retorno (115/2008/CE) y a la Directiva procedimientos (2013/32/UE) a la espera de la liberación o del retorno y la supuesta equivalencia entre las estructuras de acogida en los dos países. Por su parte, el reenvío del Tribunal de Apelaciones de Roma de 5 de noviembre de 2025 tiene por objeto la legitimidad y la base normativa del Protocolo (asuntos C-706/25 e C-707/25), en relación con el rol del Estado italiano, que podría haber invadido una competencia

³⁶ Ibidem, 88.

³⁷ Ibidem, 109.

³⁸ Reglamento (UE) 2024/1348 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece un procedimiento común en materia de protección internacional en la Unión y se deroga la Directiva 2013/32/UE, PE/16/2024/REV/1, DO L, 2024/1348, 22.5.2024.

³⁹ *Cassazione Penale, Sez. I, Ordinanza, 20 giugno 2025 (ud. 29 maggio 2025), n. 23105.*

externa exclusiva implícita de la UE por la capacidad de este acuerdo de «incidir sobre normas comunes o modificar el alcance (Montaldo, 2025)⁴⁰.

5. La política migratoria de Dinamarca

5.1. El *Memorandum of understanding* Dinamarca-Ruanda

El *opt-out* estipulado en los años '90 en materia de justicia y asuntos interiores ha permitido a Dinamarca mantener autonomía en los asuntos migratorios, aunque puede decidir participar en el acervo Schengen a título de Derecho internacional, incorporando determinadas medidas a su legislación interna (art. 4 del Protocolo n. 22 al TFUE)⁴¹, como la normativa en materia de visados o el sistema Eurodac⁴². El TJUE se ha ocupado de la posición de este país en la sentencia de 22 de septiembre de 2022, *SI, TL, ND, VH, YT, HN c. Bundesrepublik Deutschland*, C-497/21, recordando que, aunque sea un Estado miembro de la Unión, el Protocolo sobre la posición de Dinamarca le otorga un estatus diferente a los demás⁴³.

La política de Dinamarca en este ámbito ha cambiado en el curso de los años. El giro ha sido particularmente restrictivo, antitético a la tradición acogedora que lo había caracterizado⁴⁴, incidiendo no solo en el proceso de integración⁴⁵, sino de recepción y protección internacional. La justificación de este nuevo enfoque se encuentra en la teoría de la sustancial homogeneidad del pueblo danés, base de su identidad nacional, de la que el *welfare state* es parte integrante. Dicha política fue inicialmente promovida por el Gobierno de centroderecha con motivo de la crisis de los refugiados de 2015. En aquel momento, especialmente el Partido del Pueblo Danés, de corte populista, impulsó una fuerte campaña anti-islam. No obstante, desde 2019, ha sido respaldada también por el Partido Social Democrático, que la ha convertido en una de sus prioridades (Bale, Green-Pedersen, Krouwel, Luther y Sitter, 2010, pp. 410–26).

⁴⁰ Artículos 3.2 y 216.1 TFUE junto al art. 4.3 TUE.

⁴¹ Atendiendo al art. 4 del Protocolo n. 22 al TFUE, «1. Dentro de un período de seis meses a partir de que el Consejo haya tomado una medida sobre una propuesta o iniciativa de desarrollar el acervo de Schengen en los ámbitos cubiertos por la presente parte, Dinamarca decidirá si incorpora esta medida a su legislación nacional. Si así lo hiciere, esta medida creará una obligación, de Derecho internacional, entre Dinamarca y los restantes Estados miembros vinculados por la medida. 2. Si Dinamarca decide no aplicar una medida del Consejo, en el sentido del apartado 1, los Estados miembros vinculados por esta medida y Dinamarca considerarán las medidas apropiadas que deban tomar».

⁴² El Acuerdo entre la [Unión] Europea y el Reino de Dinamarca relativo a los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de asilo presentada en Dinamarca o cualquier otro Estado miembro de la UE y a «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Convenio de Dublín (DO 2006, L 66, en lo sucesivo, «Acuerdo entre la UE y Dinamarca») fue aprobado en nombre de la UE mediante la Decisión 2006/188/CE del Consejo, de 21 de febrero de 2006, DO 2006, L 66.

⁴³ STJUE, de 22 de septiembre de 2022, *SI, TL, ND, VH, YT, HN c. Bundesrepublik Deutschland*, C 497/21. En el caso concreto el TJUE puso de relieve que, atendiendo al Acuerdo entre la UE y Dinamarca, a esta última no se le aplican ni la Directiva 2011/95/UE sobre normas comunes para el reconocimiento de nacionales de terceros países o apátridas como beneficiarios de protección internacional (refugiado o beneficiario de protección subsidiaria), DO L 337 de 20.12.2011, ni la Directiva 2013/32/UE sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional, DO L 180 de 29.6.2013, que por lo tanto no son vinculantes para dicho Estado, y únicamente participa en el sistema del Reglamento Dublín III, Reglamento (UE) n. 604/2013, DO L 180 de 29.6.2013.

⁴⁴ Al respecto, es interesante observar que Dinamarca fue el primer Estado en firmar la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los refugiados de 1951.

⁴⁵ Un ejemplo en este sentido se puede encontrar en la *Lov nr. 717 af 8. juni 2018 om ændring af straffeloven (Tildækningsforbud)*, promovida por el Gobierno de centroderecha, que reguló la prohibición del velo islámico integral en los espacios públicos, a pesar de no haber prácticamente mujeres en Dinamarca que llevaran esta prenda. Dicha prohibición fue prevista en el art. 134c del Código Penal, atendiendo al cual: «Toda persona que, en un lugar público, lleve una prenda que oculta su rostro, será castigada con una multa».

La externalización de las fronteras representa uno de los resultados más evidentes. La reforma adoptada en junio de 2021⁴⁶, que modificó la normativa en materia de extranjería (*Aliens Act N. 301/2004*), permite transferir a los solicitantes de asilo a un tercer país, extra-UE, tanto para la tramitación del procedimiento como para la protección de los refugiados, con arreglo a un acuerdo bilateral con este país, siempre y cuando dicho traslado no viole las obligaciones internacionales de Dinamarca (Lemberg-Pedersen, 2021, pp. 7-23; Whyte, Campbell y Overgaard, 2020, p. 18).

Ahora bien, la normativa *de quo* representa un caso singular, siendo Dinamarca el único Estado a haber legalizado el traslado de solicitantes de asilo fuera de Europa, al margen de un acuerdo específico, a través de una disposición marco. Esta cláusula legitimaría en vía generalizada la estipulación de acuerdos bilaterales de externalización de la inmigración. En virtud de esta normativa marco, justo antes de la aprobación de la ley, Dinamarca estipuló un MOU con Ruanda en el que los dos Estados se comprometen a reforzar la cooperación en materia de asilo y migración⁴⁷. A continuación, en septiembre de 2022, los Ministerios de Asuntos Exteriores de los dos países emitieron una declaración conjunta. La Unión Africana se opuso firmemente (African Union, 2021; TAN, 2022). Aunque, de momento, el acuerdo se ha quedado sin aplicación práctica, puesto que no ha habido traslados hacia Ruanda, es una muestra evidente de la dura línea adoptada por Dinamarca para intentar gestionar el fenómeno migratorio.

5.2. El Tratado Dinamarca-Kosovo

Al mismo tiempo, Dinamarca estipuló también un tratado internacional con Kosovo (Zeneli, 2025)⁴⁸, el 15 de diciembre de 2021, para el traslado al Centro Correccional de Gjilan de 300 detenidos extranjeros a cambio de 15.000.000 de euros cada año. Atendiendo a dicho acuerdo, que tiene en principio una duración de 5 años con posibilidad de prórroga, pueden ser trasladados y por lo tanto recluidos adultos, que tienen que cumplir una sentencia emitida por el Estado danés, con la inclusión de personas a las que se les impone una orden de expulsión y las que se encuentran bajo custodia, a la espera de la ejecución de una orden de expulsión en el Estado receptor.

Según el ministro de Justicia danés, esta cooperación beneficiará a las instituciones de justicia, así como al Servicio Penitenciario de Kosovo, repercutiendo positivamente en la calidad y la infraestructura general de este servicio (Telegrafi,

⁴⁶ LOV nr 1191 af 08.06.2021, Udlændinge- og Integrationsministeriet, Lov om ændring af udlændingeloven og hjemrejseloven.

⁴⁷ Memorandum of Understanding between the Ministry of Foreign Affairs and the Ministry of Immigration and integration of the Kingdom of Denmark & the Ministry of Foreign Affairs and International cooperation of the Republic of Rwanda regarding cooperation on asylum and migration issue, April 2021 [MoU on Asylum and Migration between Rwanda and Denmark.pdf](#). También el Reino Unido estipuló un MOU con Ruanda: *MoU between the Government of the United Kingdom and the Government of the Republic of Rwanda for the provision of an asylum partnership arrangement*, 14 April 2022, y *Addendum to the Memorandum of Understanding*, 6 April 2023, <https://www.gov.uk/government/publications/memorandum-of-understanding-mou-between-the-uk-and-rwanda>. En este caso el TEDH aplicó las medidas cautelares, ordenando la suspensión del traslado de los migrantes hacia Ruanda, habida cuenta de que no es un país seguro ni democráticamente estable. Esto conllevaba el riesgo para los demandantes de ser sometidos a tratos inhumanos y degradantes (art. 3 CEDH) y a violaciones sistemáticas de los derechos por la ausencia de mecanismos para permitirles volver al Reino Unido, en el caso de que su solicitud fuera aceptada. En esta línea, el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido, el 29 de junio 2023, con una decisión contraria a la emitida en primera instancia, y luego el Tribunal Supremo en la sentencia de 15 de noviembre de 2023 se conformaron al planteamiento del TEDH.

⁴⁸ *Treaty between the Kingdom of Denmark and the Republic of Kosovo on the use of the Correctional Facility in Gjilan for the purpose of the execution of Danish sentences*, 15.12.2021 <https://www.justitsministeriet.dk/wp-content/uploads/2022/04/Final-treaty-Denmark-Kosovo.pdf>.

2021). En esta línea, el ministro de Justicia de Kosovo⁴⁹ ha puesto de relieve la importancia del resultado alcanzado, que los gobiernos anteriores habían intentado lograr sin éxito (Telegrafi, 2021; Zeneli, 2025). El Parlamento de Kosovo, el 23 de mayo de 2024, ratificó dicho Tratado, si bien su implementación está prevista para 2027 (Stenholm y Baccini, 2025).

En virtud de lo dispuesto en el Tratado, Kosovo, el Estado receptor, pondrá a disposición de Dinamarca, el Estado remitente, la prisión para la ejecución de las sentencias dictadas por este último (art. 4). El Estado receptor tiene que asegurar que el establecimiento reúna los requisitos mínimos. En el Centro penitenciario se aplicará el Derecho danés en lo que se refiere a los derechos y obligaciones de los reclusos (art. 5). Los reclusos podrán presentar quejas o acciones legales sobre la ejecución de las sentencias danesas. Asimismo, el Derecho danés tendrá aplicación también en las cuestiones en materia de empleo, atención sanitaria, entorno laboral y seguridad, que afecten al personal del Estado remitente. También las solicitudes de asilo se tramitarán atendiendo al derecho danés. Los reclusos serán trasladados de vuelta al Estado emisor antes de su liberación, a menos que sean nacionales o residentes del Estado receptor, o que exista un acuerdo entre el Estado emisor y un tercer Estado sobre su traslado al tercer Estado tras su liberación. En febrero de 2025, el Servicio Correccional de Kosovo y el Servicio de Prisiones y Libertad Condicional de Dinamarca firmaron el Acuerdo de Cooperación para el uso del centro penitenciario de Gjilan.

Ahora bien, la formulación muy genérica del acuerdo, no especificando quién puede ser trasladado y por tanto detenido, no excluye la posibilidad de transferir en un momento determinado, además de los extranjeros en situación irregular, también a los ciudadanos. En este sentido, la indefinición de los términos facilita una interpretación extensiva de los mismos para incluir en su ámbito de aplicación al mayor número posible de personas. Por otra parte, también en este caso son evidentes los riesgos de incompatibilidad con los estándares mínimos de protección del derecho a solicitar protección internacional y a que la solicitud sea analizada en el respeto de las garantías básicas del procedimiento, con la prohibición de expulsiones colectivas y de devoluciones a países en los que los interesados pueden sufrir torturas y tratamientos humanos y degradantes hasta perder la propia vida. Además, de forma análoga al Protocolo Italia-Albania, se aprecia la vulneración del principio de igualdad, puesto que es muy difícil que las condiciones en los centros a los que serán trasladados los migrantes sean equivalentes a las condiciones, en términos de derechos y garantías, ofrecidas *in loco*. Y, por último, esta medida podría constituir un referente para otros Estados, que en el intento de descongestionar sus sistemas penitenciarios seguirán el ejemplo.

6. El modelo de la Unión Europea

6.1. El acuerdo UE-Turquía

La relación entre la dimensión interna y externa de la política migratoria está prevista de forma expresa en el art. 78.2 g TFUE, que atribuye a la UE la competencia para adoptar medidas, que fomenten el partenariado y la cooperación con países terceros para gestionar los solicitantes de asilo. En esta línea, el art. 79.3 TFUE establece que la Unión «puede concluir con los países terceros acuerdos para la readmisión, en los países de origen o de procedencia, de ciudadanos de países terceros, que no satisfacen o ya no satisfacen las condiciones para el ingreso, la presencia o la permanencia en el territorio de uno de los Estados miembros».

⁴⁹ Kosovo es un candidato potencial para la adhesión a la UE.

También la estrategia de externalización de la UE se inspira en una evidente lógica utilitarista, basada en el intercambio de financiación por la colaboración en la lucha contra la inmigración irregular y, sobre todo, la reducción de los flujos de migrantes. Al respecto, se puede observar que la UE ha pasado de la adopción de acuerdos de *soft law* -el primero que inauguró esta tendencia fue la Declaración UE-Turquía- a la recepción de esta estrategia en textos jurídicamente vinculantes (Consejo Europeo, 2016), como el Reglamento (UE) 2024/1350 sobre el reasentamiento⁵⁰, el Reglamento (UE) 2026/464 que establece una lista europea de países seguros, el Reglamento (UE) 2026/463 sobre el concepto de tercer país seguro y la Propuesta de Reglamento por la que se establece un sistema común para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular en la Unión⁵¹ y se deroga la Directiva 2008/115/CE⁵².

La Declaración UE-Turquía pertenece a la categoría de los acuerdos caracterizados por una «informalidad no homogénea» (Algostino, 2019, p. 156), que se encuentran en el limbo del *soft law*, de este derecho «más blando», «líquido». Estamos ante un modelo alternativo a los Tratados internacionales. El Tribunal General de la UE, en los asuntos *NG y NM/Consejo Europeo*, de 28 de febrero de 2017⁵³, se declaró incompetente para tramitar y juzgar las demandas interpuestas. De forma más específica, se consideró que, aunque se tratara de un acuerdo internacional informal, fue logrado por los jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Unión y el primer ministro turco, como actores de Derecho internacional, quienes llevaron a cabo las negociaciones. En este supuesto, los Estados no habrían participado en su condición de miembros, representantes de la UE, como institución, sino como jefes de Estado y de Gobierno de los propios Estados. De esta forma, el Tribunal General consiguió desplazar la responsabilidad del acuerdo-declaración hacia los Estados miembros.

Por su parte, el apoyo de la UE a este acuerdo, que ha sido considerado un «modelo a seguir», «extrapola la declaración del marco de la emergencia, en el que ha nacido, y la normaliza, transformándola en un nuevo estándar» y produciendo de hecho efectos jurídicos vinculantes (Molinari, 2022, pp. 51-73). Es evidente que esto genera serios problemas, puesto que su dudosa naturaleza jurídica y la escisión entre forma (declaración política, *statement* de *soft law*) y sustancia (tratado internacional) contribuyen al proceso de deconstrucción del ordenamiento, deformándolo. En efecto, a pesar de que no se haya acudido al procedimiento previsto para la estipulación de los Tratados internacionales, consigue los mismos resultados.

Esta escisión determina la alteración y la consiguiente ruptura del sistema de fuentes y de los mecanismos de producción normativa, difuminando la distinción entre lo que tiene relevancia jurídica, y por tanto vincula a las partes, y lo que es simplemente una manifestación de interés previo a la adopción del acuerdo internacional en términos estrictos, sin dejar a un lado los efectos negativos en las garantías del procedimiento de adopción, que se caracteriza por un alto nivel de informalidad, por la falta de publicidad, de transparencia y por consiguiente de seguridad jurídica, que constituye uno de los valores básicos del Estado de Derecho, y la afectación a los derechos.

⁵⁰ Reglamento (UE) 2024/1350 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de mayo de 2024, por el que se establece el Marco de Reasentamiento y Admisión Humanitaria de la Unión y se modifica el Reglamento (UE) 2021/1147, PE/18/2024/REV/1, DO L, 2024/1350, 22.5.2024.

⁵¹ COM (2025) 101 final, 2025/0059(COD), Estrasburgo, 11.3.2025.

⁵² Directiva 2008/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, DO L 348 de 24.12.2008.

⁵³ Tribunal General, autos de 28 de febrero de 2017, T-192/16, T-193/16 y T-257/16 NF, *NG y NM/Consejo Europeo* (Cannizzaro, 2017, 251-257; Fernández Arribas, 2017, pp. 303-309).

Es evidente que tales acuerdos, independientemente de que contengan algunas cláusulas, en las que los Estados signatarios se comprometan a respetar las obligaciones en materia de derechos humanos fundamentales, no son materialmente conformes a los estándares europeos e internacionales. En particular, se observa la incompatibilidad con los artículos 3 y 4 del CEDH y con el art. 4 del Protocolo n. 4 al CEDH, que prohíbe las devoluciones a países, en los que hay riesgo de ser sometidos a tortura o tratos inhumanos y degradantes, así como a esclavitud y a trabajo forzoso, y con los artículos 18 y 19 de la Carta, que reconocen el derecho de asilo, la prohibición de expulsiones colectivas y el principio de *non-refoulement*. Sin embargo, a pesar de los aspectos críticos, el Acuerdo-Declaración se ha convertido en un modelo para la UE, que en los últimos años ha acudido cada vez más a instrumentos de *soft law* (Afganistán, Bangladesh, Etiopía, Guinea, Gambia y Costa de Marfil). Con Bielorrusia se estipuló un tratado para la readmisión de las personas irregulares en 2020⁵⁴, que no obstante ha sido suspendido después de un año.

6.2. El partenariado estratégico y global entre la UE y Túnez

En julio de 2023, la UE, representada por la Comisión Europea, adoptó un *MOU on a strategic and global partnership* con Túnez para reforzar la cooperación. Dicho acuerdo se basa en cinco pilares: estabilidad macroeconómica, economía y comercio, transición energética verde, contactos interpersonales, migraciones y movilidad. La Comisaria para los derechos humanos del Consejo de Europa mostró sus perplejidades, afirmando que el respaldo a este país se puede traducir, directa o indirectamente, en una violación de los derechos humanos por parte de los terceros países involucrados.

El enfoque parcial del acuerdo al fenómeno migratorio se centra en el «nexo migración/desarrollo», no prestando atención a la tutela de los derechos de los migrantes, a los que solo se hace una referencia genérica en relación con la necesidad de favorecer la institución de canales legales. Al contrario, hubiera sido interesante incorporar un conjunto de garantías, que permitiera evitar los efectos negativos, como la publicación de una evaluación de impacto sobre los derechos humanos, la transparencia en la erogación de los fondos, la institución de mecanismos de supervisión y la posible suspensión de actividades, que puedan violar los derechos de estas personas. Este enfoque genérico contribuye a aumentar la preocupante tendencia a sacrificar los derechos humanos. Además, el contexto general del país hace dudar de que se trate de un Estado seguro por la involución democrática que ha sufrido (Denaro y Raach, 2022, 570–599).

En diciembre de 2023, en el marco del Memorándum UE-Túnez, se estipuló otro acuerdo, que prevé una financiación de 150 millones de euros (European Commission, 2023). Según la Comisión Europea dicho acuerdo, que funcionaría muy bien, ha reducido sensiblemente los flujos en entrada desde Túnez a Italia, llevando al arresto por parte de las autoridades tunecinas de un número significativo de traficantes de seres humanos y contrabandistas. Sin embargo, parece que esta reducción está relacionada con las deportaciones en los desiertos, sin contar el problema de la corrupción de la policía. El mensaje que se quiere trasladar es el de la importancia de la ayuda de la UE y de la colaboración de la OIM y de ACNUR para permitir a este país, que ha sufrido un aumento del número de los refugiados muy importante, dotarse de un sistema de protección internacional.

El 21 de octubre de 2024, el Defensor del Pueblo Europeo finalizó la investigación, abierta de oficio, sobre el respeto por este país de los derechos humanos en el marco de dicho MOU. En su opinión, la Comisión debería fijar y

⁵⁴ Acuerdo entre la Unión Europea y la República de Bielorrusia relativo a la readmisión de las personas irregulares, OJ L 181, 9.6.2020.

publicar los criterios que podrían determinar la suspensión del acuerdo por violación de los derechos fundamentales en la ejecución de proyectos financiados por la UE a Túnez. En el informe, se exhortó a la Comisión a actualizar y publicar periódicamente la información sobre el respeto de los derechos humanos, establecer los criterios en los que se basaría la suspensión de contratos por violaciones de los derechos humanos en la ejecución de proyectos financiados por la UE en Túnez, y animar a sus socios implementadores a establecer mecanismos de denuncia (European Ombudsman, 2024).

6.3. Las relaciones con terceros países como parte de la nueva estrategia de la UE

Además del partenariado estratégico y global entre la UE y Túnez, entre 2023 y 2025, tras el importante repunte post-Covid-19 de la inmigración, la UE ha estipulado acuerdos con Marruecos, Egipto, Mauritania, Líbano y Jordania. En 2023 se puso en marcha un programa de cooperación con Marruecos de 624 millones de euros para la transición ecológica, la migración y las reformas (European Commission, 2023). En virtud de dicho programa se han destinado 152 millones de euros al refuerzo de las fronteras para luchar contra las redes de tráfico de seres humanos, su Estrategia Nacional sobre Inmigración y Asilo, el retorno voluntario y la reintegración de los migrantes a sus países de origen, con arreglo a los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

A continuación, en 2024 la UE firmó acuerdos también con Egipto y Mauritania. Egipto, que no es un país de tránsito, aunque tiene un elevado porcentaje de inmigrantes, estipuló con la UE el Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación⁵⁵. A partir de dicho marco, la Declaración UE-Egipto de 17 de marzo de 2024 (European Commission, 2024) reafirma las prioridades de la Asociación, volviendo a confirmar el objetivo conjunto de abordar los retos comunes y garantizar la estabilidad a largo plazo y el desarrollo sostenible a ambas orillas del Mediterráneo. Las partes se comprometen a respetar los valores universales de la democracia, el Estado de Derecho y los derechos humanos.

A continuación, unos días después, la UE adoptó la Decisión (UE) del Consejo 2024/1144⁵⁶ por la que se concede una ayuda macro-financiera a corto plazo a la República Árabe de Egipto. Se trata de un acto, que vincula a sus destinatarios (art. 288 TFUE), cuyo objetivo es favorecer una asociación global y estratégica con Egipto, a fin de que pueda cumplir un papel clave en la región. La ayuda, de un importe máximo de 1.000.000.000 EUR, respalda la estabilización de su economía y promueve un importante programa de reformas. En mayo de 2025 la UE acordó asistir a Egipto con una ayuda de 4.000 millones en préstamos para avanzar en reformas (Consejo de la Unión Europea, 19.5.2025). También en este caso, el acuerdo se basa en la condicionalidad positiva, previendo la recepción de fondos de la UE a cambio de la puesta en marcha de reformas estructurales, que permitan avanzar de forma concreta y creíble en la institución de un sistema parlamentario multipartidista, en la consolidación del Estado de Derecho, y en el respeto de los derechos humanos.

En esta línea, en el mismo periodo, el 7 de marzo de 2024, la UE estipuló un acuerdo (*join declaration*) con Mauritania (European Commission, 2024). También en este caso la intervención de la UE se justifica habida cuenta, por un lado, del papel

⁵⁵ Protocolo del Acuerdo Euromediterráneo por el que se establece una Asociación entre las Comunidades Europeas y sus Estados miembros, por una parte, y la República Árabe de Egipto, por otra, relativo a un Acuerdo Marco entre la Unión Europea y la República Árabe de Egipto sobre los principios generales de la participación de la República Árabe de Egipto en programas de la Unión, ST/15086/2023/INIT, DO L, 2024/409, 30.1.2024.

⁵⁶ Decisión (UE) 2024/1144 del Consejo, de 12 de abril de 2024, por la que se concede una ayuda macrofinanciera a corto plazo a la República Árabe de Egipto, DOUE, n. 1144, de 15 de abril de 2024.

estratégico de este país, y por otro, de su «contexto regional», «caracterizado por una creciente inestabilidad e inseguridad, y por el drástico aumento del número de migrantes irregulares, que provoca sufrimiento, abusos y diversas formas de explotación, en particular para niños y mujeres, así como la inaceptable pérdida de vidas en el desierto o en el mar». Esta afluencia masiva genera tensiones con la comunidad de acogida por el impacto en su economía y seguridad en lo que respecta a la amenaza terrorista y la delincuencia organizada transnacional.

El presente acuerdo pretende promover una asociación, que fortalezca el diálogo regular sobre los problemas y desafíos de la migración y el desplazamiento forzado, basado en la reciprocidad, que proporcione un marco para acordar objetivos y acciones conjuntos. Para ello, se presenta una «hoja de ruta» con iniciativas horizontales para fortalecer la capacidad de Mauritania de controlar los flujos migratorios, atendiendo a las prioridades establecidas en su Estrategia Nacional de Gestión de la Migración. Las áreas y objetivos prioritarios son: 1. Oportunidades para jóvenes para facilitar la cohesión social; 2. Protección y asilo; 3. Migración legal y movilidad. 4. Migración irregular, tráfico ilícito de migrantes, trata de personas, retorno y readmisión. 5. Gestión, vigilancia de las fronteras. Es interesante observar que los objetivos de cada área han sido especificados de forma muy detallada.

En 2024, la UE se comprometió a proporcionar un paquete de ayuda de 1.000.000 de euros al Líbano (Directorate-General For Neighbourhood And Enlargement Negotiations, 2024). Y, por último, a principios de 2025 se firmó la Asociación Estratégica y Global UE-Jordania, entre cuyos pilares se incluye la migración y la protección y apoyo a los refugiados (Consejo Europeo/Consejo de la Unión Europea, 2025). En este marco, el 25 de agosto de 2025 se estipuló un MOU, tras el que la UE desembolsó el primer tramo de 250.000.000 de euros de ayuda macrofinanciera (European Commission, 2025).

De estas referencias, se puede observar que la adopción de partenariados con los países de origen y tránsito de migrantes se está convirtiendo en la tendencia, con el fin de bloquear *in loco* los flujos, intentando favorecer el desarrollo de estos Estados. Tales acuerdos son la muestra evidente de que la externalización de las fronteras a través de la cooperación con los países terceros de origen y tránsito se ha convertido en parte integrante de la política migratoria de la UE. Sin embargo, la lógica subyacente tendría sentido solo si se consiguiera preservar los derechos fundamentales de las personas, que se ven obligadas a abandonar los territorios a la búsqueda de protección.

7. Conclusiones

La externalización de las fronteras se ha convertido en uno de los ejes de la política migratoria tanto de los Estados miembros como de la UE, puesto que permite delegar el control de la inmigración y, por consiguiente, la responsabilidad en los Estados de origen y tránsito, es decir antes de la llegada a la UE. En virtud de este esquema, la entidad delegante se limitaría a llevar a cabo un «control a distancia», a fin de eximirse de la responsabilidad por el trato dispensado a quienes intentan llegar al continente europeo.

En el marco de esta estrategia se puede observar la existencia de algunos patrones comunes, que están contribuyendo a consolidar un modelo compartido, como la lógica subyacente, la finalidad pretendida, el *modus operandi* de los Estados involucrados y las acciones puestas en marcha. Ante todo, se constata que todas estas medidas se inspiran en la «condicionalidad positiva» o «económica», es decir, los Estados de la UE y la misma Unión se comprometen a proporcionar ingentes fondos a los países terceros de origen y tránsito de las migraciones para alcanzar un objetivo: luchar contra la inmigración irregular, bloqueándola *in loco*, es decir, antes

del ingreso en Europa, e implementar las reformas estructurales necesarias para el desarrollo y la transición democrática de los países socios.

En cuanto a la forma de actuación, en los últimos años, se ha producido un incremento tanto de los Estados que han recurrido a estas técnicas, como del número y del tipo de acuerdos, que han pasado de ser concluidos mediante instrumentos de *soft law* (MOU/*statement*) a ser estipulados a través de Tratados internacionales. No obstante, la formalización en textos de *hard law* no excluye el riesgo de que se contribuya a crear nuevas zonas de impunidad, típicas de los contextos de desterritorialización. Tales espacios se caracterizan por violaciones graves y por la proliferación de la criminalidad organizada.

De forma más específica, este estudio se ha centrado antes en Italia y Dinamarca, como ejemplos de Estados miembros, que están promoviendo esta política, y luego en la UE, que a partir de los modelos nacionales está adoptando un modelo propio. Italia reforzó la estrategia de externalización de las fronteras con el MOU con Libia (2017). Dicho Memorándum constituyó la base de los *pushbacks* y los *pullbacks* y de la serie de *core crimes*, a los que se someten los inmigrantes. Tales crímenes pueden ser enjuiciados por la CPI. En dicho marco, el Protocolo Italia-Albania da concreción a un nuevo modelo extraterritorial.

Este acuerdo, nacido en el limbo del *soft law*, ha sido posteriormente tramitado, siguiendo los cauces procedimentales previstos por los respectivos ordenamientos, representando un paso en adelante en lo bueno y en lo malo. Es decir, desde un punto de vista formal, esta vez se ha respetado el procedimiento de producción normativa dispuesto a nivel constitucional, que ha llevado a la aprobación de un acuerdo jurídicamente vinculante, siendo este un índice importante de mayor seguridad jurídica y transparencia que un MOU. Asimismo, se observa el refuerzo de la influencia y la fuerza de Italia, puesto que ya no hay delegación, sino que se preocupa por gestionarlo todo, si bien fuera de sus confines, en el territorio albanés. Aunque esto sea una muestra de la voluntad del Estado italiano de asumir la responsabilidad de lo que ocurre en estos centros, evidentemente no elimina los problemas aplicativos.

El caso de Dinamarca es distinto. Este Estado no ha tenido que afrontar una crisis sistémica del sistema de acogida, como Italia. No obstante, en la última década ha desarrollado un enfoque muy restrictivo, que ha desembocado también en la externalización, adoptando fórmulas inéditas. Por un lado, el MOU con Ruanda de 2021 tiene su base legal en una suerte de «ley marco», única en el panorama europeo, que legitima la adopción de acuerdos. Por otro, la cooperación con Kosovo está regulada en un tratado internacional para trasladar migrantes reclusos a la cárcel de Gjilan en el país socio. Estos instrumentos, de momento, no han tenido aplicación práctica: después de las críticas, al final, no ha habido traslados a Ruanda y la puesta en marcha del Tratado con Kosovo se ha ido posponiendo, aunque se prevé que los extranjeros condenados por Dinamarca empezarán a ser trasladados en 2027.

Por todo ello, aunque de momento, el modelo más efectivo y también más problemático en la práctica es el italiano, que al contrario del danés lleva años funcionando, el fortalecimiento de este enfoque también en otros países de la UE es indicativo del cambio generalizado, que se ha producido, en la forma de aproximarse a la inmigración. Tanto el Protocolo Italia-Albania como el Tratado entre Dinamarca y Kosovo denotan cada vez más la voluntad de los Estados de la UE de dar cobertura jurídica a prácticas que hasta ahora han sido implementadas en vía de hecho para normalizarlas. Extrapolar dichas actuaciones del *soft law* y ponerlas bajo el manto del *hard law* permite institucionalizarlas y transmitir también a la ciudadanía una imagen de orden y seguridad frente a un fenómeno, que está siendo concebido cada vez más como un peligro para la sostenibilidad del espacio europeo de libertad, seguridad y

justicia. Dinamarca e Italia mostraron esta visión compartida también en la carta del 22 de mayo de 2025 dirigida al TEDH para que deje de interferir en los ordenamientos internos⁵⁷.

En esta línea, también la UE ha reforzado la externalización de las fronteras, pasando de la adopción de acuerdos de *soft law* –el primero que inauguró esta tendencia fue la Declaración UE-Turquía en 2016– a la recepción de esta estrategia en textos jurídicamente vinculantes. Solo entre 2023 y 2025, la UE ha estipulado acuerdos con Túnez, Marruecos, Egipto, Mauritania, Líbano y Jordania. No obstante, el que estos países terceros se hayan comprometido a poner en marcha reformas estructurales no los convierte en países seguros, nada más lejos. El Reglamento (UE) 2026/464 que establece una lista europea de países seguros y el Reglamento (UE) 2026/463 sobre el concepto de tercer país seguro confirman que esta noción es cada vez más evanescente, dependiendo en definitiva este estatus de meras evaluaciones de oportunidad.

Ahora bien, aunque el riesgo de que se produzca una proliferación de islas de impunidad fuera de los territorios de la UE preocupa, ante todo, tenemos que ser conscientes de que la externalización se ha convertido en uno de los principales instrumentos de la política migratoria de la UE para impedir la llegada masiva de personas. En esta línea, la progresiva formalización de los acuerdos de cooperación, aunque no elimina los problemas de estos instrumentos, supone un avance desde dos puntos de vista: por un lado, en términos de transparencia, conlleva la posibilidad de un mayor escrutinio por parte de la ciudadanía y de los medios de comunicación; y por otro, de tal forma, tales acuerdos pueden ser sometidos a control judicial. El Protocolo Italia-Albania representa un buen ejemplo en este sentido. El diálogo entre los jueces nacionales, así como entre estos y el TJUE, está ejerciendo una importante función de revisión y exigencia de responsabilidad al Gobierno italiano para que en su aplicación respete los estándares mínimos de protección.

Bibliografía

- African Union. (2021). *On Denmark's Aliens Act Provision to Externalise Asylum Procedures to Third Countries*. African Union. <https://au.int/en/pressreleases/20210802/press-statement-denmarks-alien-act-provision-externalize-asylum-procedures>.
- Algotino, A. (2017). L'esternalizzazione *soft* delle frontiere e il naufragio della Costituzione. *Costituzionalismo.it*, (1), 139-182.
- Amnesty International. (6 de julio, 2017). *A Perfect Storm. The Failure of European Policies in the Central Mediterranean*. Amnesty International. <https://www.amnesty.org/en/documents/eur03/6655/2017/en/>.
- Amnesty International. (11 de diciembre, 2017). *Libya's Dark Web of Collusion. Abuses against Europe-Bound Refugees and Migrants*. Amnesty International. <https://www.amnesty.org/en/documents/mde19/7561/2017/en/>.
- Bale, T., Green-Pedersen, C., Krouwel, A., Luther, K.R. y Sitter, N. (2010). If You Can't Beat Them, Join Them? Explaining Social Democratic Responses to the Challenge from the Populist Radical Right in Western Europe. *Political Studies*, 58(3), 410–26. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2009.00783.x> Digital Object Identifier (DOI).
- Biondi Dal Monte, F. (2025). Il protocollo Italia-Albania e i diritti dei migranti. Profili di diritto costituzionale. *Osservatorio sulle fonti*, (1), 213-245.

⁵⁷ A este propósito, *vid.* la Carta de 22 de mayo de 2025 firmada por los primeros ministros de Italia, Dinamarca, Austria, República Checa, Lituania, Polonia, Bélgica, Estonia y Letonia, *Joint Letter on the European Court of Human Rights' interpretation of the European Convention on Human Rights*, 22.5.2025.

- <https://www.osservatoriosullefonti.it/mobile-saggi/speciali/speciale-il-protocollo-tra-italia-e-albania-in-materia-di-migrazione-profilo-di-legittimita-costituzionale-e-sovranaazionale-e-rischi-per-i-diritti-fondamentali/1956-il-protocollo-italia-albania-e-i-diritti-dei-migranti-profilo-di-diritto-costituzionale>.
- Bonetti, P. (2024). *Audizione del Protocollo Italia-Albania*. Camera dei deputati. <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26940.09-01-2024-18-09-18.092.pdf>.
- Caianiello, M. y Meloni, C. (24 de enero, 2025). Caso Almasri: una discutibile interpretación de la ley de cooperación de Italia con la CPI ha llevado a la encarcelación del primer investigador arrestado en el suelo europeo en el ámbito de las investigaciones en Libia. *Sistemapenale*. <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/caianiello-meloni-una-discutibile-interpretazione-della-legge-di-cooperazione-dellitalia-con-la-cpi-commento-allordinanza-di-scarcerazione-nel-caso-almasri-davanti-alla-corte-dappello-di-roma>.
- Calvo Mariscal, L. (2023). *Inmigración, externalización de fronteras europeas y derechos humanos en Libia*, Editorial Reus.
- Cannizzaro, E. (2017). Denialism as the Supreme Expression of Realism. A Quick Comment on NF v. European Council. *European Papers*, 2(1), 251–257. <http://dx.doi.org/10.15166/2499-8249/120>.
- Cavasino, E. (2023). Il sistema di accoglienza italiano in ‘crisi sistemica’: strategie nazionali e risposte sovranazionali. *ADiM Blog, Analisi & Opinioni*, <https://www.adimblog.com/2023/06/30/il-sistema-di-accoglienza-italiano-in-crisi-sistemica-strategie-nazionali-e-risposte-sovranaazionali/>.
- Celoria, E. y De Leo, A. (2024). Il Protocollo Italia-Albania e il Diritto dell’Unione europea: una relazione complicata. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, (1), 1-27. <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2024-1/1414-il-protocollo-italia-albania-e-il-diritto-dell-unione-europea-una-relazione-complicata/file>.
- Commissaria per i diritti umani del Consiglio d’Europa. (13 de febrero, 2020). *Carta al Ministero di Affari Esteri e Cooperazione*, Ref: CommHR/DM/sf 006-2020. Coe.int. <https://rm.coe.int/letter-to-mr-luigi-di-maio-minister-of-foreign-affairs-and-international/16809c8262>.
- Shatz, O., Branco, J. y otros. (2019). *Communication to the Office of the Prosecutor of the ICC Pursuant to the Article 15 of the Rome Statute, EU Migration Policies in the Central Mediterranean and Libya (2014-2019)*. Statewatch. <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/jun/eu-icc-case-EU-Migration-Policies.pdf>.
- Consejo de la Unión Europea. (2025). *Comunicado de prensa. Egipto: el Consejo y el Parlamento Europeo alcanzan un acuerdo sobre la ayuda macrofinanciera*. European Council, Council of the European Union. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2025/05/19/egypt-council-and-european-parliament-secure-agreement-on-macro-financial-assistance/>.
- Consejo Europeo. (2016). *Comunicado de prensa, Declaración UE-Turquía*. European Council, Council of the European Union. <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>.
- Consejo Europeo, Consejo de la Unión Europea. (2025). *Relaciones UE-Jordania: datos y cifras*. Council, Council of the European Union. <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/eu-jordan-relations/>.
- Crippa, M. (23 de diciembre, 2021). Justicia penal internacional e criminales cometidos en los enfrentamientos de migrantes y refugiados en Libia: una comunicación ex art. 15 Estatuto de Roma sugiere al procurador la apertura de investigaciones para criminales contra la humanidad

- e crimini di guerra di fronte alla corte penale internazionale. *Sistema penale*. <https://www.sistemapenale.it/it/scheda/comunicazione-corte-penale-internazionale-crimini-migranti-libia>.
- De Pasquale, P. (2024). L'esternalizzazione dei controlli di frontiera e dei diritti dei migranti dell'Unione europea e degli Stati membri nel Mediterraneo. *Studi sull'integrazione europea*, 19(2), 183-197.
- Del Valle Gálvez, J. A. (2020). Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre 'extraterritorialidad', 'desterritorialidad' y 'externalización' de controles y flujos migratorios. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, 2, 145-210. <https://doi.org/10.25267/REJUCRIM.2020.i2.07>.
- Directorate-General for Neighbourhood and Enlargement. (2 de marzo, 2023). *Negotiations, News article, EU launches new cooperation programmes with Morocco worth €624 million green transition, migration and reforms*. European Commission. https://enlargement.ec.europa.eu/news/eu-launches-new-cooperation-programmes-morocco-worth-eu624-million-green-transition-migration-and-2023-03-02_en?prefLang=es.
- Directorate-general for neighbourhood and enlargement negotiations. (2 de mayo, 2024). *President von der Leyen reaffirms EU's strong support for Lebanon and its people and announces a €1 billion package of EU funding*. European Commission. https://enlargement.ec.europa.eu/news/president-von-der-leyen-reaffirms-eus-strong-support-lebanon-and-its-people-and-announces-eu1-2024-05-02_en.
- European Center for Constitutional and Human Rights y Refugees in Libya. (2025). *Situation in Libya at the International Criminal Court*. European Center for Constitutional and Human Rights. https://www.ecchr.eu/fileadmin/250613_ECCHR_PP_ICC_EN.pdf.
- European Center for Constitutional and Human Rights. (2022). *Article 15 Communication to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court Situation in Libya – Commission of Crimes Against Migrants and Refugees: Interceptions at Sea as Crimes Against Humanity*. European Center for Constitutional and Human Rights. https://www.ecchr.eu/fileadmin/Redacted_Article_15_Communication_to_the_ICC_Situation_in_Libya_Interceptions_of_Migrants_and_Refugees_at_Sea_as_Crimes_Against_Humanity.pdf.
- European Commission (17.3.2024). *Joint Declaration on the Strategic and Comprehensive Partnership between The Arab Republic of Egypt and the European Union, Mar 17, 2024, Cairo*. European Commission. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_1513.
- European Commission. (2023). *Press Release. The European Union and Tunisia come to an agreement on a EUR 150 million programme*. European Commission. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/api/files/document/print/en/ip_23_6784/IP_23_6784_EN.pdf.
- European Commission. (2025). *Home Press corner: EU and Jordan take important step towards delivery of €500 million to support Jordan*. European Commission. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1982.
- European Commission. (8.3.2024). *Joint declaration establishing a migration partnership between the Islamic republic of Mauritania and the European union, Nuakchot, 8.3.2024*. European Commission. [GEN](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_1513)
- European Ombudsman. (2024). *Decision on how the European Commission intends to guarantee respect for human rights in the context of the EU-Tunisia Memorandum of Understanding (OI/2/2024/MHZ)*. European Ombudsman. <https://www.ombudsman.europa.eu/fr/decision/en/193851>.
- Faggiani, V. (2015). Hacia un sistema penal común: soberanía versus justicia universal. *Anales del Derecho (Murcia)*, 33(1), 1-28. <https://revistas.um.es/analesderecho/article/view/225781>.

- Faggiani, V. (2023). *La protección internacional de los migrantes en la UE: estándares de protección, límites y perspectivas de reforma*. Aranzadi.
- Faggiani, V. (2024). *La necessaria riformulazione del «diritto di asilo europeo»: Tra crisi migratoria e involuzione democratica*. Franco Angeli.
- Faist, T. (2019). Contested externalisation: responses to global inequalities. *Comparative Migration Studies*, 7(45), 2-8. <https://doi.org/10.1186/s40878-019-0158-y>.
- Favilli, C. (2024). *Audizione ddl Protocollo Italia-Albania*. Camera dei deputati. <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM01/Audizioni/leg19.com01.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.26889.11-01-2024-11-46-29.403.pdf>.
- Fernández Arribas, G. (2017). The EU-Turkey Statement, the Treaty-Making. Process and Competent Organs. Is the Statement an International Agreement?. *European Papers*, 2(1), 303-309. <http://dx.doi.org/10.15166/2499-8249/131>.
- European Center for Constitutional and Human Rights, the International Federation for Human Rights y Lawyers for Justice in Libya on. (19 de noviembre, 2021). *Situation in Libya – Article 15 Communication on the Commission of Crimes against Migrants and Refugees in Libya. Executive summary*. ECCHR. https://www.ecchr.eu/fileadmin/Juristische_Dokumente/20211119_Executive_Summary_Libya_ICC_final.pdf.
- Finotelli, C. y Ponz, I. (2023). *Migration control logics and strategies in Europe North-South comparison*. Springer. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-26002-5>.
- Frelick, B., Kysel, I. M. y Podkul, J. (2016). The Impact of Externalization of Migration Controls on the Rights of Asylum Seekers and Other Migrants. *Journal on Migration and Human Security*, 4(4), 190-220. https://www.hrw.org/sites/default/files/supporting_resources/jmhs.pdf.
- Gammeltoft-Hansen, T. (2011). *The refugee and the globalisation of migration control. Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*. Cambridge University Press, 11-43. <https://doi.org/10.1017/CBO9780511763403.004>.
- Gatta, F. L. (2023). *Il divieto di espulsione collettiva di stranieri nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Editoriale Scientifica.
- Giuffrè, M., Denaro, C. y Raach, F. (2022). On «Safety» and EU Externalization of Borders: Questioning the Role of Tunisia as a «Safe Country of Origin» and a «Safe Third Country. *European Journal of Migration and Law*, 24(4), 570–599. <https://doi.org/10.1163/15718166-12340141>.
- Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri (1 de agosto, 2025). *Decisione della Corte di giustizia Ue in merito ai paesi sicuri. Nota di Palazzo Chigi*. Governo italiano, Presidenza del Consiglio dei Ministri. <https://www.governo.it/it/articolo/decisione-della-corte-di-giustizia-ue-merito-ai-paesi-sicuri-la-nota-di-palazzo-chigi/29389>.
- Human Right Wacht. (2026). *Libya Event 2025*. Human Rights Watch. <https://www.hrw.org/world-report/2026/country-chapters/libya>.
- Hyndman, J. y Mountz, A. (2008). Another Brick in the Wall? Neo-Refolement and the Externalization of Asylum by Australia and Europe. *Government and Opposition*, 43(2), 249–269. <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.2007.00251.x>Digital Object Identifier (DOI).
- International Criminal Court. (9 de mayo, 2017). *Statement of the ICC Prosecutor to the UNSC on the Situation in Libya*. International Criminal Court. <https://www.icc-cpi.int/news/statement-icc-prosecutor-uns-c-situation-libya>.
- International Criminal Court. (2025). *Situation in Libya, Public Decision on Italy's non-compliance with a request for cooperation No. ICC-01/11*. International Criminal Court. <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/0902ebd180ccfde4.pdf>.

- Lemberg-Pedersen, M. (2021). Danish desires for externalization and non-integration. En *Danish desires to export asylum responsibility to camps outside Europe* (7-23). Centre for advanced migration studies, University of Copenhagen y the Saxo institute.
- Lemberg-Pedersen, M. (2024). Externalisation and Northern European dreams of avoiding asylum seekers. *Externalizing Asylum*. <https://externalizingasylum.info/externalisation-and-northern-european-dreams-of-avoiding-asylum-seekers/>.
- Migreurop.org. (3 de julio, 2020). *Hundreds of NGOs and individuals call for revocation of Libya's SAR Zone, Open letter requesting the International Maritime Organization (IMO) to repeal the Libyan SAR zone*. Migreurop, <https://migreurop.org/article2997.html>.
- Mitsilegas, V. (2020). Cartografía de la externalización del control migratorio: ideas a partir del régimen de la UE sobre tráfico ilícito de migrantes. *Rede. Revista española de derecho europeo*, (73-74), 23-63. https://doi.org/10.37417/REDE/num73-74_2020_504.
- Molinari, C. (2022). Accordi di soft law in materia di rimpatri: carta bianca per le istituzioni UE? *Diritto immigrazione e cittadinanza*, (1), 51-73. <https://www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2022/883-accordi-di-soft-law-in-materia-di-rimpatri-carta-bianca-per-le-istituzioni-ue>.
- Montaldo, S. (2025). L'Italia era competente a siglare il Protocollo con Albania in materia di immigrazione e asilo? Riflessioni sulla competenza esterna implicita dell'Unione europea a margine di 4 rinvii pregiudiziali della Corte di appello di Roma. *Giustizia insieme*. https://www.giustiziainsieme.it/it/diritti-umani/3725-litalia-era-competente-a-sigare-il-protocollo-con-albania-in-materia-di-migrazione-e-asilo-riflessioni-sulla-competenza-esterna-implicita-dellunione-europea-a-margine-di-4-rinvii-pregiudiziali-della-corte-dappello-di-roma#_ftnref5.
- Moreno-Lax, V. (2024). Meta-Borders and the Rule of Law: From Externalisation to 'Responsibilisation' in Systems of Contactless Control. *Netherlands International Law Review*, 71, 21–57. <https://doi.org/10.1007/s40802-024-00257-5>.
- Nicolosi, S. (2024). Externalisation of Migration Controls: A Taxonomy of Practices and Their Implications in International and European Law. *Netherlands International Law Review*, 71, 1–20. <https://doi.org/10.1007/s40802-024-00253-9>.
- Olivito, E. (2020). The Constitutional Fallouts of Border Management through Informal and Deformalised External Action: The Case of Italy and the EU. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, (2), 2020, 114-137. <https://www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2022/883-accordi-di-soft-law-in-materia-di-rimpatri-carta-bianca-per-le-istituzioni-ue>.
- Oxfam Italia y Borderline Sicilia. (2019). *Accordo Italia-Libia: scacco ai diritti umani in 4 mosse*. Oxfam Italia. https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2019/01/SCACCO_AI_DIRITTI_UMANI_IN_4_MOSSE_DEF..pdf.
- Palladino, R. (2018). Nuovo quadro di partenariato dell'Unione europea per la migrazione e profili di responsabilità dell'Italia (e dell'Unione europea) in riferimento al caso libico. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, (2), 104-134. https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2018.II.Palladino_DEF5.pdf.
- Pasquero, A. (2020). La Comunicazione alla Corte Penale Internazionale sulle responsabilità dei leader europei per crimini contro l'umanità commessi nel Mediterraneo e in Libia. Una lettura critica. *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, (1), 2020, 51-79. <https://www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2020-1/533-la-comunicazione-alla-corte-penale->

- [internazionale-sulle-responsabilita-dei-leader-europei-per-crimini-contro-l-umanita-commessi-nel-mediterraneo-e-in-libia-una-lettura-critica.](#)
- Prime Ministers of Italy, Denmark, Austria, Czech Republic, Lithuania, Poland, Belgium, Estonia, Latvia (2025). *Joint Letter on the European Court of Human Rights' interpretation of the European Convention on Human Rights*. Governo italiano. Presidenza del Consiglio dei Ministri. www.governo.it/sites/governo.it/files/Lettera_aperta_22052025.pdf.
- Raimondo, G. (2023). Invisible Crimes: Accountability for Crimes against Migrants in Libya. *European Journal of Migration and Law*, 25, 328-357.
- Saccucci, A. (2024). Il protocollo Italia-Albania sulla 'dislocazione' extraterritoriale dei migranti. *Rivista di diritto internazionale*, 107(3), 635-685.
- Savino, M. (2018). Refashioning resettlement: from border externalization to legal pathways for asylum. En Carrera, S., den Hertog, A.P.L., Panizzon, M., y Kostakopoulou, D. (Eds.), *EU External Migration Policies in an Era of Global Mobilities: Intersecting Policy Universes* (81–104). Brill.
- Savino, M. y Virzì, F. V. (2023). Il protocollo tra Italia e Albania in materia migratoria: prime riflessioni sui profili dell'extraterritorialità. *ADiM Blog*. <https://www.adimblog.com/2023/12/01/il-protocollo-tra-italia-e-albania-in-materia-migratoria-prime-riflessioni-sui-profili-dellestraterritorialita/>.
- Secretary-General. (2019). *Report on Implementation of resolution 2437 (2018), United Nations, S/2019/711, Security Council Distr.: General*. United Nations. <https://docs.un.org/en/S/2019/711>.
- Siccardi, C. (2025). Le procedure paesi sicuri e il protocollo Italia-Albania alla luce della più recente giurisprudenza: profili di diritto costituzionale. *Diritto, Immigrazione e Cittadinanza*, (1), 1-34. <https://www.dirittoimmigrazioneecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-n-1-2025-1/1693-le-procedure-paesi-sicuri-e-il-protocollo-italia-albania-alla-luce-della-piu-recente-giurisprudenza-profili-di-diritto-costituzionale>.
- Stenholm, E.L. y Baccini, F. (2025). Denmark tackles prison overcrowding by sending the prisoners to Kosovo, *voxeurop*. <https://voxeurop.eu/en/denmark-exporting-migrants-kosovo/>.
- Stock, I., Üstübcici, A. y Schultz, S. U. (2019). Externalization at work: responses to migration policies from the Global South. *Comparative Migration Studies*, 7(48), 1-9. <https://doi.org/10.1186/s40878-019-0157-z>.
- Tan, N. F. (2022). Visions of the Realistic? Denmark's Legal Basis for Extraterritorial Asylum. *Nordic Journal of International Law*, 91(1), 172-181.
- Telegrafi (16 de diciembre, 2021). Ministria e Drejtësisë jep detaje për marrëveshjen me Danimarkën për të burgosurit, Kosova përfiton 210 milionë euro. *Telegrafi*. <https://telegrafi.com/en/marreveshja-danimarken-per-te-burgosurit-haxhiu-kosova-te-kete-perfitime-financiare/>.
- Vassallo Paleologo, F. (2021). *Esternalizzazione della frontiera e finanziamento degli accordi con la «Libia» contro i diritti fondamentali dell'Uomo*. A-dif.org. <https://www.a-dif.org/2021/10/09/esternalizzazione-della-frontiera-e-finanziamento-degli-accordi-con-la-libia-contro-i-diritti-fondamentali-delluomo/>.
- Whyte Z, Campbell, R. y Overgaard, H. (2020). Paradoxical infrastructures of asylum: Notes on the rise and fall of tent camps in Denmark. *Migration Studies*, 8(2), 143-160. <https://doi.org/10.1093/migration/mny018>.
- Xanthopoulou, E. (2024). Mapping EU Externalisation Devices through a Critical Eye. *European Journal of Migration and Law*, 26(1), 108-135. <https://doi.org/10.1163/15718166-12340170>.
- Zambrano, V. (2019). Accordi informali con Stati terzi in materia di gestione dei flussi migratori: considerazioni critiche con riferimento alla prassi dell'Unione europea e dell'Italia. *Freedom, Security & Justice: European Legal Studies*, (1), 119-148. <https://www.fsjeurostudies.eu/files/FSJ.2019.I.Zambrano.7.pdf>.

- Zaun, N. (2025). Externally driven integration in EU migration policy: enabling integration through indifference, undermining it through conflictive politicisation. *Journal of European Public Policy*, 1–28. <https://doi.org/10.1080/13501763.2025.2565214>.
- Zeneli, S. (2025). *Kosovo - Denmark Agreement Enters into Force: What do you need to know*. Regional Action Lab (Re-ACT Lab). <https://www.re-actlab.org/our-work/re-act-explains/re-act-explains-kosovo-denmark-agreement>

Derechos bioculturales*

Biocultural rights

Giulia Sajeve

Università degli Studi di Palermo

ORCID ID 0000-0001-5714-4804

giulia.sajeve@unipa.it

Cita recomendada:

Sajeve, G. (2026). Derechos bioculturales. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 269-283.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10384>

Recibido / received: 07/03/2025

Aceptado / accepted: 15/05/2025

Resumen

Los derechos bioculturales son el conjunto de derechos colectivos que los pueblos indígenas y las comunidades locales necesitan para mantener –si así lo desean– su relación de custodia con la naturaleza. Este conjunto de derechos, necesarios para permitirles tener acceso seguro y uso de sus tierras y aguas, la posibilidad de conservar sus prácticas culturales, lingüísticas y sociales, y la posibilidad de autodeterminar sus normas e instituciones locales, se ha concebido, a partir de la interpretación del derecho ambiental internacional y de la y la jurisprudencia de Altas Cortes como un conjunto de derechos de doble fundamento, esto es, destinados a proteger tanto los intereses de los pueblos indígenas y las comunidades locales como los de la naturaleza. Por lo anterior, se materializan a través de dos dimensiones: como derechos al ambiente y como deberes de protección hacia el ambiente. En este ensayo se describe brevemente el desarrollo teórico de los derechos bioculturales y se analizarán sus fundamentos jurídicos y las consecuencias que tiene el hecho de que se justifiquen en dos conjuntos de intereses diferentes. Esta doble fundamentación se analizará con un enfoque crítico, prestando atención a las consecuencias de estar fundamentados en dos conjuntos de titulares de intereses y extrayendo conclusiones diferentes para los pueblos indígenas – titulares de derechos indígenas– y para las comunidades locales –que no son reconocidas por el derecho internacional como titulares de derechos que no están directamente relacionados con la protección de la naturaleza o de prácticas ambientalmente relevantes.

Palabras clave

Derechos bioculturales, pueblos indígenas, comunidades locales, derechos de la naturaleza, conservación del ambiente.

Abstract

Biocultural rights are the set of collective rights that indigenous peoples and local communities need to maintain –if they so wish– their custodial relationship with nature. This set of rights,

* Este proyecto se desarrolló en el marco de la investigación financiada para el PRIN 2022: *Exploring Resilience: Vulnerability, Social Security, Political Inclusion* (n. 2022YK45F9_001 – CUP B53D23010990006), *Università degli Studi di Palermo*. Me gustaría agradecer a Digno Montalván Zambrano por la magnífica traducción que hizo de este artículo.



necessary to enable them to have secure access to and use of their lands and waters, the possibility of conserving their cultural, linguistic and social practices, and the possibility of self-determining their local rules and institutions, has been conceived based on the interpretation of international environmental law and the jurisprudence of the Supreme Courts, as a set of rights with a dual foundation: protecting both the interests of indigenous peoples and local communities and those of nature. Therefore, they are materialized through two dimensions: as rights to the environment and as duties of protection towards the environment. This essay briefly describes the theoretical development of biocultural rights and analyses their legal foundations and the consequences of their being justified by two different sets of interests. This dual rationale will be critically analysed, paying attention to the consequences of being grounded in two sets of interest holders and drawing different conclusions for indigenous peoples –indigenous rights holders– and for local communities –who are not recognised under international law as holders of rights that are not directly related to the protection of nature or environmentally relevant practices.

Keywords

Biocultural rights, indigenous peoples, local communities, rights of nature, conservation of the environment.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. ¿Derechos de quién? 3. El origen de los derechos bioculturales. 4. Dos titulares y dos fuentes. 5. Una nueva *raison d'être*. 6. Límites y deberes. 7. Implicaciones problemáticas. 8. De cara al futuro.

1. Introducción

En los últimos 30 años, la legislación ambiental internacional, tanto vinculante como no vinculante (reforzada por la jurisprudencia), ha avanzado hacia el reconocimiento de la relación especial de algunos pueblos indígenas y comunidades locales con la naturaleza y del uso sostenible que estos pueblos hacen de los recursos naturales¹. En este marco, los derechos bioculturales adquirieron relevancia a partir de 2010 y se fundamentan, principalmente, en valores, cosmovisiones, prácticas, conocimientos e instituciones pertenecientes a pueblos indígenas y comunidades locales, beneficiosas para la conservación del ambiente (Bavikatte 2014, p. 18). Desde entonces, se han incorporado al debate sobre los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de las comunidades locales y los derechos de la naturaleza. Originalmente introducidos por Sanjay Kabir Bavikatte (Bavikatte y Robinson, 2011; Bavikatte, 2014), los derechos bioculturales se definen como «derechos colectivos de tercera generación que tienen el objetivo específico de ratificar el derecho de custodia o guardianía de las comunidades sobre sus tierras y aguas» (Bavikatte, 2014, p. 30)².

¹ Véanse: el Convenio de las Naciones Unidas sobre la Diversidad Biológica de 1992, el Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se Deriven de su Utilización del Convenio sobre la Diversidad Biológica de 2010, el Convenio Internacional de las Maderas Tropicales de 2006, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura de la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación de 2001, el Acuerdo sobre la Aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1995, la Convención de Lucha contra la Desertificación de 1994 y la Convención de Ramsar sobre los Humedales de 1971. Véanse también: 2009 *Endorois Welfare Council Vs. Kenia*, caso de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; 2001 *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community Vs. Nicaragua*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, n.º 79, Ser. C; 2013; *Orissa Mining Corporation Ltd. Versus Ministry of Environment & Others* (véase Bavikatte, 2014, pp. 16-20).

² Véase también Bavikatte y Bennett (2015); Sajeve (2018) y Girard, Hall y Frison (2022).

En este ensayo se describirá brevemente el desarrollo teórico de los derechos bioculturales y se analizarán sus fundamentos jurídicos –es decir, los intereses que fundamentan esta canasta de derechos– y las consecuencias que tiene el hecho de que se justifiquen en dos conjuntos de intereses diferentes: los de los pueblos indígenas y las comunidades locales, y los de la naturaleza.

2. ¿Derechos de quién?

Los derechos bioculturales surgen a partir del avance del derecho ambiental internacional y la jurisprudencia sobre pueblos indígenas y comunidades locales. Por ello, gran parte del debate sobre estos derechos se ha centrado, precisamente, en su relación con los pueblos indígenas y las comunidades entendidas como «tradicionales». Esta doble titularidad de los derechos bioculturales tiene que ser analizada con un enfoque crítico, extrayendo conclusiones diferentes para los pueblos indígenas –titulares de derechos indígenas– y para las comunidades locales –que no son reconocidas por el derecho internacional como titulares de derechos que no están directamente relacionados con la protección de la naturaleza o de prácticas ambientalmente relevantes.

Para empezar, tenemos que decir que no hay una definición cerrada de Pueblos Indígenas. Una de las definiciones más citadas es la propuesta en el *Estudio sobre el Problema de la Discriminación contra los Pueblos Indígenas*, encargado por las Naciones Unidas en 1986, que subraya como características necesarias para identificar a los Pueblos Indígenas la «continuidad histórica con las sociedades anteriores a la invasión y precoloniales que se desarrollaron en sus territorios». Por el contrario, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, adoptada en 2007, opta por dar relevancia al aspecto de la autoidentificación de la identidad, evitando sugerir cualquier definición que pudiera ser a la vez insuficientemente inclusiva y excluyente (Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de las Naciones Unidas, 2019, pp. 4-7). El rasgo precolonial se considera unánimemente central para la identificación de los pueblos indígenas y sigue siendo su rasgo distintivo frente a las comunidades locales, sin embargo, suscita algunas preocupaciones. De hecho, mientras todos los pueblos indígenas requieren, para ser considerado como tales, de un vínculo con pueblos precoloniales, no todos los pueblos que descienden de la época precolonial se consideran –y se identifican a sí mismos– como pueblos indígenas.

Por otro lado, las comunidades locales tradicionales se han definido como: «comunidades dedicadas a actividades rurales a pequeña escala, con fines económicos, sociales y culturales. Se caracterizan por relaciones duraderas de solidaridad entre los miembros de la comunidad, el disfrute común de la tierra y otros recursos naturales, y la [creación y] custodia de conocimientos tradicionales fuertemente conectados con los valores y tradiciones de la comunidad, incluidas las creencias religiosas, y la necesidad de estrategias locales de conservación y gestión sostenible de la biodiversidad» (Bessa y Gilbert, 2022, p. 35). Es importante señalar que tradicional no significa estático. Simplemente significa que el pasado sigue formando parte de la autopercepción e identidad de la comunidad, y, por ello, influye en el presente. Infine, como sugiere Bavikatte (2014, pp. 30-31) no hay ninguna razón por la que las comunidades urbanas o las comunidades recién establecidas no puedan reclamar derechos bioculturales (u otras construcciones legales similares³), si estas demuestran una fuerte relación con sus tierras y sus aguas.

³ Para el análisis de un constructo similar denominado «Derechos para los Servicios Ecosistémicos» véase Sajeve (2025).

3. El origen de los derechos bioculturales

El vínculo entre los pueblos indígenas y la protección de la biodiversidad y de los ecosistemas es el origen y razón del desarrollo de los derechos bioculturales. Este vínculo entre los pueblos indígenas, las comunidades locales y la protección y el uso sostenible del ambiente fue reconocido internacionalmente en el Informe Brundtland, *Nuestro Futuro Común*⁴. El informe reconoce que los conocimientos tradicionales indígenas ofrecen valiosas lecciones para la gestión sostenible de los recursos naturales y los ecosistemas. Esto fue reafirmado en el artículo 22 de la Declaración de Río⁵ y, finalmente, plasmado en el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB) de 1992⁶. Con ello, se dio paso a un complejo marco –que más tarde se articularía, gracias a la adopción del Protocolo de Nagoya⁷– en derechos colectivos y responsabilidades estatales.

Las ventajas de esta relación han sido ampliamente demostradas por estudios científicos⁸, representantes indígenas y pronunciamientos del relator especial de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas (Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples, 2017). Es una relación de doble vía: por un lado, la destrucción del ambiente es especialmente perjudicial para la vida y las prácticas de los pueblos indígenas y las comunidades locales (Special Rapporteur on the rights of Indigenous peoples, 2017), por lo que estos necesitan un ambiente próspero para que sus derechos fundamentales estén plenamente salvaguardados; por otro lado, las prácticas, los conocimientos y los modos de vida de los pueblos indígenas y las comunidades locales pueden contribuir a la protección de la naturaleza. La idea de la existencia de una relación a largo plazo, sostenible y mutuamente beneficiosa entre determinadas comunidades y pueblos y el medio ambiente fue enmarcada por Darrell Posey (1999) utilizando el término diversidad biocultural (Wilson, 2016). Este término hace referencia a la existencia de un “vínculo inextricable” (Maffi, 2007, p. 267) entre la diversidad cultural y la biológica, lo que denota “la idea de que mantener y restaurar la diversidad de la vida significa sostener tanto la biodiversidad como las culturas, porque ambas están interrelacionadas y se apoyan mutuamente” (Maffi y Woodley, 2010, p. 1). La diversidad biocultural de los pueblos indígenas y las comunidades locales incluye amplios conocimientos sobre los ecosistemas de sus tierras y sus elementos bióticos y abióticos; la centralidad del medio ambiente en sus prácticas y creencias (Slikkerveer, 1999); prácticas sociales, culturales (Dutfield, 1999, p. 550), espirituales, económicas y políticas configuradas en torno a los elementos ecológicos de los territorios en los que residen, sus rutas nómadas y sus lugares sagrados, nómadas y sus lugares sagrados (Kothari et al., 2012, p. 19). En particular, se ha prestado atención a la correlación entre la diversidad lingüística y la diversidad biológica debido al reflejo de las características medioambientales en las lenguas locales, a sus áreas comunes de distribución y a las amenazas comunes para su conservación (Maffi, 2005, p. 600).

⁴ Adoptada en 1987 por la Comisión Mundial de Medio Ambiente y Desarrollo de la ONU.

⁵ El principio 22 de la Declaración de Río (adoptada en 1992 en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo) establece que: «las poblaciones indígenas, sus comunidades y otras comunidades locales desempeñan un papel fundamental en la gestión del ambiente y el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales».

⁶ El Convenio sobre la Diversidad Biológica entró en vigor en 1993 y cuenta hoy con 196 Estados Parte.

⁷ El Protocolo de Nagoya sobre Acceso a los Recursos Genéticos y Participación Justa y Equitativa en los Beneficios que se deriven de su utilización entró en vigor en 2014 tras más de 10 años de negociaciones. Sobre el Protocolo véase: Morgera, Buck y Tsioumani (2014) y Gottschalk (2023).

⁸ Para una descripción, basada en datos, de la contribución de los pueblos indígenas en la protección del ambiente ambiente, véase Fernández-Llamazares et al. (2024). Véase también el informe *biodiversity and ecosystem services* de la *Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services* (IPBES, 2019, en particular pp. 18, 32).

Los derechos bioculturales concretan esta relación de doble ángulo reconociendo que para que los pueblos indígenas y las comunidades locales mantengan su relación especial con el ambiente y, por tanto, contribuyan a su conservación, se les debe reconocer un conjunto de derechos que les permitan tener un acceso y un uso seguros de sus tierras, aguas y recursos naturales, la posibilidad de conservar sus prácticas culturales, lingüísticas y sociales, y autodeterminar sus normas e instituciones locales⁹. Estos derechos se adaptarán, necesariamente, a cada comunidad y pueblo, ya que cada uno tiene necesidades e intereses diferentes, pero pueden unirse bajo el paraguas del derecho al autogobierno interno, el derecho a la diversidad cultural, los derechos a la tierra y los recursos, y los derechos procesales complementarios.

4. Dos titulares y dos fuentes

Es importante señalar que una primera mirada a esta lista de derechos puede sugerir que los derechos bioculturales no son más que un conjunto de derechos culturales colectivos y de autodeterminación, pertenecientes a pueblos indígenas y comunidades locales, asociados con el acceso y disfrute de los recursos ambientales. Esta crítica –planteada explícitamente por algunos autores, pero también presente, aunque de forma inadvertida, en las interpretaciones que han hecho ciertas Altas Cortes sobre los derechos bioculturales¹⁰– no reconoce la característica teórica y jurídica más importante de los derechos bioculturales. No son simplemente derechos colectivos ambientales porque, como subraya Bavikatte, «no toman como punto de partida el derecho inherente de un grupo o comunidad a prosperar, sino más bien [...] la ética de la custodia o guardianía: es la ética de la custodia, y no el grupo per se, lo que justifica el derecho» (Bavikatte, 2014, 142 y ss.).

En otras palabras, si aplicamos la teoría de los derechos como intereses¹¹ podríamos decir que los derechos bioculturales se justifican¹² –se fundamentan– en dos fuentes, cada una de las cuales persigue la protección de los intereses de un titular de valor intrínseco diferente. El interés de los pueblos indígenas y las comunidades locales por vivir de acuerdo con sus prácticas, conocimientos y tradiciones en un ambiente bien conservado constituye el primer fundamento. En este caso, los titulares de valores intrínsecos relevantes son los pueblos indígenas y las comunidades locales, cuyos intereses deben protegerse a través de los derechos –y

⁹ Entre otros, véase: Pretty et al. (2009); Meine (2010); Agrawal y Gibson (1999); Gavin et al. (2015); Reed (2008); Schmidt y Peterson (2009); Maffi y Woodley (2010); Posey (1999).

¹⁰ Como lo hizo, por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-622. Sobre el caso ver: Castillo Galvis, D'Janon Donado y Ramírez Nardiz (2019); García y Varón (2018) y Kauffman y Martin (2018). Para una crítica sobre el uso de los derechos bioculturales por parte de la Corte, ver Sajeve (2021). Además, autores como ... plantean que los derechos bioculturales no están bien comprendidos si se piensa que ellos ponen límites adicionales a los derechos de los pueblos y comunidades que los ejercitan, porque «Desde la perspectiva de los pueblos indígenas, los vínculos espirituales y culturales con sus territorios, arraigados en su identidad y forma de vida, tienen una mayor legitimidad que los derechos de propiedad comercializables» (p. 13). Los autores no se dan cuenta de que, si bien esta afirmación puede ser cierta para muchos pueblos indígenas y comunidades locales, pensar que siempre y para siempre será verdad significa caer en el mito del noble salvaje (véase el párrafo siguiente).

¹¹ Adopto una teoría de los derechos basada en el interés, que me parece la más adecuada para manejar la comprensión actual de los derechos (Celano, 2001). Consideraré que X tiene un derecho cuando «en igualdad de condiciones, un aspecto del bienestar de X (su interés) es razón suficiente para considerar que otra(s) persona(s) tiene(n) un deber» (Raz, 1988, p. 166). Y consideraré que «un derecho de una persona [...] es el fundamento de un deber, fundamento que, si no es contrarrestado por consideraciones conflictivas, justifica que se considere que esa otra persona tiene el deber» (Raz, 1988, p. 171). También adoptaré una visión dinámica de los derechos según la cual cada derecho fundamenta diferentes deberes, que no son todos predefinidos y estáticos, ya que pueden cambiar en función de las circunstancias (Raz, 1988, p. 171).

¹² Por fundamento de un derecho se entienden las propias razones/intereses/necesidades en las que se basa y para las que fue reconocido un derecho (ya sea desde un punto de vista moral, jurídico o político).

deberes asociados— incluidos en la canasta de los derechos bioculturales. Sin embargo, hay un segundo fundamento que salta a la vista tras un análisis más detallado de las palabras de Bavikatte y de los textos a los que hace referencia. El artículo 8j del Convenio sobre la Diversidad Biológica —la principal (pero no única) fuente textual de los derechos bioculturales— establece que cada Parte Contratante, «con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica». El vínculo entre los pueblos indígenas o comunidades locales¹³ y los derechos que las partes están llamadas a reconocer como instrumentos para respetar, preservar y mantener sus conocimientos, innovaciones y prácticas reside en su relevancia para la conservación y el uso sostenible del ambiente. Evidentemente, no estamos leyendo la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas que pide la protección de dichos conocimientos y prácticas *porque* los pueblos indígenas tienen un valor intrínseco que hay que defender. Estamos leyendo un texto, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, que consagra el «valor intrínseco de la diversidad biológica» y afirma que la conservación de la diversidad biológica es un «interés común de toda la humanidad» (Preámbulo del Convenio sobre la Diversidad Biológica). No es un tratado de derechos humanos y, como tal, exige acciones que —en última instancia— promuevan su objetivo principal: la conservación de la biodiversidad y los ecosistemas. En consecuencia, el segundo fundamento de los derechos bioculturales es precisamente la conservación de la naturaleza y sus componentes. ¿Cómo? a través de la protección de las prácticas, conocimientos y formas de vida de aquellos pueblos y comunidades que han mantenido una función de custodia del ambiente. ¿Por qué? Porque la conservación del ambiente —se ha reconocido— no puede lograrse únicamente a través de acciones tecnocráticas de conservación de arriba hacia abajo, basadas en la asignación de derechos de propiedad privada o en la creación de áreas protegidas dirigidas por el Estado¹⁴. Por el contrario, necesita el apoyo y la inclusión de aquellos pueblos y comunidades que han preservado o recreado formas de vida sostenibles.

5. Una nueva *raison d'être*

Los derechos que surgen de este doble fundamento son un nuevo tipo de derechos ambientales (May y Barber, 2023; Gottschalk, 2023) que divergen de las interpretaciones clásicas de estos últimos en el sentido de que no son derechos humanos *al* ambiente, sino más bien derechos humanos «de las comunidades para garantizar la conservación del medio ambiente» (Bavikatte, 2011, 50). No se basan —únicamente— en el entendimiento de que un ambiente satisfactorio es una condición fundamental para el disfrute de todos los derechos humanos¹⁵, sino también en la relevancia que la protección de los derechos humanos puede tener para el ambiente. No se trata simplemente de una inversión de prioridades, sino que es la propia

¹³ Hasta 2014, el CDB se ha referido a *las comunidades indígenas y locales*. El uso de esta terminología fue criticado porque se utilizaba el término *comunidades* para referirse a los pueblos indígenas. La XII Conferencia de las Partes del CDB, en su decisión XII/12F, decidió utilizar el término *pueblos indígenas y comunidades locales* en las futuras decisiones que se adopten en el marco del Convenio. Las Partes en los Protocolos de Cartagena y Nagoya siguieron su ejemplo en diciembre de 2016 (Decisiones BS-VIII/19, y NP-2/7).

¹⁴ Como sugeriría la lectura de *La tragedia de los comunes* de G. Hardin (1968) o *La mitad de la Tierra* de E.O. Wilson (2016). Para un enfoque muy diferente, véase Brechin et al. (2002); Sunderland et al. (2009).

¹⁵ *Office of the High Commissioner for Human Rights, Analytical Study on the Relationship between Human Rights and the Environment* (2011). Para un comentario crítico del estudio véase Dupuy y Viñuales (2018, pp. 359 y ss.).

inclusión de una nueva *raison d'être* lo que convierte a los derechos bioculturales en una nueva e interesante construcción de la legislación sobre derechos humanos.

Normalmente, dentro de los derechos humanos el ambiente figura como uno de los bienes a través de los cuales se puede lograr la protección de los intereses humanos (Kotzé, 2014, pp. 257-258), o un interés que debe protegerse por el bien de los seres humanos, y no como titular de su propio valor intrínseco (Borràs, 2016, p. 128). Dentro de los derechos bioculturales, en cambio, el medio ambiente emerge como titular de un valor intrínseco y sus intereses –aunque definidos de forma muy amplia y vaga– deben ser protegidos mediante la aplicación de sus propios derechos y los deberes correspondientes. El antropocentrismo inherente al enfoque de los derechos humanos, que siempre corre el riesgo de «privar al ambiente de una protección directa e integral» (Taylor, 2008, p. 99), es sustituido por un enfoque ecocéntrico que abre las puertas a la combinación de los derechos humanos y los derechos de la naturaleza¹⁶.

Esta nueva característica de los derechos bioculturales es, sin embargo, tan interesante como peligrosa. Debe entenderse en toda su extensión antes de darle aplicación a los derechos bioculturales, tanto en general como en contextos específicos. El debate plantea muchas cuestiones políticas que, de hecho, han llevado a muchos académicos y activistas a distanciarse de los derechos bioculturales debido al temor de que el doble fundamento y la convergencia entre los derechos de los pueblos indígenas y de las comunidades locales puedan poner en peligro los derechos de los pueblos indígenas por los que tanto se ha luchado. Por lo tanto, es necesario profundizar en el debate.

6. Límites y deberes

El doble fundamento de los derechos bioculturales trae consigo algunas consecuencias importantes. Dentro de esta propuesta, ambos fundamentos y titulares de intereses –los pueblos indígenas y las comunidades locales, y la naturaleza– deben tenerse en cuenta a la hora de aplicar los derechos bioculturales. Esta confluencia de intereses plantea lo que podría denominarse un *límite interno* de los derechos¹⁷, es decir, límites que no se derivan de conflictos con otros derechos igualmente importantes¹⁸ o con intereses colectivos valiosos (como la paz, la democracia y la salud pública), sino más bien de la necesidad de encontrar un equilibrio entre ambos intereses y titulares de derechos.

En primer lugar, sólo podrán ser considerados titulares de derechos bioculturales aquellos pueblos indígenas y comunidades locales que hayan preservado y deseen preservar formas de vida sostenibles y positivas para la protección de la naturaleza. Este requisito previo excluye a todos aquellos pueblos y comunidades que no tengan –o dejen de tener– esta característica. Es importante destacar que, en cambio, los derechos humanos –como por ejemplo los derechos de los pueblos indígenas– no exigen ningún comportamiento específico a sus titulares: son derechos que las personas tienen en virtud de ser humanos (Griffin, 2008, p. 2) o, en el caso de los derechos humanos *especializados*, en virtud de tener algunas características importantes (ser niño, o mujer, o trabajador inmigrante). Significativamente, los derechos de los pueblos indígenas, a diferencia de los

¹⁶ Si es apropiado tratar a la naturaleza como titular de derechos es una cuestión compleja que no es relevante para el propósito de este documento. Para un tratamiento de sus principales contornos véase: Stone (1972); Studley y Bleisch (2018); Kauffman y Martin (2018).

¹⁷ Para un análisis detallado de los límites internos, véase Sajeve (2019).

¹⁸ Según Waldron, «cuando decimos *derechos en conflicto* lo que realmente queremos decir es que los deberes que implican no son compatibles» (Waldron, 1993, p. 206).

derechos bioculturales, se basan en su indigeneidad y en la importancia primordial de preservar su identidad y su condición de pueblo, independientemente de los resultados ambientales del estilo de vida que llevan o desean llevar¹⁹. Como señala Jonas (2020, p. 22) «Es importante destacar que los derechos de los pueblos indígenas se desarrollaron en el marco de los derechos humanos generales, que se consideran inherentes, indivisibles, interrelacionados e inalienables. Por lo tanto, deben ser considerados como derechos humanos que están claramente elaborados para las circunstancias especiales de los pueblos indígenas». Y también: «los pueblos indígenas no tienen que demostrar que están conservando y utilizando de forma sostenible la biodiversidad como requisito previo para poder reclamar los derechos de los Pueblos Indígenas». Por el contrario, los derechos de las «comunidades locales» dependen generalmente, como en el artículo 8 (j) del CDB, de si sus estilos de vida son «pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica» (Jonas, Makagon y Shrumm, 2013, p. 26).

En segundo lugar, la canasta de derechos bioculturales –incluidos los derechos al autogobierno, a la tierra y a la diversidad cultural, así como los derechos culturales– está limitada, no sólo por otros derechos o consideraciones importantes relativas al interés general, sino también por el interés de la naturaleza en ser protegida. La naturaleza, de hecho, es uno de los titulares de los derechos bioculturales: los derechos bioculturales no pueden utilizarse legítimamente contra uno de sus titulares. De ahí que el reconocimiento de los derechos bioculturales a una comunidad local que vive en un bosque nativo, por ejemplo, impida el desalojo de la comunidad del bosque con fines de conservación, pero imponga a la comunidad que ejerza sus derechos al autogobierno, a la tierra, al agua y a los recursos naturales de forma que *promuevan* la conservación del ambiente. No basta con que no dañen el ambiente más allá de ciertos límites (como los que se aplican, por ejemplo, a los propietarios privados en materia de eliminación de residuos radiactivos), sino que están llamados a administrarlo.

Al mismo tiempo, perseguir la protección de la naturaleza a través del instrumento de los derechos bioculturales encuentra un límite en el respeto de la importancia de la preservación de la diversidad cultural de los pueblos indígenas y de las comunidades locales y en la protección de su autogobierno. En consecuencia, si, por ejemplo, la protección de una determinada zona puede lograrse mediante la construcción de un área protegida, el reconocimiento de los derechos bioculturales a los habitantes de esa zona exige encontrar un equilibrio con sus intereses en la prosecución de su vida comunitaria, sus conocimientos y sus prácticas, aunque ello pueda garantizar resultados de conservación más lentos o inferiores (aunque no por ello menos eficaces).

Como vemos, el doble fundamento de los derechos bioculturales concreta la transformación de la sostenibilidad en una exigencia de posesión de dicha canasta de derechos y en un deber activo de custodia en los pueblos y comunidades comprometidos con ellos. En otras palabras, si se reconocen, los derechos bioculturales conducen al surgimiento de un conjunto de posiciones jurídicas positivas

¹⁹ Como señala Jonas (2020, p. 22), «Es importante destacar que los derechos de los pueblos indígenas se desarrollaron en el marco de los derechos humanos generales, que se consideran inherentes, indivisibles, interrelacionados e inalienables. Por lo tanto, deben ser considerados como derechos humanos que están claramente elaborados para las circunstancias especiales de los pueblos indígenas». Y también: «los pueblos indígenas no tienen que demostrar que están conservando y utilizando de forma sostenible la biodiversidad como requisito previo para poder reclamar los derechos de los Pueblos Indígenas». Por el contrario, los derechos de las «comunidades locales» dependen generalmente, como en el artículo 8(j) del CDB, de si sus estilos de vida son «pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica» (Jonas, Makagon y Shrumm 2013, p. 26).

(reivindicaciones, poderes, privilegios, inmunidades) en nombre de los pueblos indígenas y las comunidades locales –relativas a su acceso y uso de las tierras y los recursos naturales y a su diversidad cultural y autogobierno– y al surgimiento de un conjunto de posiciones normativas positivas en nombre de la naturaleza relativas a su conservación y protección. Dichas posiciones normativas positivas no sólo van acompañadas, obviamente, de un conjunto de posiciones normativas negativas (deberes, responsabilidades, incapacidades) sobre los Estados, las corporaciones, las organizaciones internacionales, las empresas y similares, sino también sobre los pueblos indígenas y las comunidades locales que están llamados a actuar como administradores del ambiente (que fue, precisamente, la razón por la que se les reconocieron tales derechos). Tales deberes recaerían también sobre la naturaleza si ésta fuera sujeto de deberes. Pero no siendo éste el caso, se concretan en límites al ejercicio de acciones de protección de la naturaleza que no deberán perjudicar la canasta de derechos de los pueblos indígenas y comunidades locales.

7. Implicaciones problemáticas

Este interesante giro de los acontecimientos, que probablemente no se imaginaron del todo al principio de la aparición de los derechos bioculturales, preocupa a los representantes de los derechos de los pueblos indígenas, pues conlleva un trasfondo peligroso. La mayoría de las veces, y cada vez con más frecuencia, se suelen presentar a los pueblos indígenas y a las comunidades locales como importantes aliados en la lucha por la protección de la naturaleza. De hecho, este fue el punto de partida del debate sobre los derechos bioculturales y objeto de reconocimiento internacional en muchos documentos vinculantes y no vinculantes. Sin embargo, hablar de la importancia de la conexión entre los pueblos indígenas y las comunidades locales y la naturaleza, hablar de su contribución a la naturaleza y de la importancia de sus conocimientos, prácticas y cosmovisiones, no es lo mismo que *condicionar* un conjunto de sus derechos a tener y mantener ese papel conservacionista. De hecho, solo para una «noción esencialista de la cultura» (Witter y Satterfield, 2018, p. 1102) que cae en el mito del noble salvaje (Ellingson, 2001; Redford, 1991; Claus, Kai y Satterfield, 2010) los pueblos indígenas y las comunidades locales están destinados de forma natural y para siempre a seguir siendo comunidades a pequeña escala, de baja densidad y con escasas tecnologías, que persiguen formas de vida no convencionales plenamente integradas en el entorno natural. Esta descripción mitológica, simplista y homogénea de su existencia y destino vuelve a proponer una larga tendencia de los sistemas jurídicos y culturales occidentales que pretenden poder predeterminar las necesidades, deseos y actitudes de otros pueblos y comunidades. Tales suposiciones podrían ocultar la peligrosa posibilidad de que el deber de sostenibilidad se convierta en una dura carga para los pueblos y comunidades implicados, quienes podrían verse obligados a aplicar sus derechos con restricciones.

Para entender bien a qué puede conducir este condicionamiento, es necesario desentrañar algunos problemas. Un primer tipo de problemas se refiere a la propia aplicación de los derechos bioculturales y a las amenazas que plantea la posible interferencia de intereses políticos o económicos en las decisiones relativas al uso sostenible de la naturaleza y al fomento de su conservación. Estas preocupaciones pueden resumirse en las siguientes preguntas que siguen sin tener una respuesta satisfactoria:

1. ¿Qué significa sostenible? ¿Según quién?

2. ¿Quién debe decidir qué comunidades y pueblos son suficientemente sostenibles para ser reconocidos como titulares de derechos bioculturales?
3. ¿Quién puede evaluar si la aplicación de los derechos bioculturales por parte de los pueblos indígenas y las comunidades locales se hace en armonía con los intereses y las necesidades de la naturaleza?

Un segundo tipo de problemas está más vinculado con el estado actual del derecho internacional y nacional y con la importante diferencia entre pueblos indígenas y comunidades locales, que, como se ha explicado anteriormente, son dos sujetos diferentes en el derecho internacional (Sajeva, Borri-Feyerabend, Niederberberger, 2019). Al ser dos sujetos diferentes, actualmente son titulares de derechos jurídicos distintos (Zanjani et al., 2023) y, por lo tanto, pueden reaccionar de manera disímil frente al reconocimiento de los derechos bioculturales. Los Pueblos Indígenas son titulares de derechos indígenas reconocidos a través del Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales número 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Pueblos Indígenas, y la legislación regional sobre derechos humanos (como los sistemas interamericano y africano) y las Constituciones, leyes y decisiones judiciales de países y organizaciones regionales (Shelton, 2020). Los derechos indígenas incluyen todos los derechos agrupados en la canasta de los derechos bioculturales, como el derecho a la autodeterminación (interna) (Shelton, 2020) y otros derechos colectivos culturales, de propiedad y sociales. Pero los derechos de los pueblos indígenas, además de tener un alcance más amplio que los derechos bioculturales, se basan, fundamentan y justifican únicamente en el valor intrínseco de los pueblos indígenas, no en el de la naturaleza. Como otros derechos colectivos, son una herramienta para proteger los intereses de sus únicos titulares. En consecuencia, aunque muchos derechos indígenas están relacionados con la naturaleza y los recursos naturales y su respeto a menudo conduce a la conservación real del ambiente, su reconocimiento no depende de que los pueblos indígenas tengan un papel de custodia de la naturaleza, ni exige que su aplicación esté vinculada a consideraciones ambientales.

En cambio, las comunidades locales siguen careciendo de una protección jurídica. Una de las causas de la insuficiencia de herramientas jurídicas radica en que aún carecen de una definición lo suficientemente precisa como para que se les conceda personalidad jurídica, derechos y deberes²⁰. De hecho, la atención internacional se ha centrado en ellos, pero sus derechos siguen estando diseminados en muchos documentos diferentes que hacen referencia a comunidades locales específicas: campesinos, agricultores, pescadores a pequeña escala, pastores, pueblos nómadas²¹. Resulta significativo para el análisis de los derechos bioculturales que tales derechos estén vinculados a la conservación de la naturaleza. A las comunidades locales se les reconocen derechos porque protegen la pesca, o porque utilizan la tierra de forma sostenible gracias a sus prácticas nómadas, o porque poseen y utilizan variedades antiguas de diversas semillas. En este escenario, los límites y las restricciones ambientales de los derechos bioculturales no son tan

²⁰ Como señalan Barrow y Murphree (2001), las comunidades locales «son uno de los conceptos más vagos y elusivos de las ciencias sociales y siguen desafiando una definición precisa». Su contorno y estatus inciertos las han condenado hasta ahora a permanecer en un «limbo jurídico» (Bessa y Gilbert, 2022, p. 35)

²¹ Véanse, entre otros, el «Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura» de 2004; las «Directrices voluntarias para asegurar la pesca sostenible en pequeña escala en el contexto de la seguridad alimentaria y la erradicación de la pobreza» de la FAO de 2014; la «Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los campesinos y otros pueblos que viven en zonas rurales» de 2018.

engorrosos como en el caso de los pueblos indígenas. Para las comunidades locales, los derechos bioculturales podrían representar, en cambio, un avance interesante hacia una herramienta única para el reconocimiento y la promoción del apoyo que pueden prestar para caminar hacia una relación diferente con la naturaleza.

Para los pueblos indígenas, en cambio, los derechos bioculturales siguen siendo una herramienta limitada cuyo uso podría resultar práctico si el Estado en el que residen les niega sus derechos indígenas (ya sea por razones políticas internas, por conflictos históricos o porque ese Estado está dando prioridad actualmente a la conservación de la naturaleza en lugar de a los derechos colectivos). E incluso en este último caso, los derechos bioculturales no deberían interpretarse como sustitutivos de los derechos de los Pueblos Indígenas –que no incluyen deberes potencialmente gravosos hacia la naturaleza– sino sólo como una opción estratégica frente a la falta de alternativas. No obstante, estas consideraciones estratégicas deben hacerse con sumo cuidado porque la retórica de los derechos bioculturales –que propone el equilibrio de los derechos humanos con las consideraciones ambientales– puede infiltrarse en una pendiente resbaladiza y convertirse en una excusa para que jueces, políticos y similares consideren a la sostenibilidad un requisito para poseer también los derechos de los pueblos indígenas.

8. De cara al futuro

Los derechos bioculturales no han sido reconocidos en la legislación internacional ni nacional. Sin embargo, en 2016 la Corte Constitucional de Colombia se refirió, en la sentencia T-622²², al trabajo de Bavikatte y reconoció los derechos bioculturales de los pueblos y comunidades ribereñas del río Atrato²³. Más concretamente, la Corte afirmó que los derechos bioculturales no deben considerarse un nuevo derecho colectivo en Colombia, sino la unificación de los derechos colectivos de los pueblos indígenas y las comunidades locales a los recursos naturales y a la cultura, que la Constitución colombiana ya reconoce. Para garantizar la protección del río Atrato, lo reconoció como un sujeto de derecho, titular de los derechos²⁴ de protección, conservación, sostenimiento y restauración, y declaró al Estado y a los pueblos indígenas y comunidades locales de la región responsables de velar por estos derechos, derivando así los deberes de custodia del ambiente no de los derechos bioculturales sino de los derechos de la naturaleza.

En la misma línea, en 2021 el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala de Justicia y Paz²⁵, refiriéndose de nuevo a un río –el Río Magdalena²⁶– afirmó que la naturaleza debe concebirse como sujeto de derechos, y mencionó explícitamente los derechos bioculturales como una «herramienta para identificar formas de vida que se desarrollan dentro de una relación holística entre naturaleza y cultura»²⁷. Tanto en el caso del Atrato como en el del río Magdalena, la mención de

²² Centro de Estudios para la Justicia Social y otros vs. Presidencia de la República y otros. Sentencia T-622/16 Corte Constitucional de Colombia (10 de noviembre de 2016). Para una reconstrucción integral del caso y un análisis de su relación con la Corte Interamericana y la Comisión de Derechos Humanos, ver Castillo Galvis, D'Janon Donado y Ramírez Nardiz (2019).

²³ Para un análisis crítico, véase Sajeve (2021).

²⁴ Cabe señalar que los derechos de la naturaleza no están reconocidos en la legislación nacional colombiana. El dictamen justifica esta decisión argumentando que los derechos de la naturaleza fomentan el desarrollo sostenible, así como la protección de los ecosistemas fluviales y los derechos de las comunidades y los pueblos.

²⁵ Acta número 005/2021 (Radicado: 110012252000201600552) Postulados: Ramón María Isaza Arango y 59 postulados de las ACMM.

²⁶ El Río Magdalena fue previamente reconocido como sujeto de derechos por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Neiva con funciones de conocimiento (n 36 [4.16.2]).

²⁷ (n 36) [4.16.2].

los derechos bioculturales en la jurisprudencia no tuvo en cuenta toda la profundidad de sus características, equiparándolos a los derechos ambientales (perdiendo así su especificidad).

Todavía es difícil saber si los derechos bioculturales avanzan en la dirección de ser adoptados explícitamente por la legislación nacional o internacional, o incluso por la jurisprudencia²⁸. Sin embargo, su propia aparición y análisis han permitido explorar nuevas fronteras de los derechos humanos y subrayar algunos elementos de sus relaciones con los derechos de la naturaleza. Han puesto sobre la mesa el importante debate relativo al equilibrio entre la protección de la naturaleza y la protección de los intereses fundamentales humanos. Han demostrado que los derechos de la naturaleza y los derechos humanos pueden, jurídica y teóricamente, combinarse en un único conjunto de derechos. Este camino podría parecer necesario en una época cuyo propio nombre se discute para dar cuenta de la difícil –cuando no trágica– relación entre los seres humanos y la naturaleza. Inspirándose en aquellos pueblos y comunidades que no han abrazado esa relación destructiva, los derechos bioculturales han sugerido ver la correlación entre los intereses humanos y los de la naturaleza como un punto de partida y no como un punto de llegada a menudo olvidado o menospreciado. Sin embargo, una lectura honesta ha demostrado que esta combinación no está exenta de peligros. Sólo una visión que considere a los pueblos indígenas y a las comunidades locales como intrínsecamente ligados a la naturaleza (y esta visión se parece terriblemente a los viejos relatos racistas de *los salvajes*) puede no ver que este movimiento hacia la combinación de sus derechos con los deberes ambientales desplaza la carga de las responsabilidades hacia la naturaleza sobre los pueblos que menos la han dañado. Hay que inspirarse en los derechos bioculturales para valorar las soluciones no tecnocráticas a los retos ambientales a los que nos enfrentamos, pero también para pensar que los derechos humanos de todos nosotros –no sólo de los que actualmente viven en una conexión más estrecha con la naturaleza– están en peligro por el camino emprendido por el Capitaloceno y que todos debemos encontrar formas de equilibrar nuestros intereses y necesidades con los de los ecosistemas sin olvidar que puede haber conflictos entre los derechos humanos y los derechos de la naturaleza y que –de ahí la fuerza– no hay zapato de Cenicienta para encontrar una solución.

Bibliografía

- Agrawal, A. y Gibson, C. (1999). Enchantment and Disenchantment: The Role of Community in Natural Resource Conservation. *World Development*, 4, 629-649. [http://dx.doi.org/10.1016/S0305-750X\(98\)00161-2](http://dx.doi.org/10.1016/S0305-750X(98)00161-2)
- Barrow, E. G. C. y Murphree, M. W. (2001). Community Conservation from Concept to Practice. En D. Hulme, M. Murphree (eds.), *African Wildlife and Livelihoods: The Promise and Performance of Community Conservation* (24-37). James Currey.
- Bavikatte, S. K. (2014). *Stewarding the Earth. Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights*. Oxford University Press.
- Bavikatte, S. K., y Bennett, T. (2015). Community Stewardship: The Foundation of Biocultural Rights. *Journal of Human Rights and the Environment*, 6 (1), 7-29. [10.4337/jhre.2015.01.01](https://doi.org/10.4337/jhre.2015.01.01)
- Bavikatte, S. K. y Robinson, D. (2011). Towards a People's History of the Law: Biocultural Jurisprudence and the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing. *Law Environment and Development*, 7 (1), 35-51. <https://archive.ubs->

²⁸ Para un análisis de casos que pueden interpretarse a través del prisma de los derechos bioculturales, véase González (2021).

- biotrade.info/fileadmin/media/ABS_Simply_explained/Nagoya_Protocol/NJ-BCPS.pdf
- Bessa, A. y Gilbert, J. (2022). Indigenous Peoples and Traditional Local Communities in the UNDROP: Synergies and Challenges. En M. Alabrese, A. Bessa, M. Brunori, P. F. Giuggioli (eds.), *The United Nations' Declaration on Peasants' Rights* (32-47). Routledge.
- Borràs, S. (2016). New Transitions from Human Rights to the Environment to the Rights of Nature. *Transnational Environmental Law*, 5 (1), 113-143. [10.1017/S204710251500028X](https://doi.org/10.1017/S204710251500028X)
- Brechin, S. R., Wilshusen, P. R., Fortwangler, C. L. y West, P. C. (2002). Beyond the Square Wheel: Toward a More Comprehensive Understanding of Biodiversity Conservation as Social and Political Process. *Society and Natural Resources*, 15 (1), 41-64. <https://doi.org/10.1080/089419202317174011>
- Castillo Galvis, S. H., D'Janon Donado, M. L. y Ramírez Nárdiz, A. (2019). El control de convencionalidad y el diálogo judicial frente al medio ambiente como sujeto de protección y reparación. *Revista Mexicana de Derecho Constitucionales*, 41, 397-428. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/13952/15205>
- Celano, B. (2001). I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz. *Analisi e Diritto* 2001, 1-58.
- Claus, A. C., Kai, C. M. A. y Satterfield, T. (2010). The Roles of People in Conservation. En Sodhi, N.S., Ehrlich, P. R. (eds), *Conservation Biology for All* (262-283). Oxford University Press.
- Dupuy, P. M. y Viñuales, J. E. (2018). *International Environmental Law*. Cambridge University Press.
- Ellingson, T. (2001). *The Myth of the Noble Savage*. University of California Press.
- Fernández-Llamazares, A., Fa, J. E., Brockington, D., Brondízio, E.S., Cariño, J., Corbera, E., Farhan Ferrari, M., Kobei, D., Malmer, P., Márquez, G.Y.H., Molnár, Z., Tugendhat, H., y Garnett, S. T. (2024). No basis for claim that 80% of biodiversity is found in Indigenous territories. *Nature*, 633, 32-35. [10.1038/d41586-023-02809-2](https://doi.org/10.1038/d41586-023-02809-2)
- García, A. y Varón, D. (2018). La sentencia del río Atrato: un paso más allá de la Constitución Verde. En Orduz Salinas, N. (ed.), *La corte ambiental. Expresiones ciudadanas sobre los avances constitucionales* (297-317). Heinrich Böll Stiftung.
- Gavin, M. C., McCarter, J., Mead, A., Berkes, F., Stepp, J. R., Peterson, D. y Tang, R. (2015). Defining Biocultural Approaches to Conservation. *Trends in Ecology and Evolution*, 30 (3), 140-145. [10.1016/j.tree.2014.12.005](https://doi.org/10.1016/j.tree.2014.12.005)
- Girard, F., Hall, I. y Frison, C. (2022). *Biocultural Rights, Indigenous Peoples and Local Communities. Protecting Culture and the Environment*. Routledge.
- Gottschalk, P. (2023). Taking Environmental Rights in the Anthropocene Seriously. The Case of Biodiversity and the Nagoya Protocol. En Walter, B. F., y May, J. R. (eds.), *Environmental Human Rights in the Anthropocene. Concepts, Contexts, and Challenges* (52-69). Cambridge University Press.
- Griffin, J. (2008). *On Human Rights*. Oxford University Press.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science*, 162 (3859), 1243-1248. [10.1126/science.162.3859.1243](https://doi.org/10.1126/science.162.3859.1243)
- IPBES. (2019). *Summary for Policymakers of the Global Assessment Report on Biodiversity and Ecosystem Services of the Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services*. Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services.
- Jonas, H., Makagon, E. J. y Shrumm, H. (2013). *The Living Convention. A Compendium of Internationally Recognised Rights that Support the Integrity and Resilience of Indigenous Peoples' and Local Communities' Territories and Other Social-Ecological Systems*. Natural Justice.

- Jonas, H. D. (2020). *The Living Convention. Volume II: A Methodology for Counter-mapping and Recentering International Law*. Natural Justice.
- Kauffman, C. M. y Martin, P. L. (2018). *When Rivers Have Rights: Case Comparison of New Zealand, Colombia, and India*. Presentation given at the International Studies Association Annual Conference, San Francisco, CA.
- Kotzé, L. J. (2014). Human Rights and the Environment in the Anthropocene. *The Anthropocene Review*, 1 (3), 252-275. [10.1177/2053019614547741](https://doi.org/10.1177/2053019614547741)
- Maffi, L. y Woodley, E. (2010). *Biocultural Diversity Conservation: A Global Sourcebook*. Routledge.
- Maffi, L. (2007). Biocultural Diversity and Sustainability. En Pretty, J., Ball, A.S., Benton, T., Guivant, J.S., Lee, D.R., Orr, D., Pfeffer, M.J., y Ward, H. (eds.), *The SAGE Handbook of Environment and Society* (267-278). SAGE Publications Ltd.
- Maffi, L. (2005). Linguistic, Cultural, and Biological Diversity. *Annual Review of Anthropology*, 34, 599-638. [10.1146/annurev.anthro.34.081804.120437](https://doi.org/10.1146/annurev.anthro.34.081804.120437)
- May, J. R. y Baber, W.F. (2023). Conclusion: Environmental Human Rights in the Anthropocene. En May, J. R., y Baber, W. F. (eds.), *Environmental Human Rights in the Anthropocene. Concepts, Contexts, and Challenges* (213-221). Cambridge University Press.
- Meine, C. (2010). Conservation Biology: Past and Present. En Sodhi, N.S., y Ehrlich, P. R. (eds.), *Conservation Biology for All* (7-26). Oxford University Press.
- Morgera, E., Buck, M., y Tsoumani, E. (2014). *Unraveling the Nagoya Protocol - A Commentary on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*. Brill.
- Office of the High Commissioner for Human Rights. (2011). *Analytical Study on the Relationship between Human Rights and the Environment*, 16 December 2011, A/HRC/19/34.
- Posey, D. A. (1999). *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity. A Complementary Contribution to the Global Biodiversity Assessment*. Intermediate Technology Publication.
- Pretty, J., Adams, B., Berkes, F., Ferreira de Athayde, S., Dudley, N., Hunn, E., Maffi, E. y et al. (2009). The Intersections of Biological Diversity and Cultural Diversity: Towards Integration. *Conservation and Society*, 7 (2), 100-112. <https://www.jstor.org/stable/26392968>
- Raz, J. (1988). *The Morality of Freedom*. Clarendon Press.
- Redford, K. (1991). The Ecologically Noble Savage. *Cultural Survival Quarterly*, 15 (1), 46-48. <https://www.culturalsurvival.org/publications/cultural-survival-quarterly/ecologically-noble-savage>
- Reed, M.S. (2008). Stakeholder Participation for Environmental Management: A Literature Review. *Biological Conservation*, 141 (10), 2417-2431. [10.1016/j.biocon.2008.07.014](https://doi.org/10.1016/j.biocon.2008.07.014)
- Sajeva, G., Borrini-Feyerabend, y G. y Niederberberger, T. (2019). *Meanings and More... Policy Brief of the ICCA Consortium in collaboration with Cenesta*, Issue No. 7.
- Sajeva, G. (2018). *When Rights Embrace Responsibilities. Biocultural Rights and the Conservation of the Environment*. Oxford University Press.
- Sajeva, G. (2019). Inside-out. Internal and External Limits to Rights: does it matter?. *Diritto & questioni pubbliche*, XIX (2), 201-223. https://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2019_n19-2/DQ_XIX_2019-2_01-studi_09_Sajeva.pdf
- Sajeva, G. (2021). Environmentally-conditioned Human Rights: a Good Idea?. En Corrigan, D., Oksanen, M. (eds.). *Rights of Nature. A re-examination* (85-101). Routledge Explorations in Environmental Studies.
- Sajeva, G. (2025). *Rights for Ecosystem Services. Local Communities and the Rights of Nature*. Routledge.

- Schmidt, P. M. y Peterson, M. J. (2009). Biodiversity Conservation and Indigenous Land Management in the Era of Self-Determination. *Conservation Biology*, 23(6), 1458-1466. [10.1111/j.1523-1739.2009.01262.x](https://doi.org/10.1111/j.1523-1739.2009.01262.x)
- Shelton, D. (2020). The Rights of Indigenous Peoples: Everything Old Is New Again. En von Arnould, A., von der Decken, K., y Susi, M. (eds.), *The Cambridge Handbook of New Human Rights* (217-232). Cambridge University Press.
- Special Rapporteur on the Rights of Indigenous Peoples (2017). *Impacts of Climate Change and Climate Finance on Indigenous Peoples' Rights*, A/HRC/36/46.
- Stone, C. (1972). Should Trees Have Standing? Toward Legal Rights for Natural Objects. *South California Law Review*, 45, 450-501. <https://southerncalifornialawreview.com/wp-content/uploads/2022/03/Christopher-D.-Stone-Should-Trees-Have-Standing-%E2%80%94Toward-Legal-Rights-for-Natural-Objects-45-S.-CAL.-L.-REV.-450-1972..pdf>
- Studley, J. y Bleisch, W. V. (2018). Juristic Personhood for Sacred Natural Sites: A Potential Means for Protecting Nature. *Parks Journal*, 24, 81-96. [10.2305/IUCN.CH.2018.PARKS-24-1JS.en](https://doi.org/10.2305/IUCN.CH.2018.PARKS-24-1JS.en)
- Sunderland, T., Campese, J., Greiber, T., y Oviedo, G. (2009). *Rights-based Approaches. Exploring Issues and Opportunities for Conservation*. International Union for the Conservation of Nature and IFOR.
- Taylor, P. E. (2008). Ecological Integrity and Human Rights. Introducing the Rights Versus Responsibilities Debate. En Westra, L., Bosselmann, K., y Westra, R. (eds.), *Reconciling Human Existence with Ecological Integrity. Science, Ethics, Economics and Law* (89-108). Routledge.
- UN Department of Economic and Social Affairs. (2019). *State of the World's Indigenous Peoples. Implementing the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, Vol. ST/ESA/371.
- Waldron, J. (1993). Rights in Conflict. En Waldron, J. (ed.), *Liberal Rights. Collected Papers. 1981-1991* (203-224). Cambridge University Press.
- Wilson, E. O. (2016). *Half the Earth. Our Planet's Fight for Life*. Liveright Publishing Corporation.
- Witter, R. y Satterfield, T. (2019). The Ebb and Flow of Indigenous Rights Recognitions in *Conservation Policy. Development and Change*, 50, 1083-1108. <https://doi.org/10.1111/dech.12456>
- Zanjani, L. V., Govan, H., Jonas, H.C., Karfakis, T., Mwamidi, D.M., Stewart, J., Walters, G. y Dominguez, P. (2023). Territories of Life as Key to Global Environmental Sustainability. *Current Opinion in Environmental Sustainability*, 63, Article 101298. <https://doi.org/10.1016/j.cosust.2023.101298>
- Posey, D. A. (1999). *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity: A Complementary Contribution to the Global Biodiversity Assessment*. Intermediate Technology Publication.
- Wilson, K. (2016). Flourishing at Twenty: On Context and Foundations in the Rise of the Concept of Biocultural Diversity. *Terralingua Landscape*, 5 (2), 10-15. <https://terralingua.org/stories/flourishing-at-twenty-on-context-and-foundations-in-the-rise-of-the-concept-of-biocultural/>
- Dutfield, G. (1999). Rights, Resources and Responses. En Posey D. A. (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity. A Complementary Contribution to the Global Biodiversity Assessment* (503-550). Intermediate Technology Publication.
- Slikkerveer, J. L. (1999). Ethnoscience, "TEK" and Its Application to Conservation. En Posey D. A. (ed.), *Cultural and Spiritual Values of Biodiversity. A Complementary Contribution to the Global Biodiversity Assessment* (169-180). Intermediate Technology Publication.

Democracia laboral

Workplace democracy

Alfredo Sánchez Santiago*

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea

ORCID ID 0000-0002-5129-3662

alfredo.sanchez@ehu.eus

Aitana Torró Calabuig**

Universitat de València

ORCID ID 0009-0002-0401-068X

aitana.torro@uv.es

Cita recomendada:

Sánchez Santiago A. y Torró Calabuig A. (2026). Democracia laboral. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 284-306.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10385>

Recibido / received: 15/12/2025

Aceptado / accepted: 08/02/2026

Resumen

Este trabajo ofrece una introducción a algunos debates contemporáneos sobre democracia laboral. En primer lugar, se alude a la imbricación histórica entre democracia y trabajo desde el inicio del capitalismo y se presenta el neoliberalismo como un proyecto de desdemocratización del mundo del trabajo. A continuación, se examinan distintas variantes del paradigma de la democracia en el lugar de trabajo y dos tesis clásicas que siguen influyendo en las discusiones actuales sobre la cuestión: la «tesis del derrame» y el «argumento del caso paralelo». Este paradigma se contrasta con enfoques más radicales que sostienen que la democratización de las estructuras sociales y económicas es una condición indispensable para democratizar el trabajo. Finalmente, se ofrece una visión panorámica de enfoques neo-republicanos contemporáneos que abordan la vinculación entre democracia y trabajo partiendo del concepto de no-dominación. Este recorrido proporciona un marco conceptual introductorio para comprender las diversas aproximaciones al problema de la democracia laboral y su relevancia para el debate político y teórico contemporáneo.

* Este trabajo ha contado con el soporte de un contrato postdoctoral otorgado por la Universidad del País Vasco (Convocatoria 2024 para la contratación de personal investigador doctor) y se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2024-156672NB-I00 «Culturas de la opresión, explotación laboral y transformaciones del Estado. Análisis interseccionales de algunas formas de dominación contemporánea. Una investigación de filosofía social (II)», financiado por MICIU/AEI /10.13039/501100011033 y por FEDER, UE.

** 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

Democracia, democracia radical, igualdad, trabajo, participación política, autonomía, filosofía del trabajo, teoría democrática, democracia económica, republicanism.

Abstract

This paper offers an introduction to several contemporary debates on workplace democracy. It first traces the longstanding historical connection between democracy and labor since the emergence of capitalism and presents neoliberalism as a project aimed at de-democratizing the world of work. It then examines different variants of the workplace democracy paradigm and discusses two classical theses that continue to shape current debates on the issue: the “spillover thesis” and the “parallel case argument.” This paradigm is contrasted with more radical approaches that argue that democratizing social and economic structures is a necessary condition for democratizing work itself. Finally, the paper provides an overview of contemporary neo-republican approaches that explore the connection between democracy and labor through the concept of non-domination. Taken together, this overview offers an introductory conceptual framework for understanding the diverse approaches to workplace democracy and their relevance to contemporary political and theoretical debates.

Keywords

Democracy, radical democracy, equality, labor, political participation, autonomy, philosophy of labor, democratic theory, economic democracy, republicanism.

SUMARIO. 1. La centralidad teórica y política del trabajo. 2. El neoliberalismo, un proyecto de desdemocratización del trabajo. 3. Enfoques actuales de democracia laboral. 3.1. Democracia en el lugar de trabajo [*workplace democracy*]. 3.2. Democratizar el trabajo, radicalizar la democracia. 3.3. Democracia, trabajo y no dominación: el enfoque neo-republicano. 4. Conclusión.

1. La centralidad teórica y política del trabajo

Desde el célebre *Derecho a la pereza* de Lafargue hasta el conocido foro «r/antiwork» de la web Reddit, pasando por el «Manifiesto contra el trabajo» del grupo alemán Krisis en 1999, el trabajo ha sido a menudo negado como una actividad y un espacio capaces de engendrar ideales emancipadores o dinámicas de transformación social desde un enfoque democratizador. Siguiendo a Renault (2022a, p. 70), podríamos decir que el vínculo entre trabajo y utopía es casi siempre negativo: se piensa la emancipación *fuera* del trabajo o *contra* el trabajo, pero pocas veces *desde* el trabajo, imposibilitándose así el surgimiento de un estatuto jurídico-político de persona trabajadora en clave emancipadora.

La elusión del vínculo entre el trabajo y las demandas de democratización es en parte la consecuencia de un olvido más radical: el olvido del trabajo en su dimensión social y política. En el último tercio del siglo XX, el trabajo comienza a desvanecerse como categoría analítica en favor de otros marcos de problematización, como la cuestión ecológica o los «derechos de reconocimiento». En los últimos años, una parte de la teoría social y política ha insistido en que el avance de la automatización, el desarrollo de la inteligencia artificial y la multiplicación de lo que Graeber ha denominado *bullshit jobs* (2018) aconsejarían apostar por modelos de organización social en los que el trabajo sea desplazado del lugar central que había ocupado tradicionalmente, pues este se habría revelado incapaz de proporcionar bienes de utilidad social o subjetivamente significativos para las personas trabajadoras.

Esta exclusión del trabajo de la reflexión teórica y política no es en absoluto reciente: hunde sus raíces en el origen mismo de nuestra tradición. Después de todo, el propio saber filosófico se funda desde la Antigüedad griega en una oposición al mundo del trabajo manual, en una distribución aristocrática del derecho al pensamiento que pone a la filosofía fuera del alcance de los «pobres», de todos aquellos individuos que se ganan la vida con el esfuerzo de sus brazos y el sudor de su frente (Rancière, 2007). Es bien conocido el desdén con el que esta actividad es tratada por Aristóteles (1998), quien la considera una actividad degradante, más propia de esclavos que de seres humanos que aspiran a ser libres. Kant (2005), y posteriormente Stuart Mill (2019), consideran de modo similar que ejercer un trabajo torna a las personas incapaces de participar políticamente, pues la actividad política requiere de tiempo para adquirir los saberes que la hacen posible. En un registro más contemporáneo, Arendt asimilará la «labor» con los ciclos biológicos de la naturaleza que participan en la reproducción de la vida y el «trabajo» con la creación de un «artificial mundo de cosas», distinguiendo ambos de la «acción», actividad propia de la política en la que los seres humanos actúan libre y concertadamente (Arendt, 2005).

Desde el punto de vista histórico, cabe señalar que el inicio de la Edad Moderna trae consigo una revalorización del significado social del trabajo motivada por la nueva ética protestante, por el reconocimiento jurídico del trabajo libre en la etapa postrevolucionaria francesa y por nuevas aportaciones filosóficas y políticas, como las de los socialismos utópicos, que apuntarán hacia el trabajo como promesa de autonomía individual, reconocimiento social y actividad honorable. No obstante, con el desarrollo del sistema capitalista, especialmente en sus fases recientes, el trabajo es progresivamente expulsado de los imaginarios utópicos. El cuestionamiento de su organización social, promovido desde mediados del siglo XIX por los movimientos obreros y sindicales, pierde fuerza a partir de la segunda mitad del siglo posterior en favor de las políticas de redistribución de la riqueza, un hecho que autores como Thomas Coutrot relacionan con la incapacidad constitutiva del socialismo del siglo XX para «imaginar y experimentar formas realmente emancipadoras de trabajo» (2018, p. 12). Además, dicha pérdida de potencialidad transformadora vendrá impulsada por la instauración de la «ciudadanía social», un estatuto jurídico-político que permitirá suavizar la contradicción de las sociedades mercantiles surgidas en el siglo XIX entre un sistema capitalista como fuente de miseria social y el Estado democrático de derecho, fundado en principios de igualdad y libertad (Schwartz, 1998, p. 22).

Desde los años ochenta del pasado siglo, la negación del trabajo y de sus potencialidades políticas se ha visto favorecida por la expansión de la cultura laboral del neoliberalismo y por la hegemonía creciente de su retórica corporativa y sus métodos de organización de la producción. La proliferación de dinámicas de *team building*, de alternativas de ocio dentro del propio espacio de trabajo o la gamificación progresiva de los objetivos laborales han contribuido a ocultar la naturaleza conflictiva y política del trabajo. Así, la actividad laboral ha quedado desplazada hacia las esferas del entretenimiento o del desarrollo personal, requiriendo una implicación total –física, emocional y cognitiva– de las personas asalariadas en la gestión empresarial para la optimización de sus competencias, lo que conduce a la desnaturalización del valor socializador del trabajo en favor de una exaltación de la individualidad.

A pesar de este devenir neoliberal de la esfera laboral, o precisamente como consecuencia del mismo, la cuestión del trabajo ha vuelto a atraer la atención de numerosas disciplinas de las ciencias humanas y sociales, desde la sociología laboral

a la psicopatología del trabajo, pasando por la teoría crítica o la filosofía social¹. Lejos de producirse el anunciado «fin del trabajo» (Rifkin, 1996), el mundo laboral y sus viejas y nuevas preocupaciones se han vuelto a situar en primera línea de estudio.

En su diversidad, estas perspectivas sociológicas y filosóficas examinan la actividad laboral como una experiencia compleja cuyo significado es al mismo tiempo social y subjetivo. Desde el punto de vista social, el trabajo es una actividad inscrita en un sistema global de necesidades y en una red de relaciones sociales, políticas e institucionales que la condicionan y determinan concretamente. Así, podría definirse como toda actividad socialmente necesaria realizada de forma habitual que contribuye a mantener la forma de vida de una sociedad y los elementos que la componen (Honneth, 2023), incluyendo de este modo al trabajo reproductivo o no-remunerado, al entender que el mercado de trabajo no es la unidad de medida de las necesidades sociales de una colectividad.

Desde el punto de vista subjetivo, el trabajo es una actividad prescrita (distinta del ocio y del juego, por ejemplo), inserta en las sociedades salariales en una relación de subordinación y desempeñada de acuerdo con una doble polaridad de placer y dolor. En efecto, el trabajo puede ser portador de virtudes más allá del dinero (Gheaus y Herzog, 2016) en la medida en que contribuye a consolidar la autonomía del individuo, garantizar su inclusión social y modelar sus capacidades físicas e intelectuales, pero también puede provocar el efecto contrario cuando la precariedad laboral expulsa del orden civil a poblaciones consideradas superfluas o cuando el espacio laboral se convierte en una caja de resonancia de desigualdades sociales y patrones de discriminación racial, de género o corporal (Moreno Pestaña, 2016). En definitiva, el trabajo no es una actividad humana entre otras, ni sencillamente una fuente de ingresos, sino una experiencia que puede provocar daño corporal, cognitivo y moral.

En resumen, frente a las teorías del post-trabajo, una parte del pensamiento crítico reciente ha insistido en la «centralidad dinámica del trabajo» (Cukier, 2016, p. 28), esto es, en la consideración del trabajo no solamente como uno de los vectores fundamentales de la reproducción social, sino también como un espacio privilegiado para ensayar formas de cooperación y solidaridad y como una de las actividades principales a través de las cuales el sujeto desarrolla sus capacidades y adquiere reconocimiento social. Según este punto de vista, lo que debe ser criticado no es el trabajo en sí, sino la ideología capitalista en la que actualmente se enmarca, preñada de consecuencias negativas y sesgos de distinto orden: proliferación de empleos precarios y muchas veces lesivos para la integridad corporal o psíquica del sujeto laborante, énfasis en la productividad por encima de la conciencia medioambiental, incapacidad del mercado laboral para garantizar la inclusión social, invisibilización de tareas reproductivas y de cuidados, etc. (Deranty, 2021). Criticar esta ideología productivista, que impone trabajos precarios y heterónomos como centro de la vida social e individual, no implica negar la importancia política del trabajo, sino apostar por la transformación de las condiciones sociales y económicas que actualmente lo estructuran, con el fin de concebir modelos alternativos que contribuyan a la satisfacción efectiva de las necesidades del individuo y la comunidad.

Este es precisamente el objetivo al que pretende contribuir la presente voz del *Léxico en Cultura de la legalidad*, centrada en examinar un debate en el que la filosofía

¹ Para una visión panorámica de este *revival* del problema del trabajo en el pensamiento crítico contemporáneo, cf. Dejours et al. (2018) y, en el ámbito hispanohablante, los dos recientes números monográficos publicados en las revistas *Bajo palabra* (López Álvarez et al., 2023) y *Las Torres de Lucca* (Pinzani et al., 2025).

y la teoría política de los últimos años han centrado su interés: el problema de la democracia laboral. La crisis global de 2008 permitió tomar conciencia acerca de algunas de las consecuencias más deletéreas de las políticas económicas del neoliberalismo (aumento de las desigualdades, desempleo masivo, precarización laboral), que vulneraron de frente el principio de no-regresividad de los derechos sociales, pero no dio lugar a cambios sustanciales o transformadores en la forma de organizar el trabajo en las sociedades postindustriales, y ello a pesar de las proclamas de democratización promovidas por los movimientos de protesta de los años posteriores. Así, la mayor parte de las empresas capitalistas siguen siendo hoy organizaciones objetablemente jerárquicas en las que las personas trabajadoras carecen de poder real y deben aceptar pasivamente decisiones que afectan en aspectos fundamentales a su vida profesional y no profesional.

En un contexto en el que la desconexión entre esfera laboral y política es más que evidente, resulta fundamental atender al paradigma de la democracia laboral para abordar una de las mayores fuentes de conflicto social: el contraste entre las amplias libertades políticas y el absolutismo de mercado. En su sentido más general, el concepto de democracia laboral alude al conjunto de prácticas y reflexiones que apuntan a concebir el espacio de trabajo como un lugar desde el cual se ejercen derechos de participación propios de una democracia política. En este sentido, el estatus de persona trabajadora debe entenderse como parte integrante de la ciudadanía. Dependiendo de los diversos enfoques que serán expuestos a continuación, la democracia laboral podrá significar, entre otras cosas, encontrarse fuera del marco de acción de un poder arbitrario, poseer los medios de producción o tener voz en los procesos internos de la empresa a través de sus órganos representativos. Además, en razón de la amplitud del término, conviene ofrecer también una definición operativa de democracia en la que puedan aglutinarse ideas de la teoría democrática participativa, deliberativa, sustancial o radical. Así, con el concepto de democracia se alude en este texto a una actividad que, estableciendo la igualdad entre los individuos como punto de partida, promueve formas colectivas de organización, deliberación y toma de decisiones sobre problemas que atañen al funcionamiento de alguna de las esferas de la vida social (como la esfera del trabajo).

En la siguiente sección se hará referencia a la imbricación histórica entre democracia y trabajo desde el origen del capitalismo y se presentará el neoliberalismo como un proyecto de desdemocratización del mundo del trabajo. En la tercera sección se discutirán algunos enfoques representativos de las discusiones actuales sobre democracia laboral. Se examinarán primeramente varias modulaciones del paradigma de la democracia en el lugar de trabajo [*workplace democracy*] y dos argumentos célebres en las discusiones sobre la cuestión: el «argumento del caso paralelo» y la «tesis del derrame». A continuación, se contrastará esta perspectiva con enfoques socialistas, feministas y anticapitalistas más radicales que, partiendo de premisas teóricas y políticas diferentes, sostienen que la democratización de las relaciones sociales y el sistema económico es una condición indispensable para la democratización del trabajo. Finalmente, se ofrecerá una visión panorámica de enfoques neo-republicanos contemporáneos que abordan la vinculación entre democracia y trabajo a partir del concepto de no-dominación.

2. El neoliberalismo, un proyecto de desdemocratización del trabajo

En sus distintas tradiciones, la teoría democrática se ha interesado, sobre todo, por el problema de la distribución del poder en el nivel del Estado y sus instituciones, en organizaciones civiles, partidos políticos y movimientos sociales. No obstante, el trabajo se ha mantenido fuera del radar de la teoría democrática durante mucho

tiempo (Ellerman, 2009), a pesar de ser el entorno principal de socialización en las sociedades capitalistas avanzadas y la actividad a la que se dedica un tercio de la vida adulta, siendo especialmente llamativo que ni siquiera las teorías de la democracia radical hayan colocado el foco en esta cuestión. Así, la democratización de las relaciones laborales es un problema que ocupa un lugar periférico en las teorías de Laclau, Mouffe o Balibar (Renault, 2022a), destacando tan solo autores como Rancière, quien dedica su producción teórica de juventud a revalorizar el legado de la historia de la emancipación obrera para la teoría democrática (Rancière, 2012). La exploración archivística que Rancière lleva a cabo en *La Nuit des prolétaires* pone al descubierto las formas de cooperación, las solidaridades gremiales y las estructuras democráticas de organización que el joven movimiento obrero legó a la historia del pensamiento emancipador y a la teoría de la democracia laboral.

Esta omisión sorprende aún más si se vuelve la vista hacia la historia, pues el problema de la democracia laboral es tan antiguo como el capitalismo. Puede ser rastreado en la historia y los textos del marxismo revolucionario y el socialismo utópico, en iniciativas de organización sindical de las personas trabajadoras surgidas con la industrialización, en experiencias de autogobierno de la clase obrera como la Comuna de París o la Viena Roja, en proyectos y reflexiones sobre «democracia industrial» desde finales del siglo XIX (Müller-Jentsch, 2007), en la historia de los consejos obreros en la ex-Yugoslavia (Pateman, 1970) y en prácticas contemporáneas de organización democrática de la producción, como las cooperativas de personas trabajadoras o el modelo de codeterminación alemán (Atzeni, 2012).

En efecto, desde el siglo XIX, la democracia y el trabajo se han visto entrelazados de forma muy estrecha. Por un lado, el trabajo ha sido durante mucho tiempo el escenario de algunas de las luchas más intensas por la emancipación social y la igualdad civil y material, uno de los vectores principales de formación de una subjetividad política antagonista y uno de los espacios por antonomasia de manifestación del *demos* (Domènech, 2019). Por otro lado, la cultura democrática moderna se ha moldeado a través de la actividad sindical y las luchas obreras por derechos y libertades democráticos: derecho al sufragio universal, derecho a la sindicación y a la negociación colectiva, derecho a la participación política, libertad de reunión y asociación, libertad de expresión... Aun limitados en la práctica y sometidos a toda suerte de excepciones, este conjunto de derechos y libertades, que rebasan los límites de la entendida como «Constitución social», siguen informando hoy nuestros órdenes constitucionales.

El vínculo entre democracia y trabajo, muy denso desde el punto de vista histórico, pierde legibilidad con el auge del neoliberalismo en los años ochenta. En un libro ya clásico, Wendy Brown presenta la razón neoliberal como una razón normativa cuyo principal enemigo es el gobierno del pueblo (Brown, 2015). De acuerdo con su lectura, el neoliberalismo es un principio activo de disolución de la cultura, las instituciones y los principios de la democracia liberal, principalmente la igualdad, la libertad y el autogobierno. Sin embargo, aunque lo menciona coyunturalmente, Brown no ofrece un análisis detallado de la guerra emprendida por el neoliberalismo contra el mundo del trabajo y sus posibilidades de democratización. El neoliberalismo es también, y quizá fundamentalmente, un proyecto de desdemocratización del trabajo.

En efecto, el neoliberalismo, entendido como sistema de producción de normas culturales –y no solo como sistema económico– ha conseguido consolidar lo que Elizabeth Anderson (2023) ha denominado una «ética conservadora del trabajo», que exige de las personas trabajadoras una obediencia acrítica a la parte empleadora, otorgando a esta última un derecho irrestricto de control y dirección de la fuerza

laboral y facultando al Estado para crear leyes que preserven este *statu quo*. Según Anderson, la consecuencia de esta transformación cultural es la reducción del trabajo a una mera mercancía y el desmantelamiento de las instituciones sociales de protección de la clase trabajadora. Durante cuarenta años, la razón neoliberal ha reforzado el poder del capital en detrimento de las fuerzas del trabajo y ha introducido nuevos modelos de *management* que desmantelan las condiciones indispensables para que las personas trabajadoras puedan ejercer su control sobre el proceso productivo.

En primer lugar, la evaluación individualizada del rendimiento propia del *management* neoliberal ha acrecentado la competitividad entre personas trabajadoras, erosionando los vínculos de solidaridad profesional y las prácticas de apoyo mutuo (López Álvarez, 2023). Uno de los mayores éxitos de la normatividad neoliberal es haber universalizado y legitimado culturalmente la figura de la persona empresaria de sí misma como paradigma ideal del sujeto trabajador. Esta transformación ha privatizado el malestar laboral y atrofiado la sensibilidad moral de la clase trabajadora ante experiencias de injusticia en el lugar de trabajo (Sánchez Madrid, 2018). La imposición de trayectorias laborales hiperpersonalizadas ha dado lugar al fin de la sociedad salarial al uso, con una fragmentación de estatutos que resulta en la imposibilidad de generar una solidaridad orgánica en el sentido durkheimiano. Así, la individualización de la esfera del trabajo, fruto de la retracción del elemento colectivo que cohesionaba anteriormente, ha dado lugar a que, en el mejor de los casos, las personas trabajadoras sean únicamente fieles a una causa: la empresa para la que trabajan (Linhart, 2013, p. 37).

En segundo lugar, la burocratización del proceso productivo operada por el neoliberalismo ha convertido la actividad laboral en una sucesión abstracta de cálculos, proyectos, informes de actividad, implementación de protocolos, gestión de procesos, previsión de riesgos, evaluación de resultados y procedimientos de auditoría (Hibou, 2012). La burocratización del trabajo diluye lo que Dejours denomina lo «real» del trabajo o la dimensión deóntica de la actividad laboral (Dejours y Deranty, 2010), y ello entorpece el surgimiento de procesos de cooperación democrática en el espacio laboral. La democracia arraiga allí donde las personas trabajadoras tienen la posibilidad de desobedecer las órdenes prescritas, usar su inteligencia para gestionar los imprevistos y decidir en conjunto cuál es la mejor manera de proceder en una situación concreta para la que no existen reglas fijadas *a priori*. Como ha sostenido Emmanuel Renault (2022a, p. 91), la cooperación democrática «desde abajo», y no la prescripción jerárquica desde la dirección de la empresa, es lo que hace al trabajo «real» funcionar.

Conviene matizar, en este sentido, una diferencia sustancial entre la burocracia neoliberal y las formalidades que inevitablemente estarán presentes en cualquier empresa relativamente compleja en la que las personas trabajadoras participen de forma activa. Si bien dichas formalidades pueden estar instituidas de forma que protejan los derechos de las personas trabajadoras (por ejemplo, el registro de los horarios de fichaje o los procesos de toma de decisión), algunas de las formas actuales de burocracia en el espacio laboral tienden más bien a situar a la parte empleada en una situación de sospecha, de necesidad continua de vigilancia y evaluación, en una suerte de minoría de edad que aleja a las personas trabajadoras de su condición de sujeto político, construyendo una pantalla de opacidad frente al poder directivo. Además, ello produce una expansión de la esfera de la «heteronomía», entendida como el conjunto de actividades especializadas que los individuos deben realizar en respuesta a la imposición de un agente externo. De esta manera, se impone una racionalidad funcional que no deja cabida a lo que Gorz (2004) entiende como «integración social»: el proceso de autoorganización y acción

colectiva que permite a los individuos armonizar sus conductas con vistas a un resultado común.

Por último, la aceleración de los ritmos productivos ha tensionado seriamente una de las condiciones estructurales que favorecen la democracia laboral: la disponibilidad de tiempo. La cooperación entre individuos necesita tiempo, al igual que la deliberación, la toma razonada de decisiones, la comprensión de los puntos de vista ajenos, incluso la empatía. Como ha señalado Hartmut Rosa (2016), la aceleración social no solo afecta a los procesos económicos, sino también a las formas de interacción, percepción y construcción de sentido, erosionando la posibilidad de experiencias compartidas sostenidas en el tiempo. Además, según el académico alemán, la rapidez de las dinámicas productivas supone una merma en la autonomía de las personas, que se ven incapaces de apropiarse del mundo, generando una situación de alienación que impide que se establezcan relaciones significativas de «resonancia» o reconocimiento mutuo. En el ámbito laboral, la aceleración del tiempo se plasma también en la rapidez con que la persona trabajadora ha de formarse y renovar sus capacidades y competencias en el marco de una economía del aprendizaje (López Álvarez, 2023).

Por supuesto, esta constatación crítica sobre la incompatibilidad entre la democracia laboral y el régimen de temporalidad propio del sistema de producción capitalista, especialmente en su fase neoliberal, no invalida la posibilidad de imaginar o implementar modelos institucionales que resistan o reequilibren tales dinámicas, sino que más bien subraya los desafíos a los que se enfrenta cualquier propuesta democrática en el contexto laboral contemporáneo. Los paradigmas teóricos que analizamos en las siguientes secciones responden a estos desafíos aportando propuestas institucionales y normativas que permiten repensar la organización del trabajo desde criterios de participación, deliberación y justicia social.

3. Enfoques actuales de la democracia laboral

Relativamente eclipsado tras el ascenso del neoliberalismo en los años ochenta, el problema de la democracia laboral ha vuelto a atraer la atención de la comunidad académica a lo largo de las dos últimas décadas. Personas académicas provenientes de disciplinas muy diversas (filosofía, sociología, economía, ciencias políticas, derecho) han dado forma a un intenso debate sobre la necesidad de crear entornos de trabajo más igualitarios, participativos e inclusivos con el objetivo de atenuar las disimetrías de poder que genera la empresa neoliberal. Prueba de la intensidad de estas discusiones es la publicación en el año 2020 del *Manifeste travail*, un texto impulsado por tres investigadoras y firmado por más de 7000 académicos de todo el mundo en el que se lanza una llamada a la democratización y la desmercantilización del trabajo como una vía necesaria para descontaminar el planeta (Ferrerías, Battilana y Meda, 2020).

Ahora bien, ¿qué significa exactamente democratizar el trabajo y cuáles son sus implicaciones concretas? Sería insuficiente definir la democracia laboral como un conjunto de dispositivos que permite a las personas trabajadoras hacer oír su voz, proteger sus intereses y defender sus derechos participando activamente en la gestión de la empresa, pues el problema consiste en determinar cuál debe ser la modalidad y el alcance de esta participación y cómo puede justificarse normativamente, si es que es posible hacerlo. La amplia variedad de respuestas a estas cuestiones constituye la riqueza del debate sobre democracia laboral.

Por un lado, el derecho a la participación política de las personas trabajadoras puede determinarse como un derecho a la información, a la consulta, a la co-decisión o al control pleno de la empresa. Puede canalizarse mediante métodos de participación directa o representativa, así como recaer sobre cuestiones estratégicas o no estratégicas y atribuirse a todas las personas trabajadoras o solamente a algunas de ellas. Además, puede implicar —o no— cambios en la titularidad de la propiedad de la empresa y su alcance podría limitarse únicamente al proceso de trabajo o extenderse también a su organización y división. Finalmente, puede desbordar el marco estricto de la empresa y proyectarse hacia las instituciones políticas, como en ciertos modelos de inspiración marxista que proponen articular una «democracia de trabajadores» en la que trabajo y ciudadanía se conviertan en dos actividades indistinguibles.

Por otro lado, la democratización del trabajo ha sido objeto de numerosos intentos de fundamentación normativa. Así, Hélène Landemore e Isabelle Ferreras (2016), por ejemplo, sostienen que la empresa comparte rasgos estructurales fundamentales con el Estado y, por ello, debe ser evaluada con los mismos criterios de legitimidad política: si la democracia es la única forma legítima de gobierno en el ámbito estatal, también debe serlo en el ámbito empresarial. Además, Ferreras (2018) ha argumentado que la democracia laboral debe ser defendida no solo desde un punto de vista pragmático o económico, sino como un derecho social y político ligado a la justicia y la igualdad. Desde un enfoque republicano, se ha defendido que la democracia laboral es el único instrumento que garantiza realmente la libertad de la persona trabajadora frente a prácticas despóticas o arbitrarias de autoridad (González Ricoy, 2014). Y, desde la teoría crítica de inspiración marxista, se ha argumentado que la discusión anglosajona en torno a la *workplace democracy* carece de radicalidad política suficiente, pues de lo que se trata no es de atenuar las asimetrías entre los propietarios de capital y las fuerzas del trabajo, sino de superar el capitalismo revolucionando las condiciones y los fines de la producción (Cukier, 2018).

Estas diferentes perspectivas comparten puntos en común, aunque también presentan divergencias que en ocasiones resultan fundamentales. El objetivo de las subsecciones siguientes no es ofrecer una exposición exhaustiva de todos los enfoques existentes en el campo de la democracia laboral, algo que sería inviable por razones de espacio, sino ofrecer un recorrido introductorio por algunas de las líneas de reflexión más influyentes en este ámbito de estudio, destacando los elementos de estos enfoques que presentan un mayor calado conceptual y cuya influencia ha sido más determinante en la discusión académica sobre la materia².

3.1. Democracia en lugar de trabajo [*workplace democracy*]

Con fines meramente heurísticos, podemos distinguir dos grandes modelos de democracia laboral según se privilegie la estructura empresarial o las estructuras sociales de las que depende el trabajo como objeto prioritario de la reforma política democrática. Esta oposición no agota la pluralidad de perspectivas posibles, pero puede permitir organizar al menos una parte de los enfoques más relevantes en el debate actual sobre democracia laboral. Para exponerlo en pocas palabras, quienes se reconocen en el primer modelo centran sus esfuerzos en el análisis y diseño de estrategias orientadas a la reorganización democrática de la empresa, argumentando

² Por limitaciones de espacio, en esta voz privilegiamos los argumentos esgrimidos en favor de la democracia laboral, aun cuando parten de premisas teóricas diferentes. Por lo tanto, quedan fuera de consideración sistemática las posiciones críticas o abiertamente contrarias a la democratización del trabajo, pese a su indudable relevancia para un tratamiento más completo del debate. Para una síntesis de las principales objeciones, cf. Frega, Herzog y Neuhäuser (2019) o Landemore y Ferreras (2016).

que la democratización de la sociedad es incompleta si la organización del trabajo no obedece a los principios de igualdad, libertad y participación. Por el contrario, quienes defienden el segundo modelo argumentan que el trabajo es un vector fundamental de mantenimiento y reproducción de las relaciones sociales, y, por lo tanto, que su reorganización democrática no puede tener lugar sin una democratización previa o simultánea de las instituciones sociales a las que se encuentra subordinado, como el sistema económico, la institución estatal o el orden patriarcal y colonial. En esta sección analizamos el primer modelo, mientras que el segundo será examinado en la sección ulterior. En la última sección abordaremos el enfoque neo-republicano, que ocupa una posición ambigua entre los dos primeros.

El primer enfoque, compartido por las autoras del *Manifeste travail*, parte de la idea de que las sociedades actuales enfrentan tres grandes amenazas: el aumento de las desigualdades sociales, la emergencia climática y el auge del populismo reaccionario. Desde estos posicionamientos (Battilana et al., 2022), se defiende que la democratización de la empresa puede ser un antídoto eficaz para hacer frente de manera simultánea a las tres problemáticas. La redistribución democrática del poder en la empresa permite a los individuos ser tratados como iguales también en el entorno de trabajo, es decir, habilita un sentido ampliado de la ciudadanía como ciudadanía laboral. Además, la evidencia empírica parece demostrar que las empresas gobernadas democráticamente son también las más sostenibles desde el punto de vista medioambiental, pues las personas trabajadoras suelen ser más sensibles que las inversoras de capital a la necesidad de conjugar los objetivos climáticos con los objetivos financieros de la empresa. Por último, estas autoras sostienen que la democracia laboral engendra en las personas trabajadoras valores igualitaristas, y estas *democratic skills* pueden incentivar la participación política de la ciudadanía fuera del trabajo y reducir su tolerancia hacia prácticas autoritarias de gobierno.

Una de las autoras de referencia en esta corriente de análisis, Isabelle Ferreras, argumenta que existe una contradicción irresuelta entre la empresa capitalista y las normas del gobierno democrático (2012). Así, deviene inconcebible considerar que una sociedad es democrática si condena a la ciudadanía a pasar la mayor parte de su vida diurna en entornos profundamente oligárquicos, sometida a una relación de subordinación (la relación salarial) y a un poder arbitrario sobre el que no tiene ningún control. La empresa capitalista niega a menudo a las personas trabajadoras el derecho a manifestar su opinión en relación con las condiciones en que deben trabajar, las tareas que deben desarrollar y el salario que deben percibir por ellas. Además, impide que su voz sea escuchada en decisiones estratégicas de la empresa que condicionan su vida profesional y personal en aspectos fundamentales.

Por estas razones, Ferreras sostiene que es necesario establecer un compromiso entre quienes aportan capital en la empresa y las personas trabajadoras, que no pueden ser consideradas meros «recursos humanos», sino «inversoras de trabajo», pues de ellas depende en último término la continuidad del proceso de producción. Según la autora belga, es necesario encontrar herramientas que permitan gobernar el capitalismo, «identificar un compromiso viable entre el imperativo de eficacia que condiciona la vida económica y el proyecto de emancipación colectiva que funda el ideal democrático» (Ferreras, 2012, p. 9). Para ello, Ferreras propone establecer un sistema bicameral en la organización empresarial, pues las empresas, como cualquier otra institución, son entidades políticas, que pueden ser gobernadas por un sistema político análogo al de las democracias modernas. Este bicameralismo económico consistiría en crear dos cámaras: una cámara de representantes de las personas inversoras de capital y una cámara de representantes de las inversoras de

trabajo. Por encima de ellas, se establecería un gobierno elegido por capitalistas y trabajadores/as encargado de aplicar la ley que emana del voto mayoritario de ambas cámaras (Ferrerías, 2017).

La argumentación de Ferrerías se apoya en un argumento célebre compartido por otros enfoques de la democracia en el lugar de trabajo: el llamado argumento del caso paralelo [*parallel case argument*]. Esta influyente tesis, originalmente planteada por Robert Dahl en *A preface to economic democracy* (1985), aspira a fundamentar la legitimidad de la democracia en el espacio laboral estableciendo una analogía entre el gobierno del Estado y el gobierno de la empresa: «si la democracia está justificada para gobernar el Estado, entonces también debe estarlo para gobernar las organizaciones empresariales» (1985, p. 111). La idea de Dahl, actualizada recientemente por Anderson (2017), es que existe una naturaleza análoga entre las estructuras de poder de la empresa y el Estado, y que, por esta razón, deberíamos considerar igualmente ilegítimas las prácticas de autoridad abusiva y coerción arbitraria que se llevan a cabo en ambos ámbitos. Si el autoritarismo del Estado nos resulta inaceptable, ¿por qué deberíamos aceptar las formas despóticas de autoridad que tienen lugar en el seno de la empresa capitalista? Inversamente, si el modelo bicameral u otros mecanismos de la democracia representativa se consideran válidos y eficaces en el nivel del Estado, ¿por qué no habrían de serlo también en el ámbito de la empresa?

Otra línea de argumentación habitual en los estudios sobre democracia laboral consiste en afirmar, no ya la analogía entre democracia laboral y democracia política, sino la relación de causalidad entre ambos. Es lo que en la teoría democrática del trabajo se conoce como tesis del derrame o *spillover thesis* (O'Neill, 2008), una tesis tan influyente en las discusiones sobre democracia en el lugar del trabajo como el recién mencionado argumento del caso paralelo, del que resulta complementaria. Esta tesis afirma que la participación democrática en el lugar de trabajo tiende a generar actitudes, valores y prácticas que se extienden a otros ámbitos de la vida social y política. La democracia laboral se «derramaría» hacia la esfera política, fortaleciendo la sensibilidad democrática de la ciudadanía y engendrando en ella hábitos igualitaristas.

Un autor clásico como John Dewey, muy crítico con la organización taylorista de la producción propia de su época, y atento a los fundamentos psicológicos de la democracia industrial, sostuvo que el trabajo es un campo de entrenamiento de habilidades democráticas mucho más eficaz y fundamental que otras instituciones de socialización. Las capacidades humanas que el trabajo permite desarrollar, como la autonomía, el autogobierno y la resolución razonada de problemas, son virtudes indispensables para participar en la construcción democrática de las instituciones sociales (Renault, 2022b). Esta argumentación es igualmente la que lleva a Honneth (2014) a defender una división social del trabajo justa y colaborativa, entendiendo que, cuanto más tienda la ciudadanía a asociar su interés privado a un sentido del interés común a través de la participación en la resolución cooperativa de problemas, más inclinada estará a participar en la resolución democrática de problemas en la esfera público-política.

De igual modo, desde el punto de vista de la psicodinámica del trabajo, Christophe Dejourn (2025) ha sostenido que los entornos de trabajo democráticos habitúan a las personas a desarrollar virtudes como la solidaridad, la capacidad para cooperar, el sentido comunitario o la sensibilidad hacia puntos de vista diferentes del propio. En el espacio laboral se forjan competencias democráticas como resultado de la necesidad de coordinarse, horizontal y verticalmente, con colegas y superiores jerárquicos, ya sea para elaborar reglas específicas conforme a las cuales ejecutar el

trabajo cotidiano, ya sea para encontrar soluciones que puedan dar respuesta a situaciones de trabajo imprevistas que la planificación es incapaz de contemplar. Y estas competencias democráticas cultivadas en el trabajo equipan a los individuos con virtudes cívicas indispensables para la convivencia con sus iguales en el espacio público-político.

Fue Carole Pateman, en su ya clásico *Participation and Democratic Theory* (1970), una de las primeras autoras en desarrollar este argumento al sostener que la industria desempeña un papel central en el proceso de socialización democrática. Su tesis se apoyaba en un razonamiento de tipo psicológico que atribuía a la experiencia democrática en la empresa un efecto formativo sobre la autopercepción de los individuos como sujetos políticos. No obstante, sus afirmaciones han sido criticadas por falta de evidencias empíricas que las sustenten (Rybnikova, 2022), así como por la existencia de explicaciones alternativas no consideradas, como la causalidad inversa –el hecho de que las personas políticamente activas tiendan a buscar empleos en empresas con estructuras democráticas participativas– o el *spillover* negativo, que alude al agotamiento de la capacidad de participación en la esfera política por la intensa implicación en procesos de participación democrática en el trabajo.

Otra línea de investigación relevante es la de los estudios sobre *meaningful work* o trabajo significativo. Aunque las diferencias entre unos y otros son significativas, los enfoques enmarcados en este campo de estudios no suelen cuestionar la división actual del trabajo en las sociedades capitalistas (a diferencia de los modelos anticapitalistas o socialistas) ni se limitan a determinar las condiciones formales o institucionales que garantizan la autonomía como presupuesto democrático en el lugar de trabajo (como algunas teorías republicanas). En cambio, proponen atender al contenido efectivo de la actividad laboral y a su contribución al desarrollo (o a la merma) de la autonomía o de la no-alienación del individuo, y es en este punto donde entroncan con las reflexiones sobre democracia laboral, aunque esta no sea ni su preocupación principal ni su única solución a la degradación de la calidad del empleo en las sociedades contemporáneas.

Autoras de referencia en este paradigma, como Roessler (2012) o Yeoman (2014), argumentan que el trabajo posee una función formativa de nuestra personalidad e identidad práctica, pues determina decisivamente nuestra autopercepción, autoestima y el modo como nos relacionamos con otros. Partiendo de esta idea, sostienen que es posible determinar objetivamente y necesario fundamentar normativamente, en los términos de una teoría de la justicia, las condiciones indispensables que debe satisfacer un empleo para ser considerado moralmente significativo –una tentativa que, dicho sea de paso, ha sido criticada desde posiciones liberales por considerar que vulnera los principios de libertad individual y pluralidad de valores característicos de las democracias liberales. Como mínimo, según Roessler, el individuo debería tener derecho a optar libremente por un empleo suficientemente complejo e interesante, que le permitiera ejercitar su formación, su talento y su inteligencia y tomar parte activa en decisiones concernientes a su organización. Y el Estado, del mismo modo que establece un salario mínimo, debería fijar estándares mínimos de valor para cualquier empleo u obligar a remunerar mejor o a hacer rotativos aquellos en los que estos estándares no pudieran cumplirse (2012, pp. 91-93).

Al igual que Roessler, Yeoman se opone a las versiones más estrictas del principio liberal de neutralidad del Estado y aboga por diseñar políticas públicas dirigidas de forma activa a ampliar, proteger y distribuir equitativamente el rango de empleos «moralmente deseables» (y no solamente a garantizar la igualdad de oportunidades para acceder a ellos). Según esta autora, este objetivo debería

complementarse con la introducción de formas efectivas de democracia laboral en el seno de las empresas: prácticas de democracia representativa en el plano de la organización del trabajo y prácticas de democracia agonística en el plano de la tarea. Su articulación daría lugar a experiencias de construcción colectiva de la significatividad [*meaningfulness*] del trabajo, que a su vez forjarían las competencias éticas necesarias para participar en la deliberación democrática (Yeoman, 2023, p. 405). En último término, el objetivo de Yeoman es ir más allá de las justificaciones instrumentales de la democracia laboral (tesis del derrame y del caso paralelo) para ofrecer una justificación moral sustantiva que subraye su valor intrínseco para potenciar bienes relevantes para el individuo, como la autonomía (no-alienación), la libertad (no-dominación) y la dignidad (reconocimiento social).

Por último, dentro de los enfoques sobre la democracia en el lugar de trabajo, podría incluirse el constitucionalismo laboral, que entiende que un remedio adecuado contra la dominación en el espacio de trabajo es implementar y hacer cumplir la legislación laboral (Hsieh, 2005). En el contexto español, este posicionamiento se fundaría en el art. 129.2 de la Constitución Española, que obliga a los poderes públicos a promover eficazmente formas de participación en la empresa y la creación de sociedades cooperativas, así como el acceso de las personas trabajadoras a los medios de producción. No obstante, estos enfoques obvian que el contrato de trabajo es incapaz de plasmar todas las contingencias de la relación entre parte empleadora y empleada. Esta incompletitud estructural de los contratos laborales ha llevado a autores como Bowles y Gintis (1992) a considerar que, incluso en contextos donde existen sindicatos fuertes y leyes favorables a la acción colectiva de los y las trabajadoras, los mercados laborales siguen siendo espacios de «intercambio disputado» [*contested exchange*], atravesados por relaciones de poder y conflictos entre la parte empleadora y la parte empleada.

En resumen, los autores y autoras agrupadas en torno a este primer modelo comparten al menos un diagnóstico y una propuesta. El diagnóstico es que las sociedades contemporáneas no pueden ser consideradas en rigor sociedades justas y democráticas mientras mantengan en condiciones alienantes e infrademocráticas una actividad social tan fundamental como la del trabajo. Por ello, se proponen extender las normas de las instituciones políticas democráticas al espacio de la empresa (como mínimo, los principios de libertad e igualdad y el derecho a la participación política) para así lograr una análoga distribución del poder. Con ello, no solamente se pretende desarrollar hábitos democráticos que permitan elevar los estándares de calidad democrática de la sociedad, sino también aumentar el bienestar social garantizando empleos más valiosos para el desarrollo moral de la ciudadanía.

3.2. Democratizar el trabajo, radicalizar la democracia

El segundo modelo es más ambicioso en sus planteamientos sobre democracia laboral. Cukier (2018), uno de los exponentes de esta corriente, argumenta que la democratización laboral no se logra ni reduciendo el tiempo de trabajo (como propone una parte de la izquierda gubernamental y sindical), ni liberando a las personas trabajadoras de las cargas del trabajo (como proponen las personas partidarias de la renta básica), ni aumentando el poder de la clase trabajadora en el marco prescrito por las empresas capitalistas (como proponen algunas de las posiciones analizadas en la sección anterior).

Partiendo de la tesis de la centralidad política del trabajo y de la crítica a la separación entre trabajo y ciudadanía (entre lo económico y lo político), Cukier

defiende que la posibilidad de un «trabajo democrático» depende de dos condiciones previas: por un lado, del desmantelamiento de las condiciones neoliberales que determinan el proceso, la organización y la división del trabajo en nuestras sociedades; por otro, de la invención de nuevas instituciones que otorguen a todas las personas trabajadoras un derecho político igual para participar en la deliberación y la decisión sobre la definición, los medios y los fines del sistema productivo. En palabras de Cukier, es necesario «asociar la democratización de las actividades productivas y la producción de nuevas instituciones democráticas» (Cukier, 2018, p. 7). No basta, pues, con reorganizar democráticamente el espacio laboral, sino que es preciso convertir el trabajo en el instrumento y la punta de lanza de un proceso más amplio de democratización del Estado y las relaciones sociales, un proceso destinado a disolver otras formas de heteronomía que trascienden el ámbito restringido de la empresa.

El modelo de democratización del trabajo de Cukier, inspirado en la tradición consejista, propone convertir la empresa en una institución política que funcione como entidad de base de un sistema democrático renovado. Las personas trabajadoras serían miembros soberanos de sus empresas y dispondrían en ellas de un poder de decisión igual. Como corolario de esta «democracia de trabajadores», Cukier propone crear un estatuto jurídico-político del «trabajador-ciudadano», el cual vendría a reemplazar el contrato de trabajo tradicional y a otorgar poder de decisión a las personas trabajadoras en tres nuevas instituciones: los consejos de empresa, los consejos económicos y los consejos sociales, cuyas decisiones prevalecerían sobre las de los dos primeros. En este consejo social, que sustituiría al Estado, participaría toda la ciudadanía o sus representantes y en él se tomarían decisiones concernientes a lo que debe ser considerado trabajo y a cómo este debe dividirse socialmente y orientarse (Cukier, 2018, p. 233).

En efecto, los enfoques más exigentes consideran que la democracia laboral exige, ante todo, radicalizar las preguntas que nos hacemos sobre la definición del trabajo y su función social. El feminismo materialista ha asumido esta tarea enfatizando la necesidad de interrogar el trabajo no en su función económica de producción de bienes y servicios, sino en su función política de reproducción de las relaciones sociales de género (Kergoat, 2018). En otras palabras, la democratización laboral requiere cuestionar en sus fundamentos la «división sexual del trabajo»: por una parte, la frontera entre trabajo y no trabajo, repensando el estatuto de actividades tradicionalmente feminizadas e invisibilizadas en la sociedad, como el trabajo doméstico y de cuidados, de las que depende el trabajo asalariado y que se añaden a menudo al trabajo remunerado de las mujeres como una «segunda jornada»; por otra, las relaciones jerárquicas entre los sexos que rigen la distribución social efectiva del trabajo, el acceso al empleo, la asignación de oficios con alto valor añadido, las condiciones salariales o la ocupación de puestos en las jerarquías profesionales (Kergoat, 2005).

En este punto, conviene resaltar igualmente aportaciones de importantes autoras como Vogel (1983) o Federici (2011), quienes han renovado la crítica de la economía política denunciando la apropiación violenta de la fuerza de trabajo de las mujeres por parte del sistema capitalista, que convierte su cuerpo en un recurso fundamental para garantizar su reproducción. Ello se produce en el marco de una división internacional del trabajo atravesada por relaciones de dominación interseccionales fundadas en la clase, el género, la raza o el origen nacional o étnico. De este modo, debe señalarse cómo el estatus de extranjería, que hunde sus raíces en la tradición colonial, añade una capa de complejidad a la cuestión de la democracia en el espacio laboral, puesto que las personas extranjeras –o extracomunitarias, en el contexto de la Unión Europea– se ven sometidas a un laberinto burocrático de

autorizaciones que permite generar una bolsa de personas trabajadoras en situación irregular, cuya posición de dependencia y dominación respecto a la parte empleadora será aún mayor (Wolmark, 2022). Así, con una exclusión institucionalizada como es la negación del derecho a trabajar en condiciones de libertad e igualdad a las personas extranjeras, se constituyen «fronteras internas» que vacían de contenido democrático el orden social (Balibar, 1992).

Asimismo, para autoras como Christine Delphy, la democratización del trabajo presupone una crítica de la función que desempeña el Estado en el mantenimiento del orden patriarcal y del «modo de producción doméstico» (2003, p. 53), ya sea tolerando la sobreexplotación de las mujeres en el ámbito laboral (brecha salarial, segregación ocupacional, techo de cristal, etc.), ya sea subvencionando abiertamente su exclusión mediante la concesión de ventajas sociales y fiscales a las unidades familiares en las que el varón cotiza y la mujer se mantiene fuera del mercado de trabajo. Estas políticas refuerzan la dependencia de las mujeres de la cohabitación heterosexual, limitan la universalización del derecho al trabajo y legitiman la apropiación masculina del trabajo gratuito que ellas efectúan en el hogar. Como remedio a esta situación, Delphy es partidaria de que el trabajo doméstico, hoy realizado «en negro», pase a ser retribuido: no por el Estado o por el resto de contribuyentes a la seguridad social, como actualmente ocurre de manera indirecta, sino por los varones que se benefician de él directamente (2003, p. 68-69).

Así, un elemento diferenciador de los enfoques moderados y de los enfoques más radicales en el campo de la democracia laboral es la escasa atención que los primeros prestan a la división sexual y racializada del trabajo, esto es, a aquellas condiciones estructurales de dominación que conllevan necesariamente un déficit de democracia sustancial en las empresas y que no pueden ser paliadas meramente mediante propuestas propias de una democracia procedimental. En efecto, los enfoques más exigentes consideran que, para democratizar el trabajo, es necesario comenzar por radicalizar la democracia en todas las esferas sociales, y esto implica impugnar los múltiples ejes de exclusión que estructuran la vida social, habitualmente entrelazados entre sí, así como redirigir las instituciones estatales hacia objetivos democráticos que tomen en consideración las demandas de emancipación de todos los grupos sociales. Asimismo, la democratización del trabajo exige repolitizar la economía, retirando a las personas propietarias de los medios de producción el derecho unilateral a determinar las condiciones, los medios y los fines de la actividad productiva: democracia económica y democracia laboral aparecen, así, como dos dimensiones inseparables de un mismo proyecto.

En esta línea pueden situarse las propuestas de autores próximos al socialismo, como Schweickart (1993) y su democracia económica, un modelo de distribución y organización del poder que, inspirándose en el cooperativismo de Mondragón y el socialismo yugoslavo, propone ir más allá de la autogestión o control democrático de la empresa por parte de las personas trabajadoras. Su propuesta consiste en que la plantilla de trabajadores y trabajadoras participe en la gestión democrática de las empresas sin necesidad de que posea los medios de producción, que serían propiedad colectiva de la sociedad. Además, este autor no rechaza la economía de mercado para los bienes de consumo y los bienes básicos, al considerar que la planificación podría llevar a prácticas centralistas e ineficaces. No obstante, como contrapartida de esta libertad de mercado, las inversiones serían socialmente controladas por vía de procesos democráticos, como la tasación de los activos en capital.

En contraste con Schweickart, Vrousalis (2019) sostiene que la democracia en el lugar de trabajo, tal y como la defienden las teorías republicanas –sobre las que

volveremos en la siguiente sección—, no puede realizarse plenamente mientras exista propiedad privada de los medios de producción, pues esta permite relaciones de dominación arbitraria, las cuales pueden darse incluso al margen de toda relación laboral. Así, si bien ambas tienen su origen en la propiedad privada, Vrousalis (2019, p. 264) distinguirá entre dos tipos de dominación: la «dominación vertical», propia de una relación entre parte asalariada y empleadora, y la «dominación horizontal», la cual puede hallarse en otro tipo de vínculos que se dan en el mercado, como el endeudamiento o la competencia interempresarial. Según Vrousalis, la defensa republicana de la libertad como no-dominación y del derecho a una participación igualitaria se ve minada, en la práctica, por la ausencia de derechos efectivos de control de las personas trabajadoras sobre la economía. Por lo tanto, para llevar la democracia laboral hasta sus últimas consecuencias, es necesario apostar por diseños institucionales capaces de organizar democráticamente la economía, lo cual implica, en última instancia, una forma de socialismo.

Esta conclusión se refuerza en su obra posterior (Vrousalis, 2021), donde muestra que incluso modelos avanzados de socialismo de mercado, como sería el de Schweickart, pueden resultar insuficientes ante ciertas formas de subordinación como lo que el autor denominará la «epistocracia laboral», entendida como la dominación que puede llegar a ejercer una élite de personas trabajadoras dotadas de ciertos conocimientos o talentos escasos, con capacidad para imponer su voluntad aun en ausencia de capitalistas privados. Para neutralizar estas nuevas fuentes de poder estructural, Vrousalis defiende la necesidad de ampliar el control obrero hasta hacerlo verdaderamente universal y de reforzar las formas predistributivas de propiedad pública, de modo que ni el capital ni el conocimiento puedan convertirse en bases de dominación vertical u horizontal, entre personas trabajadoras o empresas.

Dentro de estos enfoques más radicales podría igualmente incluirse —no sin cierta cautela por la amplitud de su propuesta— a Honneth, quien, en su última obra, *Der arbeitende Souverän* (2023), atiende a los efectos perniciosos que la precarización del trabajo supone para la democratización de las relaciones sociales, alejándose de dos paradigmas que considera insuficientes para la crítica del trabajo: la alienación y la autonomía. Inspirándose en las ideas de Hegel y Durkheim, el filósofo alemán establece una conexión entre una injusta división del trabajo y las posibilidades de construcción democrática, argumentando cómo las condiciones de participación en la esfera pública dependen de la posición laboral que el sujeto ocupa y de los hábitos democráticos existentes en el ámbito de trabajo. Esto es, más allá de cuestiones formales como el reconocimiento de derechos, Honneth subraya la necesidad de atender a los obstáculos materiales efectivos que impiden a las personas trabajadoras sometidas a condiciones de trabajo tardocapitalistas participar activamente en espacios de deliberación pública y democrática, como la ausencia de independencia económica. Inversamente, resulta igualmente fundamental examinar la dimensión de conciencia colectiva e interdependencia que nace en el espacio laboral y que constituye un elemento esencial en la consolidación de una voluntad democrática.

Por último, no pueden dejar de mencionarse las aportaciones de la ecología política a la crítica del impacto medioambiental del trabajo en condiciones tardocapitalistas (calentamiento global, degradación de los ecosistemas, agotamiento de los recursos naturales) y a la imaginación de nuevos modelos laborales democráticos adaptados a las necesidades humanas y a los límites ecológicos del planeta. Desde las críticas pioneras de André Gorz al productivismo y a las lógicas alienantes del trabajo capitalista (2004), pasado por los marxismos ecologistas (Guillibert y Haber, 2017) y el ecosocialismo contemporáneo (Löwy, 2011), se ha llamado la atención sobre la contradicción insostenible entre el sistema de producción

capitalista y el mantenimiento de los ecosistemas que albergan la vida humana y no humana en el planeta, así como de las infraestructuras institucionales encargadas de protegerlos. En su diversidad, estos planteamientos anticapitalistas apuntan hacia la necesidad de repensar el trabajo a la luz de la catástrofe medioambiental provocada por el capitalismo, y abogan por asociar el trabajo del mañana con un proyecto de transición ecológica planificado democráticamente que habilite a toda la ciudadanía a participar en decisiones relativas a los medios y los fines de la producción, al tiempo y al proceso de trabajo, a los bienes y servicios públicos, etc.

3.3. Democracia, trabajo y no dominación: el enfoque neo-republicano

En este apartado, se agrupa bajo el término de «republicanismo» a una amplia diversidad de posicionamientos con un mero fin expositivo o analítico, pues, como se expondrá a continuación, dentro de esta corriente existen ideas muy dispares respecto a la forma de entender la democracia y el trabajo. A título introductorio, se puede afirmar que el republicanismo y su actualización contemporánea (el neo-republicanismo) sitúa en el centro de su teoría el concepto de libertad como no-dominación, entendida en el contexto laboral como la posibilidad para la persona trabajadora de estar protegida frente a la interferencia –o la amenaza de interferencia– del poder arbitrario de la parte empleadora (Pettit, 1999; Skinner, 1998; Domènech, 2019, entre otros muchos). Así, si bien el concepto vehicular del republicanismo es el de dominación, con algunos matices como el introducido por Bryan (2023), quien se concentrará en la dependencia previa como condición de dominación, existe en el seno de esta teoría una amplia variedad de interpretaciones sobre su alcance y las estrategias para ponerle fin o suavizarla, así como sobre el concepto de libertad, interpretaciones que diferirán a su vez de la distinción clásica de Isaiah Berlin (1969) entre libertad negativa y positiva.

Existe un amplio sector del republicanismo que apuesta, por ejemplo, por atender a las condiciones estructurales que permiten la dominación. Es el caso del «republicanismo laboral» de Gourevitch (2013), para quien la distribución desigual de los activos productivos es el motor de la dominación estructural, pues priva a las personas trabajadoras de alternativas razonables a la venta de su fuerza de trabajo en el mercado laboral. Gourevitch considera que la renta básica universal, defendida desde ciertas posiciones neo-republicanas (por Philip Pettit, por ejemplo) como una medida que otorga a las personas trabajadoras independencia material para entrar y salir libremente de la relación asalariada, es insuficiente para garantizar una relación laboral basada en la no-dominación. De acuerdo con su análisis, son necesarias medidas más sustanciales que alcancen las fuentes de la dependencia económica y la desigualdad estructural. Así, haciéndose eco de las proclamas republicanas de los movimientos obreros del siglo XIX en contra de la «esclavitud salarial» y a favor del sistema cooperativo (una tradición política e intelectual ampliamente desatendida por el paradigma neo-republicano más ortodoxo), el autor estadounidense apuesta por democratizar tanto el sistema de propiedad como la organización concreta del lugar de trabajo, en el que se infiltran dinámicas residuales de dominación arbitraria que el neo-republicanismo, atento solamente a la relación contractual, es incapaz de percibir.

Por su parte, Anderson (2017) denuncia que la empresa capitalista se organiza generalmente de acuerdo con una forma de gobierno despótico, incluso «dictatorial», que vulnera la libertad, la autonomía y la esfera privada del individuo hasta en sus detalles más mínimos, desde la prescripción de códigos de vestimenta a la limitación drástica de la libertad de expresión, pasando por la intromisión en decisiones íntimas que atañen a su vida sexual o familiar. Partiendo de esta constatación, Anderson

critica el marco discursivo liberal y neoliberal que asimila a la parte empleada con una contratista libre e independiente inserta en un mercado autorregulado, en vez de concebir la subordinación jerárquica de las personas trabajadoras como una relación de gobernanza privada. Con el término de «gobiernos privados», esta autora alude a la forma de funcionamiento y organización de las empresas capitalistas contemporáneas, cuyos directivos ejercen un poder arbitrario e irresponsable [*unaccountable*] sobre las personas trabajadoras, a las que se priva del derecho a influir en las decisiones que las conciernen o a exigir rendición de cuentas (2017, p. 45). En esta medida, el gobierno privado de la empresa capitalista atenta contra la libertad del individuo en el sentido republicano del término.

Aunque su teoría incide más en el momento crítico y de deconstrucción genealógica de nuestros actuales modelos de comprensión del orden laboral (y de las percepciones morales y culturales que los acompañan), la propuesta normativa de Anderson se sitúa, en efecto, muy cerca de las coordenadas republicanas. Abogando por trasladar al ámbito empresarial la exigencia republicana de limitar y auditar el poder político –con mecanismos de control, revisión y contrapesos–, Anderson abre la vía a un modelo de democracia en el trabajo que va más allá de la simple negociación salarial. Propone especificar y ampliar la carta de «derechos constitucionales laborales» básicos con los que las personas trabajadoras cuentan frente a sus empleadores/as (2017, p. 68-69), pero también diseñar instrumentos institucionales (comités de empleados, auditorías participativas, representación vinculante en consejos) que garanticen que la autoridad gerencial rinda cuentas y se someta a procedimientos definidos colectivamente.

Una parte de la escuela republicana se ha focalizado en la posibilidad de ofrecer a las personas trabajadoras una alternativa a la venta de su fuerza de trabajo en el mercado a través de la creación de una renta mínima universal (Raventós, 2007; Casassas, 2008), que proporcionaría la independencia económica necesaria para participar libremente en la esfera política y reforzaría el poder de negociación de la clase trabajadora. No obstante, la relación de causalidad entre una renta asegurada y una mayor participación en la formación de la voluntad política no parece estar empíricamente demostrada, lo que ha llevado a autores como Honneth (2023) a criticar esta propuesta por considerarla una vía que aumenta el consumo individual y erosiona la idea de pertenencia a una colectividad.

La teoría neo-republicana clásica ha sido objeto de numerosos ajustes, como el *workplace republicanism* de Hsieh (2005). Este autor sostiene que, si bien la organización empresarial necesita de directivos con capacidad de decisión y discrecionalidad para manejar situaciones cotidianas e imprevistas, ello genera un poder asimétrico que puede traducirse en interferencias arbitrarias en la vida de las personas trabajadoras. Por lo tanto, Hsieh propone un modelo que proteja a las personas trabajadoras frente a la dominación arbitraria sin eliminar cierta discrecionalidad necesaria para que la empresa pueda operar de manera eficiente. Así, Hsieh argumenta que la dominación por parte de las personas directivas amenaza no solo la autonomía práctica de las personas trabajadoras, sino también bienes primarios esenciales como la autoestima y el respeto por sí mismos, razón por la cual considera que la protección frente a dicha dominación debería ser considerada como un derecho básico. Este derecho permitiría impugnar decisiones directivas que resulten en formas graves de interferencia, no solo de manera *ex post*, sino también durante el propio proceso de toma de decisiones dentro de las empresas. En este sentido, el *workplace republicanism* de este autor, inspirado en el republicanismo de Pettit, no exige un control democrático total por parte de la clase trabajadora, sino su inclusión en los procesos de toma de decisiones para asegurar que su voz sea escuchada.

En respuesta al planteamiento de Hsieh, Breen (2015) argumenta que la libertad como no-dominación, tal y como la conceptualiza Pettit, no es suficiente para instaurar democracia en la empresa. A su juicio, esta noción debe complementarse con una dimensión positiva de libertad, entendida como autonomía y capacidad de autodeterminación. En efecto, las personas trabajadoras no solo requieren protección contra la dominación mediante mecanismos reactivos, sino también capacidad real para participar en la autodirección y el control organizacional de manera proactiva, una idea que se aproxima más a la libertad positiva que a su versión negativa.

En contraposición a lo que el autor denomina «republicanismo radical», Frye (2024) pone el acento en la dependencia –y no en la estructura y en la socialización de los medios de producción–, sosteniendo que la dominación no reside tanto en el mantenimiento arbitrario de la propiedad privada, sino de ciertas estructuras económicas que generan dependencia para participar en la actividad productiva. Según Frye, la dominación y la falta de democracia en la empresa no se solucionarían con la socialización de la propiedad, pues en empresas moderadamente complejas será necesaria la existencia de gerentes con prerrogativas, independientemente de que esas empresas sean propiedad de capitalistas, trabajadores, consumidores, etc. Por el contrario, el autor pone el foco en la discrecionalidad de los puestos jerárquicamente superiores, desde donde se ejerce el poder diariamente sobre las personas trabajadoras mediante dinámicas de dominación como el despido arbitrario o el acoso sexual, fenómenos que se dan con independencia de cuál sea el titular de la propiedad de la empresa.

Un último enfoque fundamental en las discusiones actuales sobre republicanismo y trabajo es el de González Ricoy (2023), quien sale del marco de las relaciones salariales para introducirse en la cuestión del empleo autónomo o por cuenta propia [*self-employment*] desde una perspectiva republicana, cuestionando el valor de independencia que se atribuye a este tipo de trabajo desde visiones reduccionistas del concepto de poder. Según este autor, el poder arbitrario no se ejerce solamente en sentido vertical, sino también horizontal, en relación con proveedores o clientela, frente a los cuales no existe un marco regulatorio claro que permita a las personas trabajadoras defenderse. Por lo tanto, defiende que este tipo de empleo puede ser una alternativa en contextos en los que no se disponga de medios para hacer frente a la arbitrariedad de los superiores jerárquicos, pero sin atribuirle una suerte de valor intrínseco de independencia, pues esta no es necesariamente mayor que la que puede obtenerse en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena, donde existirá un poder jerárquico que podrá considerarse legítimo si se ejerce con autorización democrática.

Desde el punto de vista del esquema presentado en las secciones anteriores, el paradigma republicano ocupa una posición ambigua. Por un lado, algunas de sus tesis están más próximas a los enfoques de la *workplace democracy* (3.1), como la confianza de Anderson en dispositivos procedimentales de representación y participación, que permitirían limitar la dominación en la empresa sin cuestionar necesariamente la lógica general de la propiedad ni la economía de mercado. No obstante, algunas de sus vertientes más ambiciosas, como el republicanismo laboral de Gourevitch, converge parcialmente con las propuestas de democratización del trabajo en un sentido radical (3.2), en la medida en que subraya la necesidad de transformar las estructuras económicas que provocan la dependencia material de las personas trabajadoras. Sin embargo, por regla general, el foco normativo parece recaer menos en la redefinición sustantiva del trabajo, en la línea de Yeoman, o en la alteración de las estructuras previas de dominación de clase, género o raza, y más en garantizar la ausencia de un poder arbitrario sobre las personas trabajadoras.

4. Conclusión

La exigencia igualitarista que es consustancial al ideal democrático moderno está muy lejos de haberse realizado en los entornos laborales. Si bien se reconoce la democracia como el único modo legítimo de gobernar el Estado y otras instituciones sociales intermedias, se acepta que una esfera de socialización tan relevante como el espacio laboral, y una actividad social tan fundamental como el trabajo, se mantengan al margen del proceso de democratización que es ostensible en otras esferas sociales.

El relato de autolegitimación del capitalismo ha necesitado obliterar las numerosas experiencias históricas de democratización del trabajo que se han sucedido en los últimos dos siglos. La teoría democrática actual se encuentra ante el desafío de luchar contra este olvido, de profundizar en las distintas tradiciones socialistas o republicanas, entre otras, para desenterrar reflexiones y prácticas pretéritas de igualdad en el espacio laboral. Por su parte, la filosofía crítica tiene el cometido de diseñar marcos conceptuales adecuados para capturar las dimensiones éticas, epistémicas y políticas que subyacen a la democratización de los espacios de trabajo y para dar cuenta de sus implicaciones en términos de justicia social, igualdad y autonomía individual. Es urgente que las prerrogativas ligadas al estatuto de ciudadanía se hagan extensibles a los sujetos laborantes, renovando el concepto de ciudadanía laboral de forma que se adapte a los retos del post-neoliberalismo. En definitiva, la democracia radical y la democracia laboral deben ser consideradas dos caras de la misma moneda o dos procesos mutuamente constitutivos.

Las diversas perspectivas teóricas presentadas en esta voz proveen de herramientas conceptuales valiosas para radicalizar la democracia concibiendo espacios laborales más igualitarios y participativos. Sin duda, no conviene subestimar las limitaciones que las instancias políticas supranacionales, los Estados capitalistas y la división actual del trabajo imponen a cualquier proyecto concreto de democratización laboral. El capitalismo, como dice Rancière, no es una fortaleza que pueda ser tomada por asalto; es el aire que respiramos (Rancière, 2017, p. 54). La promoción de prácticas no-capitalistas en un mundo capitalista se enfrenta a contradicciones que son bien conocidas: es el debate de Marx con Proudhon y con las corrientes del socialismo «utópico-crítico», mil veces reeditado en la historia política de la izquierda. Pero, por otra parte, la perspectiva de la lucha de clases condena tal vez a asumir que nunca es el momento oportuno, que todavía no se dan las condiciones objetivas necesarias para la revolución. Así, este enfoque corre el riesgo de postergar indefinidamente la emancipación y a mostrarse desdeñosa con el amplio espectro de prácticas populares (cooperativas, autogestionarias, autonomistas) que aspiran a engendrar nuevas instituciones democráticas luchando contra el capitalismo desde abajo.

Sería imprudente clausurar la discusión abrazando dogmáticamente alguno de los diversos enfoques expuestos. La tarea urgente es revivir el problema de la democracia laboral, explorar sus fuentes históricas, examinar sus fundamentos filosóficos y, a partir de ello, esclarecer los desafíos contemporáneos del mundo del trabajo. En un contexto de creciente deslegitimación del modelo democrático y de desafección ciudadana hacia las instituciones representativas, resulta crucial abrir nuevos espacios de participación que no se limiten al ámbito estrictamente político. En este sentido, retomar la discusión sobre la democracia en el trabajo no es una cuestión secundaria ni marginal, sino una tarea política de primer orden para repensar la democracia en todas las esferas de la vida social.

Bibliografía

- Anderson, E. (2023). The Struggle for Meaningful Work. *Dissent*, 70(3), 69-75. <https://dx.doi.org/10.1353/dss.2023.a906654>.
- Anderson, E. (2017). *How Employers Rule Our Lives (and Why We Don't Talk about It)*. Princeton University Press.
- Arendt, H. (2005). *La condición humana*. Paidós.
- Aristóteles (1998). *Política* (M. García Valdés, Trad.). Gredos.
- Atzeni, M. (ed.) (2012). *Alternative work organizations*. Palgrave Macmillan.
- Balibar, E. (1992). *Les frontières de la démocratie*. La Découverte.
- Battilana, J., Yen, J., Ferreras, I. y Ramajaran, L. (2022). Democratizing Work: Redistributing power in organizations for a democratic and sustainable future. *Organization theory*, 3(1), 1-21. <https://doi.org/10.1177/26317877221084714>.
- Berlin, I. (1969). *Four Essays on Liberty*. Oxford University Press.
- Bowles, S., y Gintis, H. (1992). Power and Wealth in a Competitive Capitalist Economy. *Philosophy and Public Affairs*, 21(4), 324-53.
- Breen, K. (2015). Freedom, republicanism, and workplace democracy. *Critical Review of International Social and Political Philosophy*, 18(4), 470-485. <https://doi.org/10.1080/13698230.2015.1033857>.
- Brown, W. (2015). *Undoing the Demos: Neoliberalism's Stealth Revolution*. Zone Books.
- Bryan, A. (2023). Structural Domination and Freedom in the Labor Market: From Voluntariness to Independence. *American Political Science Review*, 117(2), 692-704. <https://doi.org/10.1017/S0003055422000922>.
- Casassas, D. (2008). La renta básica y el ideario republicano para repensar la independencia material en el mundo contemporáneo. *Sin Permiso: República y socialismo también para el siglo XXI*, 4, 169-177.
- Coutrot, T. (2018). *Libérer le travail. Pourquoi la gauche s'en moque et pourquoi ça doit changer*. Seuil.
- Cukier, A. (2018). *Le travail démocratique*. PUF.
- Cukier, A. (2016). Deux modèles de la centralité politique du travail. *Travailler*, 36(2), 27-42. <https://doi.org/10.3917/trav.036.0027>.
- Dahl, R. (1985). *A preface to economic democracy*. University of California Press.
- Dejours, Ch. (2025). Psicoanálisis, trabajo y democracia. *Las Torres de Lucca. International Journal of Political Philosophy*, 14(1), 123-129. <https://doi.org/10.5209/itdl.99137>.
- Dejours, Ch., Deranty, J.-Ph., Renault, E. y Smith, N. H. (2018). *The return of work in critical theory*. Columbia University Press. <https://doi.org/10.7312/dejo18728>.
- Dejours, Ch. y Deranty, J.-Ph. (2010). The centrality of work. *Critical Horizons*, 11(2), 167-80. <https://doi.org/10.1558/crit.v11i2.167>.
- Delphy, C. (2003). Par où attaquer le « partage inégal » du « travail ménager » ? *Nouvelles Questions Féministes*, 22(3), 47-71. <https://doi.org/10.3917/nqf.223.0047>.
- Deranty, J. P. (2021). Post-work society as an oxymoron: Why we cannot, and should not, wish work away. *European Journal of Social Theory*, 25(3), 422-439. <https://doi.org/10.1177/13684310211012169>.
- Domènech, A. (2019). *El eclipse de la fraternidad. Una revisión republicana de la tradición socialista*. Akal.
- Ellerman, D. (2009). The workplace: A forgotten topic in democratic theory? *Kettering Review*, 27(2), 51-57. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1389875>.
- Federici, S. (2011). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación primitiva*. Tinta Limón ediciones.
- Ferreras, I. (2018). Le droit du travail parmi les droits civils et politiques ? Réflexions à propos de la participation des travailleurs au gouvernement de l'entreprise.

- Revue de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, 3, 28-37. <https://doi.org/10.4000/rdctss.1879>.
- Ferreras, I. (2017). *Firms as Political Entities. Saving Democracy through Economic Bicameralism*. Cambridge University Press.
- Ferreras, I. (2012). *Gouverner le capitalisme? Pour le bicamérisme économique*. PUF.
- Ferreras, I., Battilana, J. y Méda, D. (2020). *Le Manifeste travail. Démocratiser, démarchandiser, dépolluer*. Seuil.
- Frega, R., Herzog, L. y Neuhauser Ch. (2019). Workplace democracy—The recent debate. *Philosophy Compass*, 14(4), 1-11. <https://doi.org/10.1111/phc3.12574>
- Frye, H. (2024). Domination at Work: Resisting the Radical Diagnosis. *British Journal of Political Science*, 54(2), 373–388. <https://doi.org/10.1017/S0007123423000194>.
- Gheaus, A. y Herzog, L. (2016). The Goods of Work (Other Than Money!). *Journal of Social Philosophy*, 47(1), 70-89. <https://doi.org/10.1111/josp.12140>.
- González Ricoy, I. (2023) Self-Employment and Independence. En J. D. Jonker, y G. J. Rozeboom (eds), *Working as Equals: Relational Egalitarianism and the Workplace* (pp. 73-93). Oxford Academic. <https://doi.org/10.1093/oso/9780197634295.003.0005>.
- González Ricoy, I. (2014). The republican case for workplace democracy. *Social Theory and Practice*, 40(2), 232-254. <https://doi.org/10.5840/soctheorpract201440215>.
- Gorz, A. (2004). *Métamorphoses du travail. Critique de la raison économique*. Gallimard.
- Gourevitch, A. (2013). Labor Republicanism and the Transformation of Work. *Political Theory*, 41(4), 591-617. <https://doi.org/10.1177/0090591713485370>.
- Graeber, D. (2018). *Bullshit jobs: A theory*. Simon & Schuster.
- Guillibert, P. y Haber, S. (2017). Marxismes écologiques. *Actuel Marx*, 61(1) (dossier monográfico).
- Hibou, B. (2012). *La bureaucratisation du monde à l'ère néolibérale*. La Découverte.
- Honneth, A. (2023). *Der arbeitende Souverän*. Suhrkamp Verlag.
- Honneth, A. (2014). *El derecho de la libertad: esbozo de una eticidad democrática*. Katz.
- Hsieh, N. (2005). Rawlsian Justice and Workplace Republicanism. *Social Theory and Practice*, 31(1), 115- 142. <https://doi.org/10.5840/soctheorpract20053116>
- Kant, I. (2005). *Metafísica de las costumbres*. Tecnos.
- Kergoat, D. (2018). Le travail, un concept central pour les études de genre ?. En M. Maruani (Ed.), *Je travaille, donc je suis. Perspectives féministes* (pp. 248-254). La Découverte. <https://doi.org/10.3917/dec.maru.2018.01.0248>.
- Kergoat, D. (2005). Rapports sociaux et division du travail entre les sexes. En M. Maruani (Ed.), *Femmes, genre et sociétés: L'état des savoirs* (pp. 94-101). La Découverte. <https://doi.org/10.3917/dec.marua.2005.01.0094>.
- Landemore, H. y Ferreras, I. (2016). In Defense of Workplace Democracy: Towards a Justification of the Firm–State Analogy. *Political Theory*, 44(1), 53-81. <https://doi.org/10.1177/009059171560003>.
- Linhart, D. (2013). *¿Trabajar sin los otros?* Publicacions de la Universitat de València.
- López Álvarez, P. (2023). El cuerpo expuesto. Implicaciones políticas de los procedimientos de subjetivación del trabajo. *Bajo Palabra*, 33, 23–48. <https://doi.org/10.15366/bp2023.33.001>.
- López Álvarez, P., Sánchez Madrid, N. y Navarro Ruiz, C. (2023). La centralidad política del trabajo: propuestas normativas, enfoques situados y abordajes históricos. *Bajo Palabra*, 33. <https://doi.org/10.15366/bp2023.33>.
- Löwy, M. (2011). *Écosocialisme. L'alternative radicale à la catastrophe écologique capitaliste*. Mille et une nuits.
- Moreno Pestaña, J. L. (2016). *La cara oscura del capital erótico. Capitalización del cuerpo y trastornos alimentarios*. Akal.

- Müller-Jentsch, W. (2007). Industrial Democracy: Historical Development and Current Challenges. *Management Revue*, 19(4), 260-273.
- O'Neill, M. (2008). Three Rawlsian routes towards economic democracy. *Revue de Philosophie Économique*, 9(1), 29-55.
- Pateman, C. (1970). *Participation and Democratic Theory*. Cambridge University Press.
- Pettit, P. (1999). *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*. Paidós.
- Pinzani, A., Quintana, L. y Sánchez Santiago, A. (2025). Enfoques críticos del trabajo en la era neoliberal: sufrimiento social, políticas del cuerpo y nuevos imaginarios democráticos. *Las Torres de Lucca. International Journal of Political Philosophy*, 14(1). <https://doi.org/10.5209/itdl.99122>.
- Rancière, J. (2017). *En quel temps vivons-nous? Conversation avec Eric Hazan*. La Fabrique.
- Rancière, J. (2012). *La Nuit des prolétaires. Archives du rêve ouvrier*. Fayard.
- Rancière, J. (2007). *Le philosophe et ses pauvres*. Flammarion.
- Raventós, D. (2007). *Las condiciones materiales de la libertad*. El Viejo Topo.
- Renault, E. (2022a). Démocratiser le travail. En E. Donaggio, J. Rose, y M. Cairo (Eds.), *Travail e(s)t liberté ?* (pp. 69-94). Éditions érès.
- Renault, E. (2022b). *Le travail et ses problèmes. Biologie, sociologie et politique chez John Dewey*. Vrin.
- Rifkin, J. (1996). *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Paidós.
- Roessler, B. (2012). Meaningful work: Arguments from autonomy. *Journal of Political Philosophy*, 20(1), 71-93. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9760.2011.00408.x>.
- Rosa, H. (2016). *Alienación y aceleración. Hacia una teoría de la temporalidad en la modernidad tardía*. Katz.
- Rybnikova, I. (2022). Spillover effect of workplace democracy: A conceptual revision. *Frontiers in Psychology*, 13. <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2022.933263>.
- Sánchez Madrid, N. (2018). "La verdad pasa a ser algo privado": Algunas consecuencias políticas del silenciamiento del malestar laboral. *Ideas y valores: Revista Colombiana de Filosofía*, 67(168), 219-241. <https://doi.org/10.15446/ideasyvalores.v67n168.74133>.
- Schwartz, Y. (1998). Travail et ergologie. En Y. Schwartz (dir), *Reconnaissances du travail: Pour une approche ergologique* (pp. 1-37). PUF. <https://doi.org/10.3917/puf.schwa.1998.01.0003>.
- Schweickart, D. (1993). La démocratie économique. Un socialisme véritable et réalisable. *Actuel Marx*, 14(2), 69-87. <https://doi.org/10.3917/amx.014.0069>.
- Skinner, Q. (1998). *Liberty before liberalism*. Cambridge University Press.
- Stuart Mill, J. (2019). *Consideraciones sobre el gobierno representativo*. Alianza Editorial.
- Vogel, L. (1983). *Marxism and the Oppression of Women: Toward a Unitary Theory*. Rutgers University Press.
- Vrousalis, N. (2021). Public ownership, worker control, and the labour epistocracy problem. *Review of Social Economy*, 79(3), 439-453. <https://doi.org/10.1080/00346764.2020.1840615>.
- Vrousalis, N. (2019). Workplace democracy implies economic democracy. *Journal of Social Philosophy*, 50(3), 259-279. <https://doi.org/10.1111/josp.12275>.
- Wolmark, C. (2022). Une autorisation de travail au profit des employeurs, *Le Droit Ouvrier*, 892(12), 540-546. <https://doi.org/10.3917/drou.892.0540>.
- Yeoman, R. (2023). The contribution of meaningfulness to the work of democratic will formation. *Journal of Classical Sociology*, 23(3), 401-416. <https://doi.org/10.1177/1468795X231170712>.
- Yeoman, R. (2014). *Meaningful Work and Workplace Democracy. A Philosophy of Work and a Politics of Meaningfulness*. Palgrave Macmillan.

Democracias desenmarcadas

Misframing democracies

Guillermo Santander-Campos*

Universidad Complutense de Madrid

ORCID ID 0000-0003-1886-028X

gsantand@ucm.es

Cita recomendada:

Santander-Campos, G. (2026). Democracias desenmarcadas. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 307-322.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10386>

Recibido / received: 10/07/2025
Aceptado / accepted: 23/03/2026

Resumen

La globalización ha generado nuevos desafíos de representación política que radican en lo que Nancy Fraser ha denominado un desenmarque (*misframing*) de las comunidades políticas (y sujetos) en relación a los problemas e injusticias que padecen. Sin embargo, sigue prevaleciendo un enfoque rígidamente apegado al marco estatal que, si bien tuvo pleno sentido en tiempos anteriores, parece mostrarse desacoplado respecto al mundo globalizado e interdependiente en el que opera hoy. El presente artículo se dedica a exponer y analizar el concepto de desenmarque propuesto por Fraser y sus implicaciones teóricas y prácticas para las democracias contemporáneas. La capacidad que presenta a la hora de vincular la teoría de la justicia y la teoría de la democracia, junto con la perspectiva trasnacional que adopta, hace que el concepto de desenmarque pueda resultar una herramienta particularmente útil para comprender y aproximarse a algunos de los retos fundamentales a los que nos enfrentamos en la actualidad.

Palabras clave

Democracia, justicia global, representación, responsabilidad, teoría política.

Abstract

Globalization has generated new challenges for political representation rooted in what Nancy Fraser has called a *misframing* of political communities (and subjects) in relation to the problems and injustices they suffer. However, an approach rigidly tied to the state framework still prevails. While this approach may have been adequate in the past, it appears to be disconnected from the globalized and interdependent world in which it operates today. This article presents and analyzes Fraser's concept of *misframing* and its theoretical and practical implications for contemporary democracies. Its ability to connect the theory of justice and the theory of democracy, assuming a transnational perspective, makes the concept of *misframing*

* Profesor del Departamento de Historia, Teorías y Geografía Políticas (CUM). El autor agradece los comentarios recibidos en el XI Workshop en Cultura de la Legalidad, celebrado el 17 de diciembre de 2025 en la Universidad Carlos III de Madrid.

a particularly useful tool for understanding and addressing some of the fundamental challenges we face today.

Keywords

Democracy, global justice, representation, globalization, responsibility, political theory.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La teoría de la justicia de Nancy Fraser: un enfoque crítico y ecléctico. 3. El enfoque tridimensional de la justicia y el problema de la representación. 4. ¿Cómo reenmarcar las democracias contemporáneas? 5. Redistribución, reconocimiento, representación,... ¿y responsabilidad?: un encuentro entre Fraser y Young. 6. Incorporando la mirada transnacional: desenmarque y cosmopolitismo. 7. Reflexiones finales: el desenmarque y las democracias contemporáneas.

1. Introducción

El presente artículo se dedica a exponer y analizar el concepto de desenmarque (*misframing*) propuesto por Nancy Fraser y sus posibles implicaciones teóricas y prácticas para las democracias contemporáneas, a partir de una revisión y sistematización de las principales aportaciones bibliográficas relacionadas con esta cuestión.

Se parte de la consideración de que el recurso a este concepto de *misframing*, —que, como se verá, alude a situaciones en las que se produce una delimitación injusta y excluyente de las fronteras de la comunidad política en el contexto de la globalización— puede constituir una herramienta teórica particularmente valiosa para poner en conexión e interrelacionar tres problemáticas fundamentales que afectan al funcionamiento de las sociedades actuales. En primer lugar, permite profundizar en la teoría de la justicia, en el marco de las aportaciones teóricas que la autora viene realizando a este ámbito de estudio en las últimas décadas, con el fin de construir sociedades más justas, donde se reduzcan los grados de exclusión —de diversos tipos— que operan en la actualidad. En segundo lugar, el concepto permite captar e incorporar las dinámicas transnacionales y las complejas interdependencias que la globalización ha traído consigo, un campo de estudio poco atendido hasta la fecha por la teoría política, cuyos marcos explicativos han estado tradicionalmente más apegados a las fronteras territoriales del Estado. Y, por último, el concepto permite arrojar luz sobre otro de los campos de estudio de mayor relevancia y actualidad, como es la crisis (o las crisis) que parecerían estar padeciendo las democracias liberales contemporáneas.

En suma, el artículo defiende que la capacidad que presenta a la hora de vincular la teoría de la justicia y la teoría de la democracia, junto con la perspectiva transnacional que adopta, sitúa a la noción de desenmarque como un concepto particularmente útil a la hora de comprender y tratar de abordar algunos de los retos fundamentales a los que nos enfrentamos como sociedad en la actualidad.

Junto a ello, cabe señalar que se trata de un concepto que, por su naturaleza, abre interesantes espacios y vías para el diálogo con otras aportaciones teóricas que, desde diversas perspectivas, han tratado de abordar algunos de los temas señalados, enriqueciendo tanto el debate teórico como las posibilidades de construir respuestas más comprehensivas en el tratamiento de estos fenómenos.



Con ese fin, y tras este primer epígrafe introductorio, el segundo epígrafe se dedica a exponer los principales rasgos de la teoría de la justicia de Fraser, incidiendo en su concepción negativa de la justicia y en su planteamiento orientado a la identificación y erradicación de las injusticias económicas y culturales, combinando los conocidos paradigmas de redistribución y reconocimiento y las tensiones que esto encierra. El tercer epígrafe centrará el análisis en el enfoque tridimensional de la justicia propuesto por la autora, poniendo el énfasis en la dimensión política de la injusticia, es decir, aquella relativa a los problemas de representación que radican en lo que Fraser ha denominado *desenmarque* (*misframing*) de las comunidades políticas (y sujetos) desplazados de la participación y toma de decisiones políticas. El cuarto epígrafe se centrará en analizar la propuesta que hace Fraser para corregir este problema y tratar de reenmarcar las democracias, con especial atención a la aplicación de lo que la autora denomina el «principio de todos los sujetos». A continuación, el quinto epígrafe se adentra en las complementariedades existentes entre el enfoque del *desenmarque* de Fraser y la noción de responsabilidad defendida por Iris Marion Young que se articula en su «modelo de conexión social». El sexto epígrafe aborda las relaciones que pueden observarse entre el concepto de *desenmarque* y la visión cosmopolita, como producto del enfoque transnacional que ambas propuestas asumen. Por último, el artículo se cierra con unas reflexiones en torno a las implicaciones y oportunidades que el enfoque-crítico democrático y el concepto de *desenmarque* desarrollado por Fraser puede encerrar a la hora de promover sociedades más justas y democráticas y, con ello, de profundizar y fortalecer a las democracias contemporáneas.

2. La teoría de la justicia de Nancy Fraser: un enfoque crítico y ecléctico

Nancy Fraser forma parte de un conjunto de autores y autoras que, especialmente desde las últimas dos décadas del pasado siglo, parten de una concepción negativa de la justicia (Forst, 2014; Shklar, 2010; Young, 2000a). Desde esta concepción, el objetivo no es definir un ideal de justicia para perseguir posteriormente su consecución (justicia positiva), sino que se asume que hay que renunciar a este propósito, entre otras cosas, porque implica partir de un absoluto cuya definición sería incompatible con una sociedad crecientemente dinámica, compleja y plural.

A lo que desde este enfoque negativo de la justicia se podría aspirar, en cambio, es a identificar las injusticias y tratar de reducirlas. Dicho de otro modo, y siguiendo a Adorno (2005), tenemos que asumir que no podemos saber qué es el bien absoluto o lo humano, pero sí podemos saber lo que es inhumano, y esto es lo que habría que tratar de erradicar. De ahí que en el enfoque de Fraser se le dé prioridad a la injusticia, en el sentido de que esta debe constituir el objeto de análisis y la vía a través de la que avanzar progresivamente hacia un ideal de justicia que resulta inaccesible de manera directa. En lugar de situarla en el *locus* de la acción política, la justicia queda desplazada, por tanto, a un papel subsidiario, porque no se la puede captar directamente, mientras que la injusticia sí puede ser experimentada de este modo (Fraser, 2012, p. 39). La justicia es un ideal abstracto, difícil de aprehender, pero «cada acto injusto es particular», más fácilmente identificable (Shklar, 2010, p.177). Así, a diferencia de visiones anteriores — particularmente las clásicas, pero no solo—, desde esta concepción negativa de la justicia no se pondrá el foco en definir qué es lo justo para después catalogar de injusto todo aquello que no respeta o que no está en sintonía con esa definición: se invierte la relación entendiendo que es la identificación y erradicación de las injusticias lo que nos puede acercar —siempre de manera imperfecta y asintótica— a la justicia. El propósito, en suma, no sería tanto alcanzar un mundo justo, como «avanzar de un mundo injusto a otro menos injusto» (Blanco, 2021, p. 49).

Esto último implica concebir la justicia como un proceso permanentemente abierto —no como un punto de llegada cerrado y establecido de antemano—, que nos obliga a ir identificando las injusticias, que siempre son cambiantes, y a buscar fórmulas para su corrección. Es precisamente este carácter contingente y en constante transformación de la (in)justicia, lo que nos obligaría a conectar de manera directa la teoría de la justicia con la teoría de la democracia, ya que solo entre agentes iguales se puede desarrollar este proceso para construir lo que puede (o no) ser aceptado por una sociedad (Blanco, 2021, p. 42). Como se analizará más adelante, esta vinculación está muy presente en Fraser cuando señala que con su enfoque crítico-democrático «podemos ahondar en las conexiones existentes entre justicia y democracia» (Fraser, 2008, p. 95).

Desde las primeras etapas de su obra, la concepción de la justicia de Fraser se caracterizó por la necesidad de incorporar un enfoque bivalente que atendiese de manera conjunta tanto a las cuestiones que denominaba de redistribución como a las que catalogaba de reconocimiento (Fraser, 1997). Mientras que por problemas de redistribución se refería a todos aquellos agravios que se relacionaban con injusticias de tipo económico (como la explotación, la marginación socioeconómica o la privación de bienes materiales), por problemas de reconocimiento entendía todos aquellos ligados a injusticias de tipo cultural (como la dominación simbólica de unos grupos frente a otros o el irrespeto de la diversidad).

En este sentido, a finales de la década de los noventa del pasado siglo la autora observaba con preocupación cómo se estaba produciendo un desplazamiento de las demandas por la justicia desde las primeras hacia las segundas y, muy especialmente, cómo se estaban produciendo fricciones y contradicciones entre las formas de combatir cada uno de estos dos tipos de injusticia, que en ocasiones aparecían disociadas y en tensión (Guerra, 2001). De ahí que Fraser insista en que ningún enfoque que se centre exclusivamente en uno de estos dos tipos de injusticia puede resultar adecuado, incidiendo en la necesidad de integrar las luchas por la redistribución y las luchas por el reconocimiento. No obstante, es importante señalar que, aunque en su obra las distinga con fines puramente analíticos, considera que ambas luchas suelen estar imbricadas de modo dialéctico, produciéndose un «círculo vicioso de subordinación cultural y económica» (Fraser, 1997).

Es por esta razón que se interesa por conocer la relación entre las exigencias de la lucha contra la injusticia cultural y las exigencias de la lucha contra la injusticia económica y, especialmente, el tipo de interferencias e interacciones mutuas que pueden producirse entre ambas. Se trata de una cuestión que preocupa a la autora, ya que mientras las políticas orientadas a promover el reconocimiento parecerían requerir medidas de diferenciación de los grupos (Honneth, 1997; Young, 2000b), las políticas encaminadas a promover la redistribución parecerían exigir lo contrario, es decir, la puesta en marcha de procesos de «desdiferenciación» entre grupos, dando lugar a importantes dilemas entre redistribución y reconocimiento. Unos dilemas que, como es sabido, abrieron un conjunto de intensos y estimulantes debates teóricos sobre la justicia con autores y autoras como Iris Marion Young (Martínez-Bascuñán, 2012; Palacio, 2013), Judith Butler (Butler y Fraser, 2016) o Axel Honneth (Fraser y Honneth, 2006).

Para analizar e ilustrar estas tensiones, Fraser somete a estudio diversas formas de desigualdad y exclusión. En el extremo relativo a los problemas de redistribución, señala que el tipo de medidas que requeriría paliar las injusticias económicas (como la redistribución del ingreso o la reorganización de la división del trabajo) persiguen, en última instancia, acabar con las diferencias entre grupos, en este caso de clase, al contrario de la lógica en la que se insertan las políticas de

reconocimiento. Y, a la inversa, en el extremo relativo a los problemas de reconocimiento, señala que el tipo de soluciones que demandaría afrontar determinadas injusticias culturales como, por ejemplo, las que padecen diversas personas por su orientación sexual, persiguen precisamente el reconocimiento, valoración y respeto de la especificidad de un grupo, en este caso el colectivo LGTBIQ+, lo que de nuevo podría chocar con la lógica de desdiferenciación que caracteriza a la lucha por la redistribución. Entre ambos extremos, sitúa injusticias más claramente bivalentes, como las padecidas por motivo de género o raza, que combinan discriminaciones económicas y culturales, sin que pueda establecerse una prevalencia de unas sobre otras, al considerar que en estos casos ambas formas de injusticia son «primarias y cooriginarias» (Fraser, 1997, p. 31). Así, como síntoma de las tensiones señaladas, mientras la lógica de la redistribución implicaría poner en marcha medidas que vayan difuminando las diferencias raciales y de género, la lógica del reconocimiento implicaría asumirlas e incidir en ellas.

Para abordar este problema, Fraser distingue entre dos tipos de solución. Por un lado, estarían las soluciones afirmativas, orientadas a corregir algunas de las manifestaciones de la desigualdad, pero sin afectar al marco general del que emanan estas discriminaciones. Por otro lado, estarían las soluciones que denomina transformativas que, a diferencia de las anteriores, sí persiguen cambios más profundos en la estructura que origina las injusticias que pretenden combatir (Fraser, 1997). A partir del cruce de estos dos tipos de soluciones (afirmativas y transformativas) con los dos ejes de injusticia antes señalados (redistribución y reconocimiento), Fraser hace algunas consideraciones prácticas a la hora de enfocar la lucha contra las injusticias. Para la autora, aplicar políticas afirmativas en el ámbito de las injusticias culturales, chocaría con la aplicación de políticas transformativas en el ámbito de la redistribución. De la misma forma, poner en marcha políticas afirmativas en el ámbito de la redistribución, entraría en contradicción con la implementación de políticas transformativas en el ámbito del reconocimiento. Por ello, Fraser considera que solo hay dos combinaciones internamente consistentes o no contradictorias entre sí.

La primera posibilidad es poner en marcha el par de políticas afirmativas, tanto en cuestiones de redistribución (lo que asocia al modelo de Estado liberal benefactor) como en problemas de reconocimiento (vinculándolo al multiculturalismo). Sin embargo, se muestra reacia a esta opción, ya que en lo cultural deja intactas las identidades de grupo y las diferencias existentes entre ellos y, en lo económico, la aplicación persistente en el tiempo de medidas correctoras en favor de las personas y colectivos discriminados puede generar efectos no deseados, como su estigmatización o, incluso, de manera paradójica, que se les acabe percibiendo como receptores de un trato privilegiado, fomentando la sensación de agravio y malestar de la población frente a ellos. De modo que políticas afirmativas de redistribución hacia determinados colectivos pueden acabar generando injusticias de reconocimiento hacia estos mismos colectivos (Fraser, 1997).

La segunda combinación, que es la que la autora finalmente defenderá, consiste en poner en marcha el par de políticas transformativas tanto en materia económica como cultural, lo que implica combinar el socialismo en lo que se refiere a la redistribución, con proyectos de deconstrucción cultural en lo que afecta al reconocimiento. Esa será la propuesta a explorar por parte de la autora a la hora de combatir las injusticias contemporáneas en una «época postsocialista», con el fin de eludir los dilemas y contradicciones a las que se asiste.

3. El enfoque tridimensional de la justicia y el problema de la representación

Es claro que Fraser se contrapone al enfoque unidimensional que subyace a buena parte del pensamiento teórico referido a la justicia, en la medida en que este tradicionalmente se ha aproximado a este problema como un fenómeno económico cuya corrección cabría abordar desde la lógica exclusiva de la redistribución. Un enfoque unidimensional que compartirían líneas de pensamiento tan dispares como el marxismo clásico o la *Teoría de la Justicia* de Rawls (1971). Frente a ello, Fraser plantea la necesidad de articular un enfoque bidimensional que no solo atienda a la desigualdad económica, sino que, además, integre la exclusión que se produce en el terreno cultural o simbólico, con el fin de erradicar las injusticias y la dominación que determinadas personas padecen por pertenecer a diversos colectivos (como las mujeres, las personas racializadas o las pertenecientes al colectivo LGTBIQ+). De ahí que, como se ha visto, el enfoque de la justicia de Fraser plantee la necesidad de aunar las luchas por la redistribución (ligadas a la discriminación económica) con las luchas por el reconocimiento (ligadas a la discriminación cultural) (Fraser, 1997).

Todo ello lleva a Fraser a situar el principio normativo de la «paridad participativa» en el centro de su propuesta teórica para promover sociedades más justas y democráticas. Este principio perseguiría garantizar la participación en condiciones de igualdad para todas las personas en aquellos procesos de toma de decisiones que les afectan. Su aplicación requeriría el cumplimiento, por una parte, de unas condiciones objetivas. Es decir, una distribución adecuada de los recursos materiales de manera que se garantice la voz y participación de todas las personas, lo que conecta claramente con las injusticias económicas y la lucha por la redistribución; y, por otra parte, de unas condiciones intersubjetivas que garanticen que los procesos participativos se desarrollan a través de un trato respetuoso y equitativo hacia todas las personas participantes, lo que se vincula con las injusticias culturales o simbólicas y la lucha por el reconocimiento (Valencia, 2023). En términos democráticos, la paridad participativa implica, pues, la puesta en marcha de procesos en los que las personas sometidas a diversos tipos de discriminación «puedan transformar las condiciones de injusticia económica y de reconocimiento» que padecen (Palacio, 2010, p. 65)¹.

Sin embargo, será en 2008, con la publicación de *Escalas de Justicia*, cuando Fraser incorpore a las dimensiones económica y cultural de la justicia, la dimensión política, que será en la que se centrará la atención de este artículo a partir de aquí.

En *Escalas de Justicia*, Fraser (2008) defiende que una visión más completa y profunda de la justicia requiere que, junto con las injusticias económica y cultural antes señaladas, se atienda también a la dimensión política de la injusticia, que se habría visto particularmente ignorada en el contexto de la globalización a pesar de su creciente relevancia. Así, si la redistribución y el reconocimiento eran los principios que, respectivamente, debían guiar la lucha frente a los dos primeros tipos de injusticia (económica y cultural), Fraser aboga aquí por incluir también en esa lucha la cuestión de la representación (Abellán, 2013; Manin, 2010; Pitkin, 1985), con el fin de corregir las injusticias de tipo político.

¹ Aunque no es central para este artículo, pudiera observarse una cierta tensión entre el carácter normativo que comportaría la propuesta de la “paridad participativa” y el enfoque negativo de la justicia que la autora adopta, por el que habría renunciado a fijar un ideal de justicia. No obstante, cabe señalar que la paridad participativa constituye para la autora una suerte de condición de posibilidad para poder transformar y reducir las injusticias (en sintonía con su enfoque negativo de la justicia) y no tanto la definición de un ideal absoluto de justicia al que aspirar.

En relación con estos problemas de representación, Fraser observará dos fenómenos diferenciados, aunque vinculados entre sí. Por un lado, estarían los problemas que llama de «representación fallida» (*misrepresentation*). Este problema alude a un desafío clásico de la teoría política, en el sentido de que remite a aquellas situaciones en las que el sistema político niega la posibilidad de participar en condiciones de igualdad a algunas personas «que ya están incluidas dentro de una sociedad política delimitada», remitiéndonos fundamentalmente a los problemas de «paridad participativa» que según la autora se producen en el seno de los Estados (Fraser, 2008, p. 43).

Por otro lado, en lo que más interesa a este artículo, estarían los problemas del desenmarque (*misframing*). Con este concepto, Fraser alude a aquellas situaciones en las que se produce «una delimitación injusta del marco, porque las fronteras de la comunidad se trazan de manera que alguien queda excluido», de forma que se le impide la posibilidad de participar en aquellas cuestiones que le afectan. De esta forma, a través de la compartimentación del espacio político, muchas personas desfavorecidas quedan políticamente desplazadas y se les niega la posibilidad de «oponerse a las fuerzas que los oprimen» (Fraser, 2008, p. 45).

Esta idea del *misframing* constituye, pues, una crítica a lo que Fraser denomina la ciencia social normal, es decir, aquella que limita su marco de análisis al espacio delimitado por las fronteras territoriales de los Estados, desatendiendo los procesos que trascienden dichas fronteras y dejando fuera de dicho marco a muchas personas claramente afectadas por las decisiones que se toman en su interior. Así, en un mundo globalizado e interdependiente, la adopción de este enfoque westfaliano estaría en la base de la irrupción de una injusticia que «surge de la división del espacio político en sociedades políticas [territorialmente] delimitadas» (Fraser, 2008, p. 122).

Por ello, Fraser propone adoptar un enfoque trasnacional o poswestfaliano que ponga el foco en esta injusticia política que deriva de la propia delimitación del marco. Porque es esta cuestión netamente política relativa a la definición del marco la que, en última instancia, «suministra el escenario donde se desarrollan las luchas por la redistribución y el reconocimiento» (Fraser, 2008, p. 41). Aquellas personas excluidas del marco o «desenmarcadas», a las que ni siquiera se les reconoce el derecho a participar en las decisiones que le afectan, no tienen opción de denunciar y ver mitigadas las discriminaciones económicas y culturales que pueden estar padeciendo, ni de trasladar y ver satisfechas sus demandas. Se trataría de una realidad cada vez más frecuente en el contexto de la globalización y que, en los casos de exclusión más severos —por ejemplo, en el caso actual de las personas refugiadas— supone directamente la negación de un principio básico como es el que Arendt (2003) denominó el «derecho a tener derechos», cuyo cumplimiento necesariamente deriva siempre de la pertenencia a una comunidad política (Benhabib, 2005).

De ahí que en *Escalas de Justicia* Fraser (2008) defienda esta concepción tridimensional de la justicia que trataría de atender simultáneamente a las injusticias económica (redistribución), cultural (reconocimiento) y política (representación), ya que lo que estaría en juego no sería solo la sustancia de la justicia (el «qué») sino también la definición del propio marco, es decir, el «quién» de la justicia. Sin embargo, tal y como señala la autora, la ciencia social normal —o el enfoque westfaliano— solo se limita a discutir el «qué» de la justicia, mientras que no aborda la cuestión esencial del «quién» o del marco, que queda automáticamente circunscrita y reducida al espacio delimitado por el Estado. Una práctica que se autorreproduce como lo obvio y que, como se verá más adelante, asumen planteamientos como el de Rawls (2001), que la autora cuestiona abiertamente (Fraser, 2008).

La definición del marco constituye en sí misma, pues, una cuestión «irreductiblemente política» que, no obstante, está siendo opacada por el enfoque westfaliano, que se aferra a una mirada cada vez más desintonizada del contexto en el que actúa, a la vez que hurta la posibilidad de esa discusión en torno al «quién».

Todo ello lleva a Fraser a incidir en la necesidad de democratizar estas decisiones sobre el «quién», proponiendo un «enfoque crítico-democrático» que contribuya a reenmarcar los problemas que afectan a la justicia en una sociedad globalizada y, con ello, a fortalecer las propias democracias. De ahí que la siguiente pregunta que se haga Fraser es «cómo» determinar ese «quién» de la justicia y, por tanto, cómo definir cuál debe ser el marco adecuado para abordar estos problemas en un mundo globalizado (Fraser, 2008, p. 79).

4. ¿Cómo reenmarcar las democracias contemporáneas?

Para abordar la cuestión de qué principio aplicar a la hora de delimitar el marco y, por tanto, de determinar quiénes deben ser las personas que participen en cada problema ligado a las injusticias, Fraser (2008) comienza haciendo una revisión crítica de los tres principios que orientarían los diversos enfoques existentes.

En primer lugar, alude al principio ligado a la condición de «pertenencia», es decir, a aquellos enfoques que vinculan el «quién» a la condición (o no) de miembro de un Estado. Este principio, estrechamente vinculado con el concepto clásico de ciudadanía, es el que rige en los enfoques westfalianos actuales. Sin embargo, para Fraser este principio es el que está en la base de los problemas de desenmarque señalados anteriormente, al tiempo que refuerza el carácter egoísta del «nacionalismo excluyente» (Fraser, 2008, p. 128).

En segundo lugar, Fraser se refiere al principio ligado a la condición de «ser humano» que es aquel en el que se basarían aquellos enfoques que plantean vincular el quién al conjunto de la humanidad, en la medida en que todos pertenecemos a una comunidad humana universal. Sin embargo, para la autora este principio tiene el problema de incurrir en una especie de «globalismo abstracto», que resulta poco operativo al desatender los vínculos y relaciones sociales que caracterizan al ser humano, a la vez que impide un tratamiento diferenciado para cuestiones de justicia que pueden requerir distintas escalas (Fraser, 2008, p. 128).

Por último, Fraser alude al principio ligado a la condición de «estar afectado». Los enfoques que se basan en este principio consideran que las disputas sobre el «quién» deben resolverse atendiendo al carácter interdependiente de las relaciones sociales, asumiendo la densa red de vínculos y relaciones causales que operan en la sociedad. Sin embargo, para Fraser aplicar este principio de «todos los afectados» imposibilita establecer marcos razonables, pudiendo llegar incluso al absurdo, en la medida en que, en última instancia —y más en un mundo globalizado—, todo está afectado por todo, cayendo en una indeterminación poco útil y operativa a la hora de abordar los problemas de la justicia (Fraser, 2008, p. 124).

Frente a estos principios, la autora propone aplicar el principio de «todos los sujetos». En este caso, lo que convertiría a un conjunto de individuos en sujetos de justicia —y, por tanto, la necesidad de ser reenmarcados acorde a ello— no se puede reducir al criterio de su nacionalidad, ni conviene ampliarlo indefinidamente a la mera condición de humano, ni se debe tornar difuso vinculándolo a una «interdependencia causal»; bajo este principio de «todos los sujetos» el marco debiera estar definido por la «sujeción conjunta a una estructura de gobernación que establece las normas

básicas que rigen su interacción» (Fraser, 2008, p. 126). Un principio cuya aplicación requiere, según la autora, una interpretación amplia tanto del concepto de «estructura de gobernación» —que no se reduciría solo al Estado, sino que incluiría a agentes no estatales, con especial atención a determinados organismos internacionales generadores de reglas transnacionales (OMC, FMI)— como del concepto de «sujeción», que no quedaría circunscrito a la jurisdicción estatal, sino que se ampliaría a formas de poder de alcance transnacional.

Atendiendo a este principio de «todos los sujetos», una cuestión estaría justamente enmarcada «si y solo si todos y cada uno de los sometidos a la(s) estructura(s) de gobernación que regula(n) las áreas relevantes de interacción social reciben igual consideración» (Fraser, 2008, p. 128). Así, una política transformativa del enmarque debería superar la «gramática westfaliana» y, sin negar la importancia que el principio de la territorialidad estatal sigue teniendo a la hora de establecer el «quién», debería incorporar las causas estructurales en las que descansan muchas de las injusticias en el contexto de globalización, que en muchas ocasiones son ajenas a la lógica territorial y responden a otro tipo de procesos y flujos (Fraser, 2008, p. 53; Castells, 1996)

Entre otras cuestiones, la aplicación de este principio obligaría a aplicar un enfoque multiescalar, renunciando a un «enmarque de talla única» o universal, en la medida en que todas las personas están sujetas a una pluralidad de estructuras de gobernación de distinto alcance (local, estatal, regional y global), lo que, por otra parte, como se señalará más adelante, parecería abrir algunos espacios de convergencia con el enfoque «multinivel» defendido por algunas propuestas vinculadas a la democracia cosmopolita (Beck, 2004; Held, 2012).

5. Redistribución, reconocimiento, representación... ¿y responsabilidad?: un encuentro entre Fraser y Young

Hasta aquí se ha presentado el propósito de Fraser de complementar los objetivos de redistribución y reconocimiento con el de representación, con el fin de corregir las injusticias de tipo político que, de manera creciente, se estarían produciendo en el contexto de globalización. Unas injusticias que se relacionan con la existencia de una estructura internacional que excluye de manera sistemática a un amplio número de personas, a las que se le niega la participación y capacidad de incidencia en muchas de las decisiones que afectan de manera sustancial a sus vidas. Esto da lugar a que se produzca un *misframing*, es decir, un desacople cada vez más acentuado entre los sujetos afectados por determinados procesos y dinámicas, por un lado, y la articulación política de la voz y participación de estos mismos sujetos, por otro lado, que sería necesario corregir.

Este enfoque, que en definitiva incide en una distorsión democrática que se estaría produciendo en la estructura política vigente, resulta compatible y puede verse fortalecido y complementado con el concepto de responsabilidad defendido por Iris Marion Young (2011) a través de su «modelo de conexión social». Así, mientras Fraser se preocuparía por buscar fórmulas democráticas que permitan integrar a las personas excluidas —o desenmarcadas—, el modelo de Young, como se explicará en este apartado, pondría el foco en tratar de conseguir que las personas ya incluidas —o enmarcadas, podríamos decir— se responsabilicen del resultado de fenómenos estructurales en los que participan, aunque sea de manera indirecta e incluso no deliberada. Y entre estos fenómenos cabría referirse, por tanto, a las injusticias estructurales que padecen las personas excluidas en la globalización y que preocupan a Fraser. Dicho de otro modo, mientras el propósito fundamental que

perseguiría la propuesta Fraser es que los sujetos desplazados de la representación y de la toma de decisiones políticas adquieran voz, el propósito fundamental perseguido por Young sería ir construyendo una noción más amplia de responsabilidad, de modo que acoja e interpele a aquellos sujetos —y comunidades— que forman parte de una misma estructura política pero que se sienten ajenos a las consecuencias injustas generadas por esa estructura, al no considerarlas un resultado directo de sus acciones y comportamientos.

Aunque más ricas y sugerentes, a los efectos que aquí interesa pueden destacarse algunas ideas fundamentales en el planteamiento de Young. En primer lugar, para esta autora no es posible pensar adecuadamente los problemas ligados a la justicia sin atender a las estructuras sociales que los cobija. Es decir, entiende el problema de la justicia como un problema de injusticia estructural. Sin embargo, careceríamos de «herramientas conceptuales eficaces para contemplar la responsabilidad individual en relación a los procesos sociales estructurales» (Young, 2011, p. 48). De hecho, en muchas ocasiones se produciría un proceso de reificación de los procesos sociales que generan la injusticia, de manera que se difumina nuestro sentimiento de responsabilidad en torno a estos procesos y ni siquiera los percibiríamos como una cuestión de justicia, mermando con ello la posibilidad de construir compromisos colectivos que permitan su mitigación. Para Young, en la medida en que las personas consideran que están desarrollando sus proyectos vitales siguiendo las reglas establecidas, no se sienten responsables de las consecuencias no deseadas que la agregación de estos comportamientos puede acabar generando en términos de justicia estructural. Por supuesto, siempre existen ganadores y agentes interesados en perpetuar la situación, y la política constituye una lucha permanente en ese sentido; pero como la injusticia es estructural, en muchas ocasiones no sería posible identificar de forma nítida un culpable claro al que acusar ni tampoco un agente al que responsabilizar de la erradicación de esa situación. De ahí que considere que, como individuos, deberíamos tratar de evaluar nuestros actos desde dos perspectivas: la individual y la interaccional, porque de lo contrario, «podemos considerarnos impecables en nuestras interacciones individuales y a la vez estar contribuyendo en gran medida a la producción y reproducción de la injusticia estructural» (Young, 2011, p. 87). En suma, puede existir una considerable disociación entre cómo nos comportamos individualmente, por un lado, y qué acabamos generando con ese comportamiento cuando se yuxtapone al del resto de los individuos —quizás también impecables—, por otro lado, lo que implica asumir que en ocasiones se producen unos «daños desestructurados» (Kutz, 2000), que no son el resultado de un propósito coordinado e intencionado. Porque, como señala Young, en la mayoría de los casos las personas no forman parte de proyectos colectivos cuyo fin deliberado sea generar injusticias en otras personas, pero, a pesar de ello, se produce sistemáticamente ese resultado. Una situación que, en cierto modo, también podría entenderse como un problema de inteligencia colectiva (Innerarity, 2020) y que, en todo caso, como preocupa a Young, y siguiendo aquí a Arendt (2007), obligaría a diferenciar la culpa de la responsabilidad. Mientras la primera tiene unas claras implicaciones morales y legales, la segunda tendría una naturaleza de carácter esencialmente político.

En segundo lugar, y siguiendo esta reflexión, Young se pregunta qué pensamos los agentes —individuales y colectivos— en torno a nuestra responsabilidad en la injusticia estructural. Para la autora, el mero hecho de utilizar el término de injusticia implica que asumimos que existe algún tipo de responsabilidad, es decir, que se trata de una situación que no obedece a explicaciones de tipo natural sino humano y que, por tanto, sería susceptible de ser modificada. Esta concepción de la responsabilidad que Young percibe en relación con la injusticia estructural es la que le lleva a proponer su «modelo de conexión social». A través de esta propuesta Young

plantea que hay que entender que son responsables de una injusticia todas las personas que contribuyen con su comportamiento al desarrollo de los procesos estructurales que generan esa injusticia, por lo que «ser responsable en relación con la estructura social significa que uno tiene la obligación de unirse a otros que comparten esa responsabilidad con el fin de transformar los procesos estructurales para hacer que sus consecuencias sean menos injustas» (Young, 2011, p. 108). Y esto, en última instancia, obliga a articular una concepción de la responsabilidad totalmente distinta: nadie es culpable del daño generado en términos de injusticia, pero todas las personas que conforman la estructura en cuyo seno se produce ese daño deben asumir la responsabilidad de subsanarlo. Es precisamente del hecho de participar en los procesos estructurales que acaban generando consecuencias injustas del que se deriva, según Young, la noción de responsabilidad que defiende a través del modelo de conexión social. En la medida en que se trata de una responsabilidad compartida que, además, como ya se señaló, presenta un carácter netamente político, su asunción obliga a articular formas de acción colectiva que permitan transformar esas estructuras con el fin de que generen resultados menos injustos.

En tercer lugar, lo que también se vincula claramente con el problema de representación planteado por Fraser, esta noción de responsabilidad defendida por Young a través de su modelo de la conexión social incorpora una mirada que trasciende las fronteras de los Estados. En realidad, es un resultado lógico de su planteamiento, ya que la autora señala que «la responsabilidad con la injusticia no deriva de vivir según una misma constitución, sino de participar en los diversos procesos institucionales que provocan injusticias estructurales» (Young, 2011, p. 116). Teniendo en cuenta que en la actualidad estos procesos estructurales adquieren una naturaleza global, el modelo de conexión social tiene que ser trasnacional. Young considera que, aunque genere un cierto vértigo, estamos ante una responsabilidad que va más allá de las fronteras, oponiéndose así a la visión de teóricos como Rawls (2001) que limitan la responsabilidad de la justicia al ámbito estatal y situándose más en sintonía —aunque con algunas discrepancias en las que no procede entrar aquí— con autores que abogan por incorporar también esa mirada trasnacional a la lucha contra la injusticia, como Beitz (1999), Buchanan (2003) y Pogge (2005). Entre otras cosas, porque los Estados son construcciones sociales e históricas y la pertenencia a ellos es algo meramente azaroso en términos morales. Es de este «alcance global de las obligaciones de justicia y no de su limitación», del que se deriva, según Young, la necesidad de disponer de una arquitectura institucional amplia y fuerte (Young, 2011, p. 148).

En definitiva, si el concepto de desenmarque de Fraser pone el acento en el desacople generado por la globalización en términos de representación política, al dejar fuera del marco del «quién» a un número creciente de personas que quedarían así inermes políticamente a la hora de combatir las injusticias que padecen, la idea de responsabilidad de Young y su «modelo de conexión social», aunque desde un prisma distinto, también obligaría a revisar y reajustar las estructuras políticas vigentes en una misma dirección que la de Fraser: la necesidad de dotarnos de fórmulas que pongan en mayor sintonía e imbriquen democráticamente a los sujetos, los procesos y las estructuras que operan en la actualidad.

6. Incorporando la mirada trasnacional: desenmarque y cosmopolitismo

Como se ha visto, el concepto de desenmarque de Fraser se centra en una injusticia de tipo político ligada a los problemas de representación que, en buena medida, serían generados por procesos y dinámicas de alcance trasnacional. Esta dimensión

transnacional permite vincular a este concepto con algunas aportaciones realizadas desde otras tradiciones teóricas que han puesto el foco precisamente en el espacio político existente más allá de las fronteras estatales, entre las que particularmente cabría destacar el denominado cosmopolitismo (Arcos, 2009; Núñez, 2024). Fraser no oculta sus reticencias frente al cosmopolitismo (Fraser, 2008, p. 240-244), particularmente en torno al riesgo subyacente de que, en nombre de lo universal, se acabe convirtiendo en un instrumento de poder de determinadas élites con fines claramente particularistas. Es un temor más que razonable si se acude a la historia, pero que quizás cabría asociar más a un tipo concreto de cosmopolitismo —seguramente el predominante hasta la fecha— y no al cosmopolitismo en sí mismo, especialmente si se tiene en cuenta la existencia de otras propuestas de cosmopolitismo más contrahegemónicas (Santander-Campos, 2024).

En cualquier caso, y frente a las visiones cosmopolitas clásicas —más centradas en la existencia de una comunidad humana universal o cosmópolis asentada en unos valores éticos universales—, es importante señalar que el cosmopolitismo político de las últimas décadas, al que aquí se estaría aludiendo, no se centra tanto en la existencia de un conjunto de valores y convicciones éticas, como en la emergente necesidad de construir gobernanza democrática por encima de los Estados, con el fin de poder articular respuestas más eficaces a los desafíos que comporta un mundo globalizado (Beck, 2004; Held, 2012; Held y Maffettone, 2017). Es decir, el *locus* de este cosmopolitismo más reciente no estaría situado, por tanto, en un aspecto ético (asociado a unos valores humanos universales) sino en una dimensión netamente política (vinculada a mejorar la gobernanza democrática de los procesos globales) (Santander-Campos, 2024, 2025; Rodríguez-Alcázar y Bermejo-Luque, 2024).

En este sentido, resulta interesante destacar tres elementos que muestran una cierta aproximación entre el concepto de desenmarque desarrollado por Fraser y este cosmopolitismo político. Unos ámbitos de convergencia que podría ser interesante seguir explorando en el futuro. El primero de estos elementos se refiere a que ambas miradas comparten el diagnóstico de la insuficiencia del Estado y de las fronteras por él delimitadas a la hora de abordar buena parte de los problemas actuales. En el caso de Fraser la crítica se aborda más en términos de justicia, ya que esta inadecuación genera un problema de representación (de exclusión política) que impide a quienes lo padecen combatir las injusticias que sufren en materia de redistribución y reconocimiento. Mientras que en el caso del cosmopolitismo, en cambio, esta inadecuación se suele ligar más a cuestiones de democracia y eficacia, es decir, a la articulación de respuestas políticas acordes con la dimensión de los problemas enfrentados. Pero, como ya se señaló, en cualquiera de los dos enfoques, y particularmente en el de Fraser, ambas cuestiones —justicia y democracia— están estrechamente unidas.

Un segundo elemento a destacar es que, a pesar de lo señalado en el punto anterior, ni el concepto de desenmarque ni el cosmopolitismo político se plantean un horizonte de debilitamiento o desaparición del Estado. Al contrario, sin cuestionar su rol como organización política fundamental, inciden en la necesidad de que el Estado se vea complementado con otras estructuras políticas. Es decir, plantean la creación de una nueva arquitectura institucional capaz de abordar estos problemas transnacionales. En el caso de Fraser, como se vio, se aboga por la adopción de un enfoque «multiescalar» que se adapte a la diversidad de estructuras de gobernanza a las que están políticamente expuestas las personas, con el fin de poder aplicar su principio de «todos los sujetos». (Fraser, 2008, p. 129). En este sentido, cabe señalar que la autora contrapone este principio a otros entre los que se encuentra el «principio del humanismo», que es al que acuden aquellas propuestas que responden al

«quién» de la justicia remitiendo a la mera condición de ser humano. Un principio que para Fraser resultaría excesivamente abstracto y que suele asociarse al cosmopolitismo clásico. Sin embargo, el cosmopolitismo político más reciente, al que se aludía antes, plantea una propuesta no muy alejada de lo que propone Fraser, en la medida en que hace especial énfasis en la necesidad de avanzar hacia una «gobernanza multinivel» de la globalización, que se articularía desde lo local hasta lo global, pasando por lo estatal y lo regional. Una estructura en la que, según el cosmopolitismo, debiera operar un «principio de subsidiariedad» que garantice que las decisiones se tomen en aquella instancia política más cercana a la ciudadanía, siempre que esté capacitada para asumir la dimensión del problema a tratar (Held, 2012).

Por último, un tercer elemento de aproximación que cabe destacar entre ambos planteamientos es que tanto el concepto de desenmarque de Fraser como el cosmopolitismo político parten de una crítica teórico-metodológica común y, en definitiva, reclaman una nueva gramática del espacio político. En el caso de Fraser, cuestiona explícitamente a lo que denomina «ciencia social normal», aludiendo con ello al enfoque westfaliano que sigue encorsetando sus marcos de análisis a las fronteras estatales. El resultado es que abogue por transitar hacia un enfoque crítico-democrático que descansa en un marco de análisis poswestfaliano, que iría más allá de las fronteras territoriales del Estado, sin el que resultaría imposible corregir el problema del «quién» en la globalización. Por su parte, desde postulados cosmopolitas se ha hecho una crítica similar, aludiendo a la necesidad de superar lo que algunos autores han denominado el «nacionalismo metodológico» (Beck, 2004), con el que se seguiría trabajando en la actualidad, y construir marcos analíticos que integren la dimensión transnacional.

7. Reflexiones finales: el desenmarque y las democracias contemporáneas

De la revisión realizada a lo largo de este artículo del concepto de desenmarque planteada por Fraser cabe derivar, para finalizar, tres consideraciones fundamentales en lo que afecta a las democracias contemporáneas.

En primer lugar, el concepto de desenmarque de Fraser parece relevante y pertinente en términos de justicia, tal y como plantea la autora, identificando un fenómeno que, además, lejos de mitigarse, parece que tenderá a agudizarse en el futuro. En este sentido, sería necesario imbricar más estrechamente la teoría de la justicia y la teoría democrática, en la medida en que la percepción de habitar una sociedad justa resulta clave para el adecuado funcionamiento de las democracias. En una sociedad democrática y plural este concepto de justicia debe ser abierto, contingente y reflexivo —es decir, expuesto a una permanente revisión y crítica— pero, en todo caso, requerirá asentarse en los principios básicos de igualdad y del «derecho a tener derechos», cuyo incumplimiento deforma la propia idea de democracia.

Sin embargo, la situación de desenmarque que caracteriza a las democracias contemporáneas en el contexto de la globalización cuestiona seriamente la vigencia de estos principios. El enfoque crítico-democrático propuesto por Fraser y su idea de desenmarque pueden resultar un marco de análisis útil para ir profundizando en esta vinculación entre teoría de la justicia y teoría democrática: avanzar en términos de justicia requiere revisar y redefinir el «quién», es decir, reenmarcar el tratamiento de aquellas cuestiones que son fuente de este tipo de injusticia, lo que constituye un ejercicio de marcada naturaleza política que solo debería poder dirimirse a través de mecanismos y procesos democráticos.

En segundo lugar, la idea de desenmarque de Fraser puede conformar una herramienta conceptual útil para comprender algunos de los retos a los que se enfrentan en la actualidad las democracias contemporáneas y para tratar de abordar y reducir los riesgos de debilitamiento y cuestionamiento que están padeciendo. Como es sabido, las democracias liberales enfrentan un conjunto de desafíos (como las desigualdades, la precariedad laboral o la emergencia climática) cuya falta de respuestas amplía el malestar y el conjunto de demandas insatisfechas dentro de sus sociedades. Un malestar del que, en buena medida, se nutre la extrema derecha, cuestionando y poniendo en riesgo algunos de los elementos nucleares sobre los que estas democracias descansan. Puede pensarse que esta sensación de malestar y desafección que experimenta la ciudadanía en las democracias contemporáneas se relaciona, al menos en parte, con algunos efectos derivados de la globalización que, sin embargo, no parece que puedan ser satisfactoriamente abordados desde lo que Fraser denomina «ciencia social normal» o «enfoque westfaliano». Un enfoque rígidamente apegado al marco estatal que, si bien pudo tener pleno sentido en tiempos anteriores, parece mostrarse desacoplado respecto al mundo globalizado e interdependiente en el que opera hoy.

El primero de estos efectos es la pérdida de eficacia, que remite a la sensación de que los sistemas democráticos actuales no son capaces de ofrecer respuestas solventes a buena parte de los problemas transnacionales que le afectan, algunos de los cuales ponen en riesgo la propia existencia de las personas, como sería el caso de la emergencia climática, las pandemias sanitarias o las crisis migratorias. El segundo de estos efectos sería la pérdida de legitimidad, que se produciría tanto por el hecho de que las democracias contemporáneas no están siendo eficaces para dar respuestas a los problemas señalados, como por el hecho de que, al tiempo, tampoco parecen tener un adecuado control y capacidad de decisión sobre muchas cuestiones que afectan decisivamente a la vida cotidiana de la ciudadanía. Este sería el caso de problemas como la precariedad laboral, el acceso a la vivienda o el precio de los alimentos, todos ellos estrechamente ligados a procesos y dinámicas de alcance transnacional y no solo a la acción estatal (Santander-Campos, 2024, 2025).

Ambas disfuncionalidades —pérdida de eficacia y pérdida de legitimidad— generan una sensación de vulnerabilidad, impotencia y falta de control en la ciudadanía que contribuye a erosionar su confianza en la democracia y en sus instituciones, lo que allana el terreno para aquellas opciones políticas que logran recoger y canalizar este malestar poniendo en riesgo a la propia democracia. En línea con lo que plantea Fraser, la adopción de un enfoque poswestfaliano, capaz de incorporar en su marco de análisis estas dinámicas que trascienden al Estado, se erigiría así en una tarea ineludible para el fortalecimiento de las democracias.

Por último, si se asume la existencia de un problema de desenmarque y su conexión con algunos de los problemas presentados por las democracias contemporáneas en la actualidad, queda pendiente el reto de cómo corregir la situación. Y es aquí donde surge la mayor parte de los interrogantes. Particularmente, en lo que tiene que ver con la aplicación práctica del principio de «todos los sujetos» y con el diseño institucional en el que podría descansar esta lógica del reenmarque. Como señala la propia Fraser (2008), cualquier reenmarque que se produzca, como proceso político que es, comporta inevitablemente un cierre. Y todo cierre supone, a la vez, una nueva exclusión. Sin embargo, y esto es clave para Fraser, no todos los marcos (o cierres) son igual de injustos ni son generadores de los mismos grados y tipos de exclusión. De ahí precisamente que se necesiten nuevos espacios e instituciones globales donde pueda abordarse esta cuestión del «quién» y someterse a disputa la cuestión del marco, pero asumiendo la imposibilidad de un cierre definitivo e invitándonos a avanzar hacia una justicia democrática permanentemente reflexiva

y crítica (Fraser, 2008, p. 261). Se trata de cuestiones prácticas para las que no disponemos de una respuesta clara pero que, en un mundo crecientemente complejo, nos interpelan y nos obligan a imaginar y repensar nuevas formas de organización política en las que la democracia pueda articularse más allá del Estado (Innerarity, 2020).

En definitiva, el concepto de desenmarque propuesto por Fraser es una invitación a la construcción de sociedades más justas y democráticas, que sean capaces de adaptarse mejor a los retos y desafíos que la globalización plantea en la actualidad a las democracias contemporáneas.

Bibliografía

- Abellán, P. (2013). Representación política y democracia. Aportaciones desde la Teoría de la Representación en los últimos diez años. *Revista Española de Ciencia Política*, 33, pp.133-147.
- Adorno, T.W. (2005). *Dialéctica negativa. La jerga de la autenticidad*. Akal.
- Arcos, F. (2009). *La justicia más allá de las fronteras*. Tirant lo Blanch.
- Arendt, H. (2003). *Entre el pasado y el futuro: ocho ejercicios sobre la reflexión política*. Ed. Península. (Obra original publicada en 1961).
- Arendt, H. (2007). *Responsabilidad y juicio*. Paidós.
- Beck, U. (2004). *Poder y contrapoder en la era global. Nueva economía política mundial*. Paidós.
- Beitz, Ch. (1999). *Political theory and International Relations*. Princeton University Press.
- Benhabib, S. (2005). *Los derechos de los otros. Extranjeros, residentes y ciudadanos*. Gedisa.
- Blanco, F. (2021). *El paradigma de justicia democrática. Una concepción estructural de las injusticias globales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Buchanan, A. (2003). *Justice, Legitimacy, and Self-Determination: Moral Foundations for International Law*. Oxford University Press.
- Butler, J. y N. Fraser (2016). *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*. Traficante de Sueños.
- Castells, M. (1996). *La era de la información. Vol.1: La sociedad red*. Alianza.
- Forst, R. (2014). *Justificación y crítica. Perspectivas de una teoría crítica de la política*. Katz.
- Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición postsocialista*. Siglo del Hombre.
- Fraser, N. (2008). *Escalas de justicia*. Herder.
- Fraser, N. (2012). On Justice, *New Left Review*, 74.
- Fraser, N. y A. Honneth (2006). *¿Redistribución o reconocimiento? Un debate político-filosófico*. Morata.
- Guerra, M. (2001). Nancy Fraser: la justicia como redistribución y reconocimiento. En Máiz, R. (comp.), *Teorías políticas contemporáneas* (pp. 315-334). Tirant Lo Blanch.
- Held, D. (2012). *Cosmopolitismos. Ideales y realidades*. Alianza.
- Held, D. y Maffettone, P. (2017). Moral Cosmopolitanism and Democratic Values. *Global Policy*, 8, pp. 54-64.
- Honneth, A. (1997). *La lucha por el reconocimiento*. Crítica.
- Innerarity, D. (2020). *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*. Galaxia Gutenberg.
- Kutz, Ch. (2000). *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*. Cambridge University Press.

- Manin, B. (2010). *Los principios del gobierno representativo*. Alianza.
- Martínez-Bascuñán, M. (2012). *Género, emancipación y diferencia(s). La teoría política de Iris Marion Young*. Plaza y Valdés Editores.
- Núñez, C. (2024). *Constitucionalismo cosmopolita*. Centro de Estudios Constitucionales y Políticos.
- Palacio, M. (2010). La paridad participativa en la obra de Nancy Fraser. *Revista Aequalitas*, 26, pp. 58-70.
- Palacio, M. (2013). Iris Marion Young y Nancy Fraser. Sobre la estructura de la justicia, *Enrahonar. Quaderns de Filosofia*, 51. pp. 77-93.
- Pitkin, H. (1985). *El concepto de representación*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Pogge, T. (2005). *La pobreza en el mundo y los derechos humanos*. Paidós.
- Rawls, J. (1971). *Teoría de la Justicia*. Fondo de Cultura Económica.
- Rawls, J. (2001). *El derecho de gentes*. Paidós.
- Rodríguez-Alcázar, J. y Bermejo-Luque, L. (2024) ¿Deber moral o proyecto político? El cosmopolitismo como ideología. *Isegoría*, 71, 1535.
- Santander-Campos, G. (2024). Cosmopolitismo y democracia radical: ¿es posible una simbiosis para fortalecer las democracias? *Revista Española de Ciencia Política*, 64, 15-36.
- Santander-Campos, G. (2025). Lo común más allá del Estado: aportaciones republicanas para una democracia cosmopolita. *Revista de Estudios Políticos*, 208, 109-133.
- Shklar, J. (2010). *Los rostros de la injusticia*. Herder. (Obra original publicada en 1990).
- Valencia, D.A. (2023). Igualibertad y paridad participativa: elementos básicos para democratizar la democracia. *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, 68.
- Young, I.M. (2000a). *Inclusion and democracy*. Oxford University Press.
- Young, I. M. (2000b). *La justicia y la política de la diferencia*. Cátedra.
- Young, I.M. (2011). *Responsabilidad por la justicia*. Morata

Desintegración europea

European disintegration

Manuela Sánchez Gómez*

Universidad San Pablo CEU – Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID 0000-0001-9769-7091

manuela.sanchezgomez@ceu.es

Cita recomendada:

Sánchez Gómez, M. (2026). Desintegración europea. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 323-336.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10387>

Recibido / received: 20/01/2025
Aceptado / accepted: 27/06/2025

Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar el fenómeno reciente de la desintegración europea. Desde la creación de la Unión Europea, la idea de avanzar en un modelo supranacional ha estado presente a través del proceso de integración europea. Sin embargo, crisis como las vinculadas a la llegada masiva de personas que solicitaban asilo en 2015 y la retirada de Reino Unido de la Unión Europea, hacen necesario evaluar si nos encontramos ante un proceso de desintegración europea. Con este propósito, el trabajo se propone examinar las principales aportaciones de la literatura académica al concepto de desintegración europea; analizar las contribuciones de diferentes autores para hacer una distinción conceptual entre la desintegración europea y la integración diferenciada, sugiriendo atributos que pueden considerarse como criterios mínimos necesarios en el caso de la primera; exponer ejemplos de cómo las mencionadas crisis pueden constituir evidencias de un proceso de desintegración; y, finalmente, aproximarse a los factores explicativos que subyacen a este fenómeno.

Palabras clave

Desintegración europea, crisis migratoria, supranacionalismo, integración diferenciada, Brexit.

Abstract

The aim of this paper is to analyze the recent phenomenon of European disintegration. Since the creation of the European Union, the idea of an having a supranational organization to achieve cooperation between States has been present throughout the process of European integration. However, crises such as those linked to the massive arrival of asylum seekers in 2015 and Brexit, make it necessary to assess whether we are facing a process of European disintegration. With this purpose in mind, the paper aims to examine the main contributions of academic literature to the concept of European disintegration; to analyze the work of various authors in order to establish a conceptual distinction between European disintegration and differentiated integration, suggesting attributes that may be considered as minimum necessary

* Doctora en Derecho Internacional Público. Miembro del Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia (GIDYJ).

criteria in the case of the former; to present examples of how the aforementioned crises may constitute evidence of a disintegration process; and, finally, to explore the explanatory factors underlying this phenomenon.

Keywords

European disintegration, supranationalism, differentiated integration, migratory crisis, Brexit.

SUMARIO. 1. Introducción: la desintegración europea como un fenómeno reciente. 2. Revisión de la literatura académica sobre el concepto de desintegración europea. 3. Los límites difusos de la integración diferenciada y características distintivas de la desintegración europea. 4. Esbozo de las evidencias de la desintegración europea. 5. Aproximación a los factores que determinan la desintegración europea. 6. Conclusiones.

1. Introducción: la desintegración europea como un fenómeno reciente

El concepto de integración ha sido ampliamente analizado por parte de la doctrina académica. Desde los años sesenta, en las disciplinas de Derecho, Relaciones Internacionales, Ciencias Políticas y Economía han sido notables las contribuciones para dotarle de contenido; sin embargo, el concepto de desintegración tiene un origen más reciente y las contribuciones, aunque notables hasta la fecha, siguen siendo muy limitadas.

No solo en el ámbito europeo el concepto de desintegración está estrechamente ligado con el surgimiento de crisis que ponen en riesgo los pilares sobre los que se asientan las organizaciones internacionales. Ejemplo notable de ello ha sido la disolución de la Unión Soviética al desintegrarse sus estructuras federales y su gobierno central (Zubok, 2021).

Las crisis no son acontecimientos recientes en el ámbito europeo. Al respecto, Jean Monnet, considerado uno de los padres de Europa, sostuvo que «Europa se forjará en las crisis, y que será la suma de las soluciones adoptadas para las crisis». No cabe duda de que su predicción ha sido cierta, al menos, durante una gran parte de la historia de la Unión Europea (UE). Sin embargo, desde el año 2010, las crisis sufridas en el seno de la UE no siempre han fortalecido su modelo *sui generis* de integración, ya que, en ocasiones, se ha debilitado porque han causado retrocesos en una o varias de las dimensiones de la integración.

Aunque el concepto de desintegración europea ha ganado visibilidad en el debate académico contemporáneo, su origen puede situarse en el entorno de los años setenta cuando comenzaron a emerger enfoques que introducían la posibilidad de que el proceso integrador no fuera necesariamente lineal ni irreversible.

En los setenta, Schmitter fue una figura clave por sus contribuciones sobre los procesos de integración. A pesar de que no se refiere directamente al concepto desintegración, sí que advierte en su obra que los procesos de integración pueden tener diferentes resultados, como estancamiento o retrocesos (1971, p. 836). En el plano más actual, en su obra conjunta con Lefkofridi aborda las sinergias entre neofuncionalismo y la teoría de la desintegración, señalando que la desintegración es un fenómeno que puede tener lugar en cualquier modelo de integración regional cuando se interrumpe el denominado efecto de desbordamiento (*spill-over*) (Schmitter y Lefkofridi, 2015, p.10), cuando los actores clave –ya sean los ciudadanos, los

gobiernos o los grupos de interés– pierden confianza en las instituciones supranacionales (p. 11) o cuando surgen crisis que priorizan el ámbito nacional sobre el supranacional (p. 12).

Por su parte, Lindberg y Scheingold (1970) hacen alusión a la idea de que la integración europea no es un proceso lineal en el que necesariamente las instituciones europeas cada vez tendrán más competencias. Los autores, junto con Schmitter (1970) fueron pioneros en señalar que el proceso de integración no es irreversible, ya que puede tener bloqueos, retrocesos y desviaciones (p. 276).

Sin perjuicio de que desde los años setenta hubiera aportaciones muy valiosas sobre el rumbo que puede tomar la integración europea, la doctrina académica ha mostrado, desde hace unos quince años, un renovado interés por el concepto de integración europea. Esta fecha coincide con la crisis económica y, en particular, con la posibilidad de que uno de los proyectos más ambiciosos de la UE como era el euro, desapareciera.

Zielonka (2011) fue de los primeros autores en advertir de la práctica ausencia de reflexiones académicas sobre desintegración cuando alertaba de que numerosos libros se han escrito sobre integración europea pero apenas ninguno sobre desintegración. Vollaard (2018, p. 3) también ha hecho alusión a que no existe prácticamente ninguna teoría que explique la desintegración europea. Es cierto que la literatura sobre otros conceptos como integración diferenciada o euroescepticismo, como posteriormente se analiza, es extensa; sin embargo, la misma, aunque estrechamente ligada con el concepto de desintegración, no aborda una definición de la desintegración, las causas que la originan o los resultados que genera.

2. Revisión de la literatura académica sobre el concepto de desintegración

En el presente apartado se realiza una mirada hacia las definiciones de diferentes autores sobre el concepto de desintegración europea. En el ámbito reciente, probablemente haya sido Webber el autor que ha analizado con más profundidad el concepto de desintegración, lo que ha contribuido a que una gran parte de los interesados en la materia –entre los que me incluyo– tomemos como punto de referencia los hallazgos de su investigación.

Para Webber (2019), la desintegración está compuesta por tres dimensiones. La dimensión sectorial hace referencia a la reducción de las áreas temáticas en las que la UE ejerce competencias políticas y, dentro de áreas temáticas específicas, una reducción del alcance de las políticas comunes existentes. La dimensión vertical del proceso de desintegración se refiere a una reducción de las competencias formales y de la autoridad efectiva de los órganos políticos supranacionales de la UE frente a los órganos intergubernamentales de la UE y/o los de los Estados miembros. Por último, la dimensión horizontal está vinculada a la reducción del número de Estados miembros de la UE (pp. 13-14).

De esta manera, según el autor, la desintegración tiene lugar como consecuencia de la retirada –completa o parcial– de un Estado miembro de la UE, como consecuencia de una pérdida de poder o autoridad de los órganos supranacionales frente a los Estados miembros y/o los órganos intergubernamentales de la UE, y el colapso de las políticas comunes o elementos de dichas políticas a través de su renacionalización por parte de los Estados miembros (Webber, 2019, pp. 13-14).

Otro de los autores que ha analizado a fondo el concepto de desintegración ha sido Vollaard (2018, p. 227). El punto de partida del autor se sitúa en definir en qué no consiste la desintegración. No se trata para él meramente de la retirada de un Estado miembro o la desaparición de la UE en su conjunto (2018, p. vi). El autor sostiene que las teorías de la integración europea más relevantes –teoría intergubernamental, institucionalista, neofuncionalista y postfuncionalista– no se centran en explicar la integración, pero aportan las bases para comprender los factores y consecuencias de los procesos de desintegración (2014, p. 1142).

Para Vollaard, la desintegración se refiere a los retrocesos parciales debido a la paralización de recursos destinados a la UE, la retirada de la toma de decisiones de ciertas políticas supranacionales y la reducción del grado de cumplimiento de la legislación de la UE. Es importante mencionar que los causantes de la desintegración no solo son los actores tradicionales como Estados o gobiernos, ya que el autor también identifica como promotores de la desintegración a las empresas, individuos y autoridades subestatales (2018, p. vi). En esa línea, define la desintegración no solo como la mera salida de un miembro de la UE o el colapso total de la UE, sino también como retiradas parciales en forma de retención de recursos, retirada de (ciertos) procesos de toma de decisiones y disminución del cumplimiento de la legislación de la UE, ya sea por parte de los gobiernos de los Estados miembros o de las empresas, los individuos y las autoridades subestatales.

Otro de los autores que proporciona una definición del término desintegración es Patberg (2021), para quien el concepto de desintegración es un contraconcepto de integración: ya que describe la reversión de la integración. La desintegración se puede observar cuando las relaciones previamente integradas dejan de estar integradas, lo cual ya la distingue del concepto de la integración diferenciada, en la que los Estados miembros de la UE profundizan su integración, aunque no todos ellos participan (o no en el mismo grado) (p. 603).

Patberg presenta dos ideas novedosas sobre el concepto de desintegración y sus consecuencias. En primer lugar, señala que hay cuatro tipologías de desintegración: intencional, no intencional, formal e informal (2021, p. 603-604). La desintegración intencional tiene lugar como consecuencia de decisiones deliberadas, enmarcadas en procesos políticos como podría ser el Brexit. La desintegración no intencional se considera como un efecto secundario no deseado de otros procesos, como la creciente divergencia económica y política debido a la crisis del COVID-19. La desintegración formal ocurre cuando tiene una forma jurídica clara, como la eventual supresión de la Unión Monetaria Europea o el Espacio Schengen. En contraste, la desintegración informal puede manifestarse de forma más difusa en fenómenos como un debilitamiento del sentido de comunidad entre los ciudadanos de la UE.

La segunda contribución novedosa que realiza Patberg es el análisis de la percepción y utilidad de la desintegración. Para el autor, se está desarrollando una nueva percepción sobre la desintegración ya que se concibe como una medida potencialmente constructiva en la configuración de la UE. Tomando como referencia a Müller (2013, p. 147), el autor menciona que, en vista del retroceso democrático, es decir, de los patrones iliberales y autoritarios en Estados miembros como Hungría y Polonia, algunos han considerado la idea de que, como medida de último recurso, la UE debería poder expulsar a los Estados miembros. Esta idea de desintegración forzosa constituye una forma de defender los principios fundamentales del orden constitucional de la UE (Patberg, 2021 p. 602).

Otros autores, en lugar de dar una definición concreta han analizado ciertos atributos y causas de la desintegración. Para Börzel (2018, p. 478), la desintegración europea se convierte en un concepto continuo y no dicotómico, situado en un continuo con dos extremos: integración total en un extremo y desintegración total en el otro. Por su parte, Huysmans y Van Kerckhoven (2023, p. 1), tomando como referencia a Gastinger (2021) han argumentado que los procesos de desintegración son el resultado de evaluaciones potencialmente politizadas de los costes y beneficios de la cooperación internacional.

Chalmers, Jachtenfuchs y Joerges (2016) ponen su atención en el fin del modelo tecnocrático de integración europea predominante desde los años cincuenta (p. iii). Para los autores, este giro en rumbo de la integración se vincula con la incapacidad de las instituciones supranacionales para adaptarse a la heterogeneidad de los numerosos Estados miembros que forman parte de la UE (p. 3), las asimetrías entre las economías domésticas y el marco legislativo nacional de cada Estado (p. 50), una administración europea debilitada (p. 146) y los incumplimientos de los parámetros del Estado de Derecho (p. 299).

Para Schimmelfenning y Winzen (2020, p. 138) existen dos tipos de desintegración. En primer lugar, la desintegración uniforme que se produce cuando todos los Estados miembros toman medidas opuestas a la integración europea. En segundo lugar, la desintegración diferenciada, lo hace cuando es solo un Estado el que adopta medidas que suponen un retroceso en el modelo de integración europea.

Bajo esa lógica, de acuerdo con Schimmelfenning (2018), el caso del Brexit es paradigmático de la desintegración diferenciada (p. 1154). Para entender las dinámicas de la integración diferenciada en el caso de la retirada de Reino Unido, el autor argumenta que fue clave el reforzamiento de las actitudes euroescépticas, el descontento de parte de la ciudadanía con las políticas europeas, así como el desconocimiento de sus beneficios y la tendencia nacionalista de parte de los partidos políticos y líderes de comunicación.

Por otro lado, Krastev (2012) se ha centrado en hacer una perspectiva comparada entre la desintegración que tuvo lugar en el centro y este de Europa y la que tiene lugar en la actualidad (p.26-27). En su investigación también argumenta que el factor crítico más relevante para explicar la desintegración es la insatisfacción con la democracia, en la medida en que los ciudadanos cada vez se sienten más desmotivados por la política europea y se refuerzan las tendencias nacionalistas de los líderes políticos (p. 29).

Al respecto, Wellings (2022) ha analizado en profundidad el vínculo entre nacionalismo y desintegración. Para el autor, el nacionalismo se explica como causa y consecuencia del fenómeno de la desintegración ya que la política de integración europea –focalizada principalmente en superar la crisis económica– en el entorno de 2010 favoreció el nacionalismo en lugar de contenerlo (p. 1664).

Markakis (2020) vincula la desintegración con la integración diferenciada. Para el autor, diferenciar entre ambos conceptos no es una tarea sencilla en la práctica, pero señala como ejemplos de ambos fenómenos los patrones emergentes de fragmentación geográfica y/o heterogeneidad socioeconómica dentro de la UE (p. 490). A su turno, autores como Leruth, Gänzle y Trondal (2019, p. 1013) se han centrado en analizar la influencia del Brexit a través del concepto de desintegración diferenciada. La cual es definida como un proceso que depende profundamente de una trayectoria, que está estructuralmente arraigada y profundamente condicionada por organizaciones e instituciones preexistentes de integración europea.

Rosamond (2016) sostiene que la desintegración europea debe ser considerada como un proceso indeterminado en lugar de un resultado identificable. Asimismo, para el autor, la desintegración no solo afecta a la estructura administrativa de la UE, ya que considera probable que haya un retroceso, el que denomina pacto capitalista democrático en que ha insertado históricamente la integración europea.

3. Los límites difusos de la integración diferenciada y características distintivas de la desintegración europea

Con el objetivo de acotar nuestro ámbito de investigación, es pertinente diferenciar el concepto de desintegración de otros como la integración diferenciada o los mecanismos que se despliegan de las cláusulas de exclusión voluntaria, que supone una fórmula institucional que garantiza la posibilidad de exclusión voluntaria de un Estado miembro en determinadas áreas políticas, sin comprometer el progreso colectivo de la UE.

La primera cuestión que se debe advertir sobre el término de integración diferenciada es la multitud de expresiones vinculadas al mismo. Como sostiene Alcoceba (2003) «doctrinalmente se han utilizado multiplicidad de expresiones para referirse a este mecanismo conciliador entre capacidades y voluntades de los Estados miembros para profundizar en la integración: flexibilidad, integración flexible, diferenciación, cooperación reforzada, elasticidad, integración diferenciada (...)» (p. 126).

Otra cuestión relevante es que, a diferencia de la desintegración que es un fenómeno ciertamente reciente –surgido principalmente como consecuencia de la crisis económica, la llegada masiva de refugiados y la retirada de Reino Unido– el concepto de integración diferenciada tiene sus raíces más alejadas en el tiempo. En concreto, desde la década de los setenta, comenzó a valorarse la introducción de criterios de diferenciación, ello con el fin de adecuar el proceso de integración a las diferentes expectativas y capacidades de los Estados miembros. Con esta finalidad, como ha analizado Urrea Corres (2008, p. 169):

el Tratado de Ámsterdam articuló jurídicamente la cláusula de cooperación reforzada como método de integración diferenciada a disposición de aquellos Estados que quisieran avanzar más en el proceso de integración. Una regulación sucesivamente modificada por el Tratado de Niza y el de Lisboa, pero sin virtualidad práctica hasta la fecha.

En el año 2007, tras superarse la crisis derivada de la incapacidad de adoptar una Constitución para Europa, en el articulado del Tratado de Lisboa se introdujo el artículo 50. No se trataba de una idea novedosa ni tampoco es que antes de entrar en vigor no pudieran los Estados miembros desvincularse de la UE. Como señalaba Mangas (2017) «las organizaciones internacionales tienen vocación de permanencia en sus tratados constitutivos, pero no son ni pueden ser pactos a perpetuidad» (p. 291).

La evidencia histórica de la noción de diferenciación ha sido analizada por Becerril Atienza (2009), quien refiere que ejemplos de diferenciación se han observado tanto en el Derecho primario como secundario de la UE. En este sentido, señala que los Tratados ya desde sus borradores originales contenían cláusulas de salvaguardia y que permitían autorizar excepciones provisionales (p. 11). Asimismo, los procesos de ampliación se han ido desarrollando progresivamente a través de períodos transitorios que han permitido flexibilizar temporalmente las condiciones de entrada de los nuevos Estados miembros. Otro ejemplo de flexibilidad es el de las

directivas, que pueden contemplar diferentes períodos de aplicación para cada Estado miembro, introduciendo así un nuevo elemento de diferenciación temporal.

Partiendo por tanto de la multitud de fenómenos que se relacionan estrechamente con la integración diferenciada y su amplio recorrido histórico, numerosos autores han tratado de analizar su alcance y contenido práctico. Debido a las limitaciones propias de este tipo de contribuciones, hemos optado por citar tres de ellas.

Princen et al. sostienen que la integración diferenciada es una forma de hacer frente a la heterogeneidad entre los Estados miembros. Esta heterogeneidad puede manifestarse durante la toma de decisiones, cuando una divergencia de preferencias dificulta la búsqueda de soluciones conjuntas. Permitir la diferenciación puede ser, entonces, una forma de apaciguar a los Estados miembros que no quieren verse vinculados a las políticas de la UE (2024, p. 467).

Thym (2017, p. 29) se centra en analizar tres modelos de integración diferenciada. El primer modelo es el de múltiples velocidades, en el que cada Estado miembro decide qué políticas públicas supranacionales son prioritarias y decide apoyar su mayor integración. El segundo modelo es el del núcleo federal y se centra en la teoría de que existen un determinado grupo de Estados que están alineados en cuanto a sus prioridades y son los impulsores del modelo de integración en esos ámbitos. Por último, existe el modelo de flexibilidad a la carta, que se basa en la libertad de los Estados miembros para elegir libremente los compromisos que desean asumir.

Schimmelfennig et al. (2023, p. 5) –tomando como referencia las contribuciones de Holzinger y Schimmelfennig (2012, p. 292) y Leuffen et al. (2013)– sostienen que la integración diferenciada se refiere a una situación en la que la extensión territorial de la validez jurídica de las normas de la UE es incongruente con la pertenencia a la UE. En cuanto a las diferentes categorías de integración diferenciada, Schimmelfennig et al. (2023) identifican dos: interna y externa: si al menos un Estado miembro de la UE no participa en una política integrada, se trata de diferenciación interna, y si al menos un Estado no miembro opta por participar, se refieren a diferenciación externa (p. 5).

Desde una perspectiva de políticas públicas, Santos Vara y Maillo González-Orús han analizado el impacto de la integración diferenciada en las áreas de libertad, seguridad y justicia y migración y asilo. Maillo González-Orús (2009, p. 89) ha señalado que el espacio de libertad, seguridad y justicia ha sido un ámbito especialmente propicio para la integración diferenciada. Los ámbitos afectados (inmigración, terrorismo, cooperación policial, judicial, penal, etc.), estrechamente vinculados a la soberanía nacional y por tanto muy sensibles, han dado lugar en el pasado a algunos de los casos de diferenciación más llamativos y exitosos.

Estrechamente vinculado con el espacio de libertad, seguridad y justicia, el área de migración y asilo ha sido uno de los más tendentes a fomentar la integración diferenciada. Santos Vara (2022, p. 1246) ha argumentado que Irlanda y Reino Unido antes del Brexit, junto con Dinamarca, han sido los principales beneficiarios de la integración diferenciada en materia de asilo y migración, habiendo obtenido posiciones que los Estados miembros que se adhirieron a la UE en las últimas dos décadas no pudieron alcanzar. Es por ello, que el estatus especial otorgado a este grupo de países es quizás el epítome de la diferenciación en el derecho contemporáneo de la UE (p. 1245).

Los límites teóricos, como se puede observar, entre el significado del concepto de desintegración y de integración diferenciada son muy difusos. ¿Cómo puede distinguirse, si es que el caso, entre ambos conceptos?, ¿cuál es la diferencia o similitud entre ambos conceptos?, ¿es uno el resultado de otro? Para dar respuesta a este debate ciertamente inacabado en la doctrina académica tomaremos como referencia el trabajo de Markakis (2020). Para este autor, la integración diferenciada es un fenómeno que puede actuar tanto como promotor como disuasor de la desintegración, donde si la integración diferenciada actúa como promotor significa que ejerce una fuerza tractora para preparar el camino hacia la desintegración (p.492-493).

Sin embargo, la integración diferenciada también puede ser vista como un medio para evitar la desintegración, en la medida en que permite a los Estados miembros ajustar sus expectativas a las diferentes velocidades y las diferentes dimensiones en que la UE puede actuar. Por ejemplo, el caso del Brexit, los continuos modelos de integración diferenciada para Reino Unido –manifestados a través de los mecanismos *op-ed*– allanaron el camino para que finalmente se produjera una evidencia de desintegración al promoverse la retirada del Estado miembro de la UE. Sin embargo, en el caso de la crisis de la eurozona, el hecho de que se permitiera modelos de integración diferenciada evitó la caída del euro, lo que, sin duda, hubiera supuesto una evidencia de desintegración en el ámbito económico y monetario de la UE.

Cada una de las definiciones aportadas por los diferentes autores pone el énfasis en aspectos diferentes –si bien, complementarios– del proceso de desintegración europea. A nuestro juicio, la definición del concepto de desintegración europea debe contemplar –al menos– los siguientes aspectos de manera acumulativa y basarse en las dimensiones sectorial, vertical y horizontal de la integración.

La primera dimensión de la integración europea es la sectorial. La misma se refiere a la transferencia desde el ámbito nacional al ámbito europeo de competencias (áreas de gobernanza) de manera parcial o completa. Por ejemplo, en el ámbito de seguridad y defensa, medio ambiente y sanidad, en las últimas dos décadas, se ha producido un reforzamiento de la dimensión sectorial de la integración europea.

La segunda dimensión es la vertical, que hace referencia a cuando las competencias se comparten cada vez más entre los Estados miembros de la UE o se delegan a instituciones supranacionales autónomas. Una muestra de ello fue el reforzamiento de las tareas encomendadas a la Comisión Europea para adoptar medidas supranacionales que contribuyeran a superar la crisis del euro.

Por último, la dimensión horizontal de la integración está vinculada a la expansión territorial, es decir, a la incorporación de nuevos Estados miembros de la UE. El ejemplo más reciente se sitúa en el año 2013 cuando Croacia se incorporó al listado de Estados miembros tras su solicitud para ingresar en la UE veinte años antes.

Tomando en cuenta las aportaciones de la doctrina sobre la integración europea, se propone en la presente contribución definir la desintegración europea como el proceso en el que al menos una de las dimensiones de la integración europea retrocede. Es decir, nos encontramos ante un proceso de desintegración si se produce la disminución de las áreas de gobernanza sobre las que actúa la UE (dimensión sectorial), el menoscabo de la autoridad de las instituciones europeas (dimensión vertical), o la reducción del número de Estados que forman parte de la UE (dimensión horizontal).

4. Esbozo de las evidencias de la desintegración europea

Tras hacer una revisión de la literatura académica sobre el concepto de desintegración –distinguiéndolo del fenómeno de la integración diferenciada– a continuación, tomando como referencia nuestro marco teórico propuesto, exponemos dos ejemplos de desintegración europea en el ámbito reciente. Se examinan estas crisis por el matiz extraordinario de las mismas.

El primer caso que se analiza es el de la retirada de Reino Unido de la UE. En el ámbito europeo no hay experiencias similares a esta porque hasta 2018 numerosos Estados se habían incorporado –o deseaban hacerlo– a la UE, pero ninguno Estado se había retirado de la organización hasta la fecha. El Brexit supuso un ejemplo paradigmático de la dimensión horizontal de la desintegración europea en la medida en que, por primera vez, un Estado decide abandonar la UE. La integración diferenciada es un fenómeno habitual en la UE, pero la retirada de un Estado miembro es un acontecimiento extraordinario.

El marco habilitante surge del artículo 50 del Tratado de la UE, que permitía, de acuerdo con sus normas constitucionales, la retirada de un Estado de la UE. La posibilidad de un mecanismo de retirada voluntaria y unilateral de un Estado miembro ya se reflejaba en la parte dispositiva de la fallida Constitución para Europa. Como ha señalado Andrés Sáenz de Santa María (2019, p. 33), en el caso de la interpretación por parte del Tribunal de Justicia de la UE (TJ) del citado artículo 50 es esencial valorar tanto «el papel central del Estado en el proceso de integración» como el carácter libre y voluntario de la participación en el mismo, aspecto que también forma parte de los rasgos constitucionales y que justifica que el TJ considere que «si no puede obligarse a un Estado a adherirse a la Unión contra su voluntad, tampoco se le puede obligar a retirarse de la Unión contra su voluntad».

El segundo caso de desintegración europea reviste mayor complejidad. Se trata de la crisis migratoria que ocasionó un retroceso en las dimensiones sectorial y vertical de la integración europea. Esta crisis migratoria, tuvo una escala sin precedentes, ya que constituyó la mayor ola migratoria desde la Segunda Guerra Mundial. En el ámbito de la dimensión sectorial se constata que ciertos ámbitos competenciales que antes pertenecían a la esfera europea, a raíz de la crisis migratoria, viraron hacia la esfera nacional. El ejemplo más significativo del menoscabo de la dimensión sectorial se aprecia con la reintroducción de controles fronterizos entre los años 2015 y 2016 por Estados como Alemania. El Espacio Schengen, que había sido uno de los pilares clave de la integración europea, se había quebrantado al limitarse el área de libre circulación.

En la dimensión vertical también se produjeron indicios de desintegración europea, ya que la autoridad de las instituciones europeas fue gravemente menoscabada. En particular, la Comisión Europea estuvo incapacitada para hacer cumplir con el mandato de las Decisiones 2015/1523 y 2015/1601 por las que se establecen medidas provisionales en el ámbito de la protección internacional en beneficio de Italia y Grecia con el objetivo de reubicar a 160.000 solicitantes de asilo.

Otro ejemplo del menoscabo de la autoridad de las instituciones europeas fue la externalización de la gestión de fronteras. La consecuencia de este modelo de gestión para los principios y valores de la UE, como señalaron Santos Vara et al. (2023, p. 901), es que el mismo se lleva a cabo «a expensas» del control democrático, la supervisión judicial, la transparencia y, lo más importante, la protección de los derechos humanos. También entraña desafíos sin precedentes para la legitimidad de la UE en su proyección internacional.

5. Aproximación a los factores que determinan la desintegración europea

Una vez que se ha determinado el marco conceptual de la desintegración y se ha analizado las evidencias de desintegración en los últimos quince años en el ámbito europeo, se exponen a continuación los factores que la causaron. Los factores explicativos, lejos de ser excluyentes entre sí o ser objeto de delimitación precisa, son variables en constante evolución que se complementan entre sí.

En primer lugar, el resurgimiento de actores políticos con vocación euroescéptica. Como ha señalado Mudde (2009), Europa se encuentra ante el reto de asumir las consecuencias del resurgimiento de los partidos políticos de extrema derecha. Sirvan como ejemplo los casos de Estados miembro como Austria –donde el *Freiheitliche Partei Österreichs* emergió como el partido líder en las elecciones de 2024, obteniendo el 28,9% de los votos–, Italia –donde la formación *Fratelli d'Italia* llegó al poder con el 25,99% de los votos en 2022– o Hungría –donde el presidente Orbán ha ganado por cuarta vez consecutiva las elecciones– (Aktas, 2024, p. 591).

No se trata de un acontecimiento reciente la existencia de partidos de extrema derecha en la arena europea. Si bien, lo que sí resulta novedoso es la fuerza con la que han irrumpido en las pasadas elecciones europeas. Como señala De Miguel (2024), el aspecto singular con el que nos encontramos es el hecho de que «con más de 150 escaños en total entre todos los grupos de extrema derecha, la presencia de una fuerza tan potente en contra de la Unión pone el proceso de integración europea contra las cuerdas».

La influencia que los partidos de extrema derecha ejercen como potenciadores de la desintegración europea, tanto en su dimensión sectorial como vertical, lo cual se constata, especialmente, en el ámbito de la migración y asilo. En ese sentido, tomaremos como referencia el instrumento clave de la última década en la UE para gestionar la migración y establecer un sistema común de asilo, el denominado Pacto sobre Migración y Asilo (Comisión Europea, 2024). A pesar de que el mismo tiene la vocación de garantizar los derechos de las personas y que ningún país de la UE sometido a presión se quede solo, presenta claros indicios de desintegración en lo referente al pilar de solidaridad y al de cumplimiento entre Estados miembros. Como señala González Enríquez (2024), en el referido Pacto

[L]a solidaridad queda perfilada a través de un sistema muy complejo donde los Estados obligados a apoyar a los de entrada tienen tantas alternativas a su disposición que resulta poco claro o predecible cómo va a concretarse esa solidaridad. Además, está por ver que la UE tenga la capacidad de obligar a los Estados que se niegan, como Polonia, a participar en esa solidaridad en cualquiera de sus formas. (p. 6)

La segunda variable explicativa que resulta esencial para comprender la desintegración europea es la ausencia de liderazgos fuertes en la arena europea. En un tiempo pretérito, donde Francia y Alemania ejercían como fuerza motora de la integración europea, fue notable el impulso que se dio a las políticas supranacionales como el medio ambiente, la energía o seguridad y defensa, ello inicialmente en las décadas de los setenta y ochenta (Simonian, 1985).

Otro de los ejemplos que pone de relieve la influencia del eje franco-alemán para salvaguardar el modelo de integración europea es la crisis de la eurozona. En la medida en que se pretendía evitar a toda costa la caída del euro y salvaguardar el modelo económico de integración, la colaboración entre Francia y Alemania fue una variable absolutamente determinante (Degner y Leuffen, 2019, p. 89).

Sin embargo, en sentido opuesto, cuando Francia y Alemania no están dispuestas a impulsar el modelo de integración europea, es factible que se den indicios de desintegración. Esto fue exactamente lo que sucedió con la crisis migratoria de 2015, ya que, debido a la ausencia de un liderazgo potente en la arena europea que protegiera el Espacio Schengen o garantizara la solidaridad entre Estados miembros se produjo un retroceso en el modelo supranacional de la migración en la UE.

Por ejemplo, Alemania –junto con otros Estados como Dinamarca y Noruega– decidió reintroducir los controles fronterizos en sus fronteras, lo que sin duda contribuyó a la desintegración del pilar europeo de migración y asilo. Bajo determinadas circunstancias muy tasadas, vinculadas básicamente al orden público, tiene sentido reinstaurar controles fronterizos, pero coincidimos en que la prolongación injustificada de los mismos como señala Del Valle (2019, p. 97) o el hecho de que haya sido el mismo grupo de Estados miembros los que de manera reiterada introdujeran los controles (Janer, 2018, p. 930) resulta alarmante y contribuye a potenciar la desintegración europea.

El tercer factor explicativo que detectamos es la ausencia de un bien común. Con bien común nos referimos a una prioridad compartida por todos los Estados miembros. Cuando hay un bien común u objetivo compartido por todos los Estados miembros la integración europea se refuerza. Como ejemplo práctico estaría el caso de la crisis sanitaria derivada de la COVID-19, donde el objetivo común era garantizar el suministro a todos los ciudadanos europeos de vacunas, por lo que se promovió la compra de estas a nivel europeo y también se apostó por una campaña de vacunación coordinada.

Otro ejemplo es la protección del mercado común tras la retirada de Reino Unido, puesto que, en la medida en que el objetivo común era proteger el mercado común, se promovió la integración en la medida en la que se nombró a un negociador principal, se reforzó el rol de las instituciones europeas y no se llevaron a cabo acuerdos bilaterales entre Reino Unido y Estados miembros (Sánchez Gómez, 2023, p. 173; Kyriazi et al., 2023, p. 1045; y, Fabbrini, 2017).

Sin embargo, uno de los factores que explican que la crisis migratoria provocara indicios de desintegración europea fue la ausencia de un bien común a proteger. Aunque podría pensarse que la defensa de los derechos humanos y el espacio Schengen son pilares esenciales de la integración no fueron lo suficientemente relevantes para que los Estados miembros –no solo, pero especialmente los del grupo de visegrado– los consideraran una prioridad ya que se decantaron por hacer predominar sus intereses nacionales sobre los intereses europeos (Sánchez Gómez, 2023, p. 210 y p.19-21; y, Grigonis, 2016, p. 93).

6. Conclusiones

La integración europea ha sido un fenómeno analizado por la doctrina académica de forma histórica desde el ámbito del Derecho, la Filosofía, las Relaciones Internacionales o la Economía. Sin embargo, el concepto de desintegración es considerablemente más reciente, de ahí la limitación existente hoy en día sobre trabajos doctrinales al respecto. El propósito de este trabajo ha sido hacer una revisión de una parte de la literatura existente, distinguir entre otros conceptos como el de integración diferenciada y dar una aproximación a evidencias prácticas que ponen de manifiesto en qué medida la UE tiene un retroceso en su modelo de integración en algunas áreas concretas de gobernanza.

La frase de «Europa se forjará en las crisis» atribuida a uno de los padres fundadores del modelo europeo de integración, Joan Monnet, tiene un trasfondo de optimismo que da a entender que las crisis son un aliciente para reforzar el modelo de integración de la UE. Sin embargo, en la última década se ha puesto de relieve que ciertas crisis lejos de potenciar el modelo de integración europeo lo debilitan. Es el ejemplo concreto de la crisis migratoria y del Brexit, que muestran indicios de retrocesos en las dimensiones vertical, sectorial y horizontal de la integración europea. Otro de los aspectos que han sido parte de las discusiones académicas en el ámbito de Derecho de la UE son los límites no siempre claros entre el modelo de integración diferenciada y la desintegración europea. En este sentido, aunque ambos fenómenos pueden solaparse, la integración diferenciada puede actuar tanto como mecanismo de contención como de aceleración de la desintegración, dependiendo del contexto político e institucional.

En lo relativo a los factores explicativos, no hay una sola causa que provoque la desintegración europea, más bien, al contrario. Entre ellos destacan: el auge de fuerzas políticas euroescépticas, la ausencia de liderazgos sólidos a nivel europeo y la falta de un bien común claramente compartido entre los Estados miembros. Estos elementos, cuando convergen, generan un entorno propicio para el retroceso del modelo supranacional propio de la Unión.

Bibliografía

- Alcoceba, A. (2003). Del acervo comunitario y otras pizzas: contribución de la integración diferenciada a la transformación del acervo. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 7(14), pp. 97-139. <https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/9783rdc014097.pdf>
- Andrés Sáenz de Santa María, P. (2019). Un Tribunal a la altura de sus responsabilidades: el brexit ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 62, pp. 17-37. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.62.01>
- Becerril Atienza, B. (2009). The regulation of enhanced cooperation and its reform in Lisbon: Towards a model of differentiation that is closer to the community method. En J. M. Beneyto, (Ed.), *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation* (p.9-20). CEU Ediciones.
- Chalmers, D., Markus Jachtenfuchs, M. y Joerges, C. (2016). *The End of the Eurocrats' Dream Adjusting to European Diversity*. Cambridge University Press.
- Comisión Europea. (2024). Pacto sobre Migración y Asilo: Un sistema común de la UE para gestionar la migración. Disponible en: https://ec.europa.eu/info/publications/migration-asylum-pact_es
- De Miguel, B. (2024). El éxito de la ultraderecha el 9J pone a la UE contra las cuerdas. *Agenda Pública*. <https://agendapublica.es/noticia/19246/xito-ultraderecha-9j-pone-ue-contra-cuerdas>
- Degner, H. y Leuffen D. (2019). Franco-German Cooperation and the Rescuing of the Eurozone. *European Union Politics*, 20(1), pp. 89-108. doi: <https://doi.org/10.1177/1465116518814337>
- Del Valle, A. (2019). Refugiados y crisis migratorias: fronteras y desterritorialidad en las puertas de Europa. En S. Ripol Carulla (Coord.), *Jornadas sobre Derecho, Inmigración y Empresa* (pp. 89-117). Marcial Pons.
- Fabbrini, F. (2017). *EU Unity Beyond Brexit*. Carnegie Endowment for International Peace.
- González Enríquez, C. (2024). El Pacto de Migración y Asilo de la Unión Europea. Contexto, desafíos y limitaciones. *ARI* 59/2024. <https://media.realinstitutoelcano.org/wp-content/uploads/2024/05/ari59-2024->

[gonzalezenriquez-pacto-migracion-asilo-union-europea-contexto-desafios-limitaciones.pdf](#)

- Holzinger, K. y Schimmelfennig, F. (2012). Differentiated integration in the European Union: Many concepts, sparse theory, few data. *Journal of European Public Policy*, 19(2), pp. 292-305. doi: <https://doi.org/10.1080/13501763.2012.641748>
- Huysmans, M. y Van Kerckhoven, S. (2023). The Causes and Modes of European Disintegration. *Politics and Governance*, 11(3), pp. 1-4. doi: <https://doi.org/10.17645/pag.v11i3.6633>
- Janer, J. D., (2018). El restablecimiento temporal de controles en las fronteras interiores de la Unión Europea como respuesta a las amenazas al orden público ya la seguridad interior: entre la excepcionalidad y la normalidad. *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 61, pp. 899-932. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rdce.61.04>
- Krastev, I. (2012). European Disintegration? A Fraying Union. *Journal of Democracy*, 23(4), pp. 23-30. doi: <https://doi.org/10.1353/jod.2012.0066>
- Kyriazi, A., Genschel, P., Jachtenfuchs, M., y Roos, C. (2023). Quiet unity: salience, politicisation and togetherness in the EU's Brexit negotiating position. *West European Politics*, 47, pp. 1045-1071. doi: <https://doi.org/10.1080/01402382.2023.2188953>
- Lefkofridi, Z., y Schmitter, P. C. (2015). Transcending or descending? European integration in times of crisis. *European Political Science Review*, 7(1), pp. 3-22. doi: <https://doi.org/10.1017/S1755773914000114>
- Leruth, B., Gänzle, S. y Trondal, J. (2019). Exploring Differentiated Disintegration in a Post-Brexit European Union. *Journal of Common Market Studies*, 57(5), pp. 1013-1030. doi: <https://doi.org/10.1111/jcms.12850>
- Leuffen D., Rittberger, B., y Schimmelfennig, F. (2013). *Differentiated Integration. Explaining Variation in the European Union*. Palgrave.
- Lindberg, L. N., y Scheingold, S. A. (1970). *Europe's would-be polity: Patterns of change in the European Community*. Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall.
- Maillo González-Orús, J. (2009). Differentiation in the European Area of Freedom, Security and Justice. En J. M. Beneyto, (coord), *Unity and Flexibility in the future of the European Union: the challenge of enhanced cooperation* (pp. 89-105). CEU Ediciones.
- Mangas, A. (2017). Retirada de un Estado de una organización internacional: Los procesos del Brexit. *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, 94, pp. 291-314.
- Markakis, M. (2020). Differentiated Integration and Disintegration in the EU: Brexit, the Eurozone Crisis, and Other Troubles. *Journal of International Economic Law*, 23, pp. 489-507. doi: <https://doi.org/10.1093/jiel/jgaa020>
- Mudde, C. (2009). *Populist Radical Right Parties in Europe*. Cambridge University Press.
- Patberg, M. (2021). The Democratic Ambivalence of EU Disintegration: A Mapping of Costs and Benefits. *Swiss Political Science Review*, 27(3), pp. 601-618. doi: <https://doi.org/10.1111/spsr.12456>
- Princen, S., et al. (Eds.). (2024). *Política de la Unión Europea*. Cambridge University Press.
- Rosamond, B. (2016). Brexit and the Problem of European Disintegration. *Journal of Contemporary European Research*, 12(4), pp. 864-871. doi: <https://doi.org/10.30950/jcer.v12i4.772>
- Sánchez Gómez, M. (2023). *An Ever-Closer Union? Towards a comprehensive approach of the European disintegration process*. Colex.
- Santos Vara, J. (2022). Flexible Solidarity in the New Pact on Migration and Asylum: A New Form of Differentiated Integration? *European Papers*, 7, pp. 1243-1263. doi: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/621>
- Santos Vara, J.; García Andrade, P. y Molnár, T. (2023). The Externalisation of EU

- Migration Policies in Light of EU Constitutional Principles and Values: Reconciling the Irreconcilable? An Introduction to the Special Section. *European Papers*, 8, pp. 901-904. doi: <https://doi.org/10.15166/2499-8249/653>
- Schimmelfennig, F. (2018). Brexit: differentiated disintegration in the European Union. *Journal of European Public Policy*, 25 (8), pp. 1154-1173. doi: <https://doi.org/10.1080/13501763.2018.1467954>
- Schimmelfennig, F., Leuffen, D., y De Vries, C. E. (2023). Differentiated integration in the European Union: Institutional effects, public opinion, and alternative flexibility arrangements. *European Union Politics*, 24(1), 3-20. doi: <https://doi.org/10.1177/14651165221119083>
- Schmitter, P. C. (1970). A revised theory of regional integration. *International Organization*, 24(4), pp. 836-868. doi: <https://doi.org/10.1017/S0020818300007552>
- Simonian, H. (1985). *The Privileged Partnership: Franco-German Relations in the European Community 1969-1984*. Clarendon Press.
- Thym, D. (2017). Competing Models of Understanding Differentiated Integration. En De Witte, B. et al. (coords), *Between Flexibility and Disintegration: The Trajectory of Differentiation in EU Law* (9-27). Elgar Publishing.
- Urrea Corres, M. (2008). Mecanismos de integración y (des)integración diferenciada en la Unión Europea a la luz del Tratado de Lisboa. *Cuadernos Europeos de Deusto*, 39, pp. 169-190. <https://revistas.deusto.es/index.php/dt>
- Vollaard, H. (2014). Explaining European Disintegration. *Journal of Common Market Studies*, 52(5), pp. 1142-1159. doi: <https://doi.org/10.1111/jcms.12110>
- Vollaard, H. (2018). *European Disintegration. A Search for Explanations*. Palgrave Mcmillan.
- Wellings, B. (2022). Nationalism and European disintegration. *Nations and Nationalism*, 29(4), pp. 1164-1178. doi: <https://doi.org/10.1111/nana.12884>
- Zubok, V. M. (2021). *Collapse: The fall of the Soviet Union*. Yale University Press.

Percepción afectiva de la corrupción*

Affective perception of corruption

Luis Ramos**

Universidad Rey Juan Carlos

ORCID ID 0009-0001-0073-0738

luis.ramos@urjc.es

Cita recomendada:

Ramos, L. (2026). Percepción afectiva de la corrupción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 337-356.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10388>

Recibido / received: 29/07/2025
Aceptado / accepted: 18/02/2026

Resumen

En esta revisión se propone el concepto percepción afectiva de la corrupción (PAC) para poder analizar cómo las emociones suscitadas por los líderes políticos pueden distorsionar la evaluación de actos corruptos en contextos de creciente populismo. Integrando teoría y hallazgos empíricos sobre las percepciones de la corrupción, su politización, los liderazgos carismáticos y populistas, y la polarización afectiva se argumenta que la PAC opera bajo un doble estándar: mientras exagera la percepción de la corrupción de adversarios políticos, atenúa su percepción de líderes con los que los individuos simpatizan. Este fenómeno con un marcado carácter emocional es catalizado por líderes populistas, quienes instrumentalizan discursos anti-élite y erosionan mecanismos de rendición de cuentas. La revisión de la literatura demuestra que la PAC no es ningún error cognitivo, sino un mecanismo estructurado en el que las lealtades políticas y emocionales pueden anular los juicios éticos de los ciudadanos. Así, el concepto nos permite profundizar en por qué los escándalos de corrupción no siempre reciben un castigo electoral. La puesta en común de toda la literatura y la conceptualización de la PAC aporta una nueva dimensión para comprender la fragilidad democrática ante la instrumentalización afectiva de la corrupción.

Palabras clave

Percepción de la corrupción, polarización afectiva, populismo, carisma, politización de la corrupción, identidades.

* El presente artículo ha sido posible gracias a la financiación proveniente de las Ayudas para Formación de profesorado Universitario (FPU21/03549) del Ministerio de Innovación, Ciencia y Universidad del Gobierno de España.

** Luis Ramos es investigador en el Departamento de Derecho Público y Ciencias Políticas de la Universidad Rey Juan Carlos (España). Es doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos y ha sido investigador visitante de posgrado en la Universidad de Pisa. Sus principales intereses incluyen las percepciones de corrupción, los escándalos mediáticos, el populismo y los líderes políticos que se enfrentan a acusaciones de corrupción. Su trabajo ha sido publicado recientemente en [American Behavioral Scientist](#) e *International Public Management Journal*.

Abstract

This review proposes the concept of affective perception of corruption (APC) in order to analyze how emotions aroused by political leaders can distort the evaluation of corrupt acts in contexts of growing populism. Integrating theory and empirical findings on perceptions of corruption, its politicization, charismatic and populist leadership, and affective polarization, it is argued that APC operates under a double standard: while it exacerbates the perception of corruption among political adversaries, it attenuates the perception among leaders with whom individuals sympathize. This highly emotional phenomenon is catalyzed by populist leaders, who instrumentalize anti-elite rhetoric and erode accountability mechanisms. A review of the literature shows that APC is not a cognitive error, but rather a structured mechanism in which political and emotional loyalties can override citizens' ethical judgments. Thus, the concept allows us to delve deeper into why corruption scandals do not always result in electoral punishment. The pooling of all the literature and the conceptualization of PAC adds a new dimension to understanding democratic fragility in the face of the affective instrumentalization of corruption.

Keywords

Perception of corruption, affective polarization, populism, charisma, politicization of corruption, identities.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Percepciones de la corrupción. 3. Politización de la corrupción y populismo. 4. Liderazgos populistas y carismáticos. 5. Polarización Afectiva. 6. Un concepto: percepción afectiva de la corrupción. 7. Conclusiones.

1. Introducción

Los estudios sobre corrupción se remontan a hace décadas y en su gran mayoría se han enfocado sobre dos líneas de investigación principales. En primer lugar, existe un gran campo de investigación que reside en el ámbito del análisis de políticas públicas, predominante en la ciencia política. No es otro que el que estudia el impacto y la eficiencia de las diferentes reformas legislativas para prevenir la corrupción (Amick et al., 2022; Charron et al., 2017; Jiménez-Sánchez, 2023; Scott, 2013; Van Der Wal et al., 2016). En un segundo lugar, también podemos vislumbrar un segundo enfoque de investigaciones sobre corrupción, que se ubica sobre las causas de la misma y las consecuencias o impactos que tiene ésta sobre las sociedades (Dabbous y Dimant, 2018; Lambsdorff, 2006; Uslaner, 2015). Asimismo, en paralelo a estas dos líneas de investigación, existen investigadores que también están centrando sus esfuerzos en definir el propio concepto de corrupción de forma que englobe todos los enfoques académicos a través de los que se estudia –tarea que lleva desarrollándose desde los inicios de la disciplina, sin éxito (Gardiner, 2017; Kurer, 2005, 2015; Sparling, 2018).

El problema a la hora de usar el concepto de corrupción es que existen diferentes ideas sobre qué puede ser, y todas ellas se aglutinan bajo el mismo término, lo que impide que pueda existir un consenso académico y teórico para poder definir el fenómeno (Shacklock et al., 2006; Villoria, 2006). Este problema, además, redundo en el lenguaje cotidiano, lo que permite que se generen múltiples significados que, a su vez, repercuten en cómo el término corrupción es utilizado políticamente y percibido por los ciudadanos (Carassale, 2013). Así pues, el estudio de la corrupción a través de sus percepciones proporciona nuevos marcos de análisis imbricados en lo político, social y cultural, a través de los que la corrupción se convierte en un fenómeno que va más allá del abuso del poder público para la obtención de un beneficio privado (Melgar et al., 2010). A pesar de algunas limitaciones existentes en

el estudio de las percepciones de la corrupción (Escresa y Picci, 2024), estudiar la corrupción a través de sus percepciones es imperativo por el carácter exponencial que tienen sus efectos sobre las sociedades (de Lancer Julnes y Villoria, 2014).

El voto de los ciudadanos en las distintas citas electorales siempre se ha considerado el arma más poderosa para castigar comportamientos desviados de los políticos (Fiorina, 1981; Lewis-Beck y Stegmaier, 2000; Przeworski et al., 1999). Sin embargo, la literatura académica existente nos permite identificar distintos elementos a través de los que las demandas de rendición de cuentas por parte de los ciudadanos pueden verse afectadas o modificadas. Algunos de ellos son los sentimientos partidistas (Davis et al., 2004; McCann y Domínguez, 1998; McCann y Redlawsk, 2006), la existencia de distintas alternativas de voto (Charron y Bågenholm, 2016; Kurer, 2001) o la simpatía hacia los candidatos (Breitenstein et al., 2022; Von Sikorski et al., 2020).

Sin embargo, y de forma relacionada con la simpatía hacia los candidatos, no se han explorado tanto las emociones que pueden despertar los líderes políticos sobre la ciudadanía y las repercusiones que pueden tener sobre las percepciones de la corrupción. Dos recientes estudios (Castro Cornejo, 2023a, 2023b) demuestran cómo las emociones presentes en contextos polarizados afectivamente permiten a los ciudadanos percibir como corruptos a líderes/candidatos de la oposición, mientras no creen que sus líderes/candidatos preferidos puedan ser corruptos. Por ello, en este artículo se propone profundizar en las dinámicas de la política y sus emociones, y conceptualizar la «percepción afectiva de la corrupción». El objetivo principal del artículo es generar un corpus descendente y circular de literatura que permita comenzar por delimitar qué es la percepción de la corrupción y termine con cómo hay determinados agentes políticos que instrumentalizan dichas percepciones de forma afectiva, influyendo así negativamente en los juicios ciudadanos de la corrupción y en la rendición de cuentas vertical. Para ello, el artículo primeramente presenta un marco que permita entender las percepciones de la corrupción. Seguidamente se pone en relación la corrupción con el fenómeno que tiende a instrumentalizarla por excelencia: el populismo. A continuación se profundiza en el papel de los líderes populistas y cómo generan una mayor polarización afectiva a través de su discurso. Integrando todas estas dimensiones previas, se propone un concepto y su definición: la percepción afectiva de la corrupción. Por último, se presentan las conclusiones, detallando cómo la instrumentalización emocional de la corrupción permite una atención selectiva y una normalización de esta.

2. Percepciones de la corrupción

La corrupción es un concepto móvil que, más allá de interpretaciones jurídicas –en el campo de estudio del derecho– o de definiciones en el marco de las políticas públicas dentro de la ciencia política, queda marcada por las propias creencias de los ciudadanos sobre qué es un acto corrupto y qué no (Olken, 2009). En un plano esencialista, Dobel (1978) define la corrupción como la falta de compromiso por parte de determinados actores estatales en pos del bien común. Esa falta de compromiso no es otra que una indiferencia moral respecto a las acciones propias sobre las instituciones que conforman un Estado, los símbolos que representan a su ciudadanía o hacia las iniciativas destinadas a mantener o mejorar las condiciones de vida de ésta última. Según el autor, la corrupción sería una falta de compromiso cívico sobre la forma de concebir y tratar el bienestar colectivo, con unos efectos perjudiciales sobre la propia sociedad. En un trabajo posterior, el autor configura una primera definición esencialista de la corrupción alrededor de las acciones éticas desviadas por parte de individuos con una responsabilidad pública, pero también como un problema sistémico con importantes efectos sobre la legitimidad de la propia democracia

(Dobel, 1999). De esta forma, Dobel no ubica solo la conceptualización de la corrupción sobre el porqué de esta, sino también sobre sus percepciones sociales. Es a través de ellas como se configura la legitimidad de los sistemas democráticos, y por ende, su análisis nos permite profundizar sobre el funcionamiento y la eficiencia de la democracia.

Tradicionalmente, los estudios sobre corrupción han entendido o asumido que los ciudadanos tenderán a castigar a políticos corruptos siempre y cuando tengan la opción de hacerlo. La propia percepción de la corrupción por parte de la ciudadanía ha sido entendida como un motor de cambio a través de la que se puede castigar a políticos con comportamientos desviados y reemplazarlos por representantes honestos, en línea con los modelos de voto clásicos (Key, 1966; Przeworski et al., 1999). Sin embargo, si este modelo causa-efecto funcionara eficientemente, no presenciaríamos cada vez más ciclos electorales en los que candidatos y/o partidos condenados o investigados por corrupción consiguen aplastantes mayorías o, al menos, mantienen una importante representación electoral. Así, el estudio de la corrupción mediante sus percepciones, en muchas ocasiones, necesita de una comprensión sociológica que nos permita entender sus connotaciones políticas y sociales (Kubbe et al., 2024; Marquette y Peiffer, 2019).

Para abordar este problema, de Vries y Solaz (2017) proponen una revisión del modelo. En vez de entender que los ciudadanos tienden a evaluar, en primer lugar, la corrupción como un todo perjudicial para la sociedad, los autores proponen que esas evaluaciones están condicionadas por dos elementos. En primer lugar, destacan la experiencia con la corrupción, entendida como la forma en la que cada ciudadano puede obtener información sobre los casos de corrupción que se producen en un país. Consideran que los ciudadanos pueden aprender y conocer la corrupción a través de la experiencia personal con ella, o bien a través de fuentes indirectas como los medios de comunicación (como demuestran por ejemplo, Charron y Annoni, 2021; Ferraz y Finan, 2008; Klačnja et al., 2016; Seligson, 2006).

Una vez superada la experiencia con la corrupción, de Vries y Solaz (2017) proponen una segunda fase, a la que denominan atribución de culpa (p. 397). Basados en Taylor y Doria (1981), consideran que la atribución de culpa es un proceso a través del que los votantes son capaces de ubicar la responsabilidad de diversos fenómenos políticos, como lo es la corrupción, en los propios actores políticos. Sin embargo, los autores consideran que este proceso no es lineal: aunque un político o un partido pueda ser investigado o condenado por corrupción, los votantes tienden a utilizar inconscientemente mecanismos psicológicos a través de los que pueden modular la atribución de responsabilidad. La principal forma de socialización política es a través de los partidos (Campbell et al., 1980), lo que permite a los individuos generar una fuerte identidad que moldea sus percepciones de los eventos políticos y sus comportamientos y reacciones a tenor de los mismos (Enns y McAvoy, 2012; Gerber et al., 2010; Mason, 2015). La identidad partidista no solo modula la atribución de culpa, sino que también funciona como un sesgo perceptual que entra en juego a la hora de interpretar la realidad social y política. Estos sesgos no solo se activan a la hora de evaluar a los adversarios por parte de los individuos, sino que también lo hacen sobre algunos fenómenos relativamente verificables –los denominados *performance issues* tales como el desempleo o la inflación. Es lo que se denomina en literatura como *partisan perceptual bias*: divergencias en creencias sobre la realidad política cuando los individuos interpretan la información en función de sus sentimientos partidistas y del entorno informativo (Bartels, 2002; Jerit & Barabas, 2012). De esta forma, las evaluaciones de los casos de corrupción de partidos con los que los individuos no simpatizan suelen ser mucho más negativas y rápidas (por ejemplo, Anduiza et al., 2013). Incluso los simpatizantes de un partido

pueden llegar a pensar que los miembros del mismo tienen menos posibilidades de involucrarse en actividades corruptas (Beaulieu, 2014; Dulay y Lee, 2024). En cambio, si la corrupción se produce en un partido o en el gobierno con el que los individuos sienten una mayor cercanía, el castigo electoral suele ser más laxo (Agerberg, 2022; Tverdova, 2011). Es lo que Simonovits et al. (2020) denominan hipocresía democrática, basados en la distinción entre *principled democrat individuals* –quienes castigan todo tipo de actitud que erosiona la democracia– e *instrumental* –quienes solo castigan actitudes antidemocráticas si las realizan individuos de un partido opositor– realizada por Graham y Svobik (2020).

Asimismo, existe a su vez un corpus de literatura académica que nos permite conocer que las distintas características sociodemográficas de los individuos también influyen sobre la forma en que los individuos interpretan y, después, castigan la corrupción. Entre otros, el género del individuo es un factor que determina en gran medida la tolerancia a actividades corruptas, siendo las mujeres quienes tienden a tolerar mucho menos las desviaciones éticas de los políticos, en comparación con los hombres (Alexander et al., 2020; Eggers et al., 2018; Swamy et al., 2001). De la misma manera, el nivel de educación también influye sobre la condena de la corrupción: los individuos más formados o con un nivel educativo más alto tienden a estar más y mejor informados sobre política, lo que les permite tener una evaluación más «objetiva» de la corrupción (Johnston, 1986; Melgar et al., 2010).

El rol y la cercanía con los candidatos también supone un elemento central tanto en la atribución de culpa, como en la decisión de castigar o no la corrupción –tercera y última fase propuesta por de Vries y Solaz (2017). Los individuos pueden sentir cercanía por un líder o candidato político por muy diversos motivos: afinidad ideológica, identidad partidista o incluso por su carisma. Si un líder estuviera involucrado en un escándalo de corrupción, lo normal sería pensar que los lazos que forjan sus simpatizantes con él podrían romperse y dejar de tener apoyo político. Sin embargo, estudios recientes demuestran el caso contrario: los candidatos no siempre suelen dejar de tener apoyo por la corrupción percibida. Si los ciudadanos perciben un beneficio personal derivado de que el líder político se mantenga en el poder, tenderán a seguir apoyándolo a pesar de la corrupción (Breitenstein y Hernández, 2025; 2015; Klačnjak et al., 2018). Un ejemplo es el caso de los escándalos personales, como detallan Lee et al. (2023) en su estudio sobre los escándalos que afectaban al primer ministro canadiense Justin Trudeau –los cuales se debe aclarar que no eran casos de corrupción. En su artículo, demuestran como los partidarios del partido Liberal canadiense gozaban de una predisposición mayor a perdonar sus escándalos a través de la generación de opiniones parciales o sesgadas a la hora de juzgar los hechos. La predisposición para perdonarlos únicamente se producía entre aquellos partidarios que consideraban necesario a Trudeau para evitar que los conservadores accedieran al poder. Este patrón, observable en escándalos menores, opera con mayor intensidad ante casos de corrupción: la lealtad identitaria subordina la ética cuando prevalece la utilidad política percibida.

En conjunto, estos hallazgos revelan que las percepciones sociales de la corrupción pueden ser selectivas y parciales, mediadas por muchos y muy distintos elementos políticos, culturales y sociales. Sin embargo, esta parcialidad en las percepciones no tiene por qué emerger de la nada: la percepción de la corrupción puede ser –y normalmente es– instrumentalizada por la política como arma electoral. A continuación, se presenta un marco a través del que se analiza cómo la política instrumentaliza esas percepciones.

3. Politización de la corrupción y populismo

Si bien hasta el momento se ha analizado desde una perspectiva bottom-up el conjunto de aspectos que influyen sobre las percepciones de la corrupción, en este apartado se propone un enfoque top-down. La corrupción, como tema de agenda pública e *issue* político, no está exenta de su instrumentalización política. De hecho, es un *issue* politizado puesto que suele ser un tema de gran relevancia en el debate público, la discusión política sobre la ella suele estar polarizada y tiene una naturaleza, per se, política (de Wilde, 2019; Hutter et al., 2016; Marchetti y Stanziano, 2024). Sberna y Vannucci (2013) definen la politización de la (anti)corrupción como un «incremento en la polarización de las opiniones, intereses o valores sobre las investigaciones judiciales y el grado en que esta polarización se utiliza estratégicamente por los partidos, líderes políticos y los medios de comunicación» (p. 566). A través de la politización, los partidos y los líderes pueden tener un impacto sobre la rendición de cuentas electoral, así como pueden reducir el impacto del castigo electoral a tenor de la corrupción. En suma, la politización de la corrupción es el uso político y discursivo deliberado –en mayor medida por partidos y candidatos a la derecha del espectro político– de las políticas anticorrupción, basado en acusar a los oponentes políticos de ser corruptos y dejando entrever que sus acciones son algo ilegal o, al menos, moralmente cuestionables (Bågenholm y Charron, 2014). Si bien la corrupción es susceptible de ser politizada por distintos actores políticos, hay un tipo específico de actor cuya esencia reside en ello: los líderes populistas.

Como bien reconoce Sánchez Berrocal en su aproximación al concepto «populismo» (2021, p. 306), la conceptualización del término goza de una importante heterogeneidad tanto en el ámbito académico como en el de la opinión pública. No existe una definición común que permita una verdadera operacionalización del concepto para su análisis; y la instrumentalización política que se hace del mismo tampoco ayuda a definir claramente qué es (Frosh et al., 2022). Pappas (2019) reflexiona sobre la idea de la existencia de fenómenos populistas en las democracias liberales, y lo define como «la idea de que la soberanía pertenece a la gente/pueblo sin tener en cuenta las instituciones» (p. 33). En un ejercicio de reducir el concepto a su esencia, define populismo por su principal elemento: la construcción social llevada a cabo por distintos actores políticos a través de cuatro elementos que convergen en el «pueblo». El primero de los elementos es la idea de que «pueblo», entendido como un constructo social (Berger y Luckmann, 1994), permite formar mayorías políticas, entendidas como masas de personas que dotan a un actor político de una mayoría electoral. En segundo lugar, «pueblo» debe ser un todo homogéneo, un alma colectiva que no permita la existencia de diferencias políticas o ideológicas. Consecuentemente, el tercer elemento que define al «pueblo» es el sentimiento contrario a la existencia de instituciones impersonales en un sistema democrático. Por último, el constructo social del «pueblo» se distingue de lo ajeno a él mediante la consideración de unos valores morales superiores y correctos.

Puesto en común con los principios de la democracia liberal, Pappas considera que si bien el populismo no es algo que se oponga a la democracia, sí se erige como «iliberal» al oponerse al pluralismo, el respeto de las minorías, a la moderación o al estado de derecho. Sin embargo, el autor asume la existencia del populismo como una ideología, mientras que la realidad académica es otra: existe un debate no superado, latente, sobre qué es exactamente (Kefford et al., 2022). Existen diversos enfoques que ubican al fenómeno, efectivamente, como una ideología (Mudde, 2004); pero también aquellos que consideran que es un estilo retórico y político ajeno (Moffitt, 2016) o una estrategia política que permite a una serie de líderes acceder al poder (Weyland, 2001). De forma que se pueda entender la instrumentalización política que hacen los distintos líderes populistas de la corrupción,

primero se ha de delimitar el concepto. Para ello, a continuación, se presenta el populismo a través de dos de sus más importantes aproximaciones.

El populismo entendido por su componente ideológico se trata de la corriente mayoritaria en el ámbito de la ciencia política. Comenzó a ser teorizado por Canovan (1999) y Cas Mudde (2004), y posteriormente fue desarrollado por Stanley (2008) o Mudde y Rovira-Kaltwasser (2017). Todos estos autores entienden el populismo como una ideología «delgada» cuyo principal eje ideal es la consideración de una sociedad dividida en dos grupos homogéneos y antagonistas: la «gente pura» y la «élite corrupta». Entender el populismo como ideología es asumir que la política solo tiene una función, la de expresar la '*volonté générale*' de la gente (Mudde y Rovira Kaltwasser, 2017, p. 27). El uso del adjetivo «delgado» deviene de la maleabilidad de la propia ideología populista. Si bien el populismo se entiende como un conjunto de ideas normativas a través de las que se concibe «cómo debería ser» una sociedad, se nutre de elementos de otras ideologías para poder dar respuesta a realidades políticas, económicas y sociales que el antagonismo social no puede solucionar –en lo que se consideran las *host ideologies*.

Para la aproximación idealista al populismo la idea de «pueblo» es imprescindible, pero de la misma manera lo es la construcción de la «élite». Este segundo constructo social se genera a través de la atribución de un significado moralmente negativo. Se erige como un enemigo oculto que impide la progresión y el bienestar del pueblo, como un establishment en el que caben todo tipo de individuos siempre en relación a la forma de acaparar el poder. La élite es corrupta porque no dudará en llevar a cabo actividades contra la voluntad general el pueblo con tal de perpetuarse en el poder y mantener unos privilegios contrarios al bienestar colectivo.

Sin embargo, existen dudas en la academia sobre la categorización del populismo como una ideología. Es por ello que existe otra corriente predominante en el ámbito de la sociología que concibe el populismo como un estilo para hacer política o una forma de dirigirse a la ciudadanía y relacionarse con los individuos. Este enfoque nace de la mano de académicos como de la Torre (2010) o Moffitt (2016), y uno de sus principales exponentes en la actualidad es Ostiguy (2017, 2020). La principal crítica del autor al enfoque idealista del populismo es su incapacidad, por la ausencia de ideas reales inherentes al mismo, de dar respuesta a políticas públicas, principios del derecho o, incluso, a generar una visión del mundo desde el punto de vista ontológico. Considera que existen populismos a lo largo de todo el espectro ideológico, todos ellos diferentes entre sí, lo que impide aglutinarlos bajo una misma ideología.

Ostiguy (2020) considera pues que el populismo es una forma de hacer política cuya base se encuentra en la capacidad de generar lazos emocionales fuertes con un conjunto de seguidores. Se trata así de un fenómeno relacional tras el que se esconde una verdadera ideología. El autor considera que la forma de generar dichos lazos emocionales con los seguidores es a través de la performatividad en el discurso y el estilo político, para lo que se refiere a los conceptos de *low politics* –una forma de hablar, gestos, estilos cercanos al pueblo que permitan la identificación de los seguidores– y *high politics* –justo lo contrario, lo que permite identificar a la élite o minoría que amenaza a la gente común. A pesar de las diferencias, la construcción del discurso es similar: existen un conjunto de personas que no solo tienen por qué ser políticos, cuyos intereses son diametralmente opuestos a los de una mayoría social; y que necesitan el poder del Estado para mantenerlos.

Para evitar esta dicotomía entre enfoques predominantes, algunos académicos han intentado ponerlos en común. Es el caso de de Vreese et al. (2018),

quienes consideran que ambas posturas pueden combinarse si el enfoque desde el que parten es el de la comunicación. Los autores creen que hay una serie de ideas que permiten al populismo constituirse como una ideología más, pero que ha de estar centrada en su eje principal: la comunicación y el discurso a través de los cuales un líder político puede conseguir sus objetivos. Basados en Hawkins et al. (2012), consideran que el populismo no es una ideología capaz de transmitir una cosmovisión del mundo per se, sino que es a través del lenguaje la manera en que se pueden trasladar esas ideas al público. Así, el populismo será un ideología siempre que se vertebre a través de un discurso que antagonice a una élite contraria a la identidad del pueblo (Aalberg y de Vreese, 2016; Kriesi, 2014). Si el discurso es lo que vertebra el populismo, entonces la instrumentalización política de la corrupción es la quintaesencia del mismo.

El segundo elemento en común de ambos enfoques es la necesidad de la existencia de un actor político que sea capaz de canalizar el discurso, desarrollar el estilo y generar un lazo emocional con el público: el líder carismático. Si bien tanto el enfoque idealista como el relacional reconocen que no siempre es necesaria su existencia, ambos consideran que es recomendable para el triunfo de los objetivos últimos del populismo. Asimismo, el líder carismático será el encargado de suscitar las emociones entre los seguidores y, en última instancia, será quien politice la corrupción inherente al discurso populista.

4. Liderazgos populistas y carismáticos

La primera teorización sobre la existencia del liderazgo carismático se remonta a Max Weber (2002), quien lleva a cabo una diferenciación entre los tipos de legitimidad que puede existir en un Estado, arguyendo la existencia de una muy específica: la carismática. Se trata de un tipo de legitimidad con la capacidad de adaptarse fácilmente a las crisis, pero con la dificultad de institucionalizarse y pervivir a lo largo del tiempo. Además, el sociólogo considera que la legitimidad carismática, en su tipo más puro, se ha de personificar en la figura de un líder que se erija como salvador del pueblo ante una situación de crisis. El carisma, además, no será un elemento inherente al líder, sino que será otorgado por sus seguidores en relación a un vínculo emocional creado (Conger y Kanungo, 1987; Meindl, 1995).

A priori, la conceptualización de carisma propuesta por Weber parece algo abstracta. Es por ello que autores contemporáneos se han propuesto redefinirlo mediante elementos medibles. Pappas (2016) propone cuatro elementos para delimitarlos: un líder será carismático si es capaz de (1) tener el control orgánico sobre un movimiento o partido político respetando la democracia interna, si (2) la relación entre seguidores y líder es directa y goza de un componente emocional, si (3) su discurso gira en torno a la subversión de un orden establecido mediante la deslegitimación de sus instituciones y si (4) sus intenciones residen en la creación de un nuevo régimen o mandato constitutivo (p. 4). A ello se le suman las características propuestas por Eatwell (2018), quien define los liderazgos carismáticos como aquellos inherentes a movimientos populistas de extrema derecha bajo cuatro premisas. El autor considera que este tipo de líderes deben aparentar (1) tener una misión radical que les permita presentarse como salvadores, (2) tener una confianza magnética y una importante presencia personal, así como (3) una forma de presentarse como individuos comunes, a pesar de no serlo; y (4) tener un discurso maniqueo que deslegitime actores e instituciones del propio sistema –como partidos– y externos –como la inmigración, con un carácter de exclusión.

De esta forma, los autores se muestran en línea con varios elementos. En primer lugar, asumen la idea de Albertazzi y McDonnell (2008), relacionada con los

distintos enfoques teóricos del populismo: no todos los movimientos populistas cuentan con líderes carismáticos, pero la existencia de un líder carismático lo convertirá directamente en populista. De hecho, investigaciones recientes demuestran que uno de los factores de éxito del populismo es la existencia de líderes carismáticos (Jansen, 2011; McDonnell, 2016). En segundo lugar, la delimitación y ubicación de Eatwell (véase también Lubbers et al., 2002; Rooduijn et al., 2024) en la derecha populista y el discurso maniqueo de la deslegitimación encaja con lo propuesto por Bågenholm y Charron (2014): normalmente, la tendencia a politizar la corrupción se ubica en la derecha del espectro ideológico. De hecho, la mayor parte de los partidos populistas que triunfan o perviven en el tiempo son los de derecha radical o extrema derecha, como *Dansk Folkeparti* en Dinamarca o *Lega Norte* en Italia (Favero, 2022; Metz y Plesz, 2023), gracias a la identificación emocional que estos líderes son capaces de generar con el público (Van Kessel, 2015; Wodak, 2015).

Por hacer un pequeño resumen hasta ahora: sabemos que las percepciones de la corrupción no dependen únicamente de la corrupción en sí, sino de los factores individuales que median entre corrupción percibida y evaluación de la misma. También sabemos que los partidos y los líderes tienden a politizar discursivamente la corrupción con el ánimo de obtener una ventaja política respecto a los oponentes. En este sentido, se concibe a los actores populistas como los grandes politizadores de la corrupción (Cheeseman y Peiffer, 2025; Engler, 2020). Además, no es simplemente el populismo el que politiza la corrupción, sino que los movimientos populistas necesitan de un líder que pueda crear un lazo emocional con los seguidores. La pregunta que surge, entonces, es cómo consiguen llevar a cabo esa politización de la corrupción a través de los vínculos emocionales desarrollados por el líder. La respuesta se halla en la polarización afectiva.

5. Polarización afectiva

Desde sus inicios, el uso del término polarización ha suscitado algunas críticas. En particular, el concepto polarización surge de la necesidad de dar una explicación a la existencia de una cada vez más pronunciada distancia ideológica que se producía en las élites políticas a la hora de poder medir la forma de producir y desarrollar políticas públicas, así como las diferencias en sus preferencias; y sus impactos sobre la sociedad (Fleisher y Bond, 2001; Hetherington, 2001). La principal crítica (como por ejemplo, Fiorina et al., 2005) residía en que aparentaba muy ambicioso y complicado que la ciudadanía pudiera polarizarse como consecuencia del comportamiento de los políticos, entendiendo que modelos como el de Downs (1957), espacial del voto, seguían vigentes y que la mayor parte del electorado tendía a ubicarse en posiciones moderadas o de centro.

Sin embargo, hay académicos que han ido un paso más allá para explicar los posibles efectos de la polarización sobre la población, argumentando que la polarización no necesariamente tiene por qué ser ideológica. Iyengar et al. (2012) acuñan el concepto «polarización afectiva» basado en la teoría de la distancia social de Bogardus (1947). La distancia social se entiende como la separación afectiva latente que existe entre un individuo respecto de otro individuo o grupo, considerada como una menor predisposición del primero a tener una relación con el/los segundos. En el centro de la teoría se ubica la afectividad: los individuos no quieren tener relación con otros debido a la percepción de un sentimiento o afecto negativo hacia ellos.

El concepto de distancia social permite, por ende, comprender mejor cuándo los individuos están dispuestos a relacionarse con los demás. Para ello, Iyengar et al. (2012) acuden a la teoría de la identidad social (Billig y Tajfel, 1973; Tajfel, 1970; Tajfel

et al., 1971; Tajfel y Turner, 2000), que indica que los individuos tienden, por si solos, a diferenciarse en grupos separados a partir de los que, poco a poco, van construyendo una identidad con la que se pueden identificar. Esta identificación permite a los individuos favorecer inconscientemente a los miembros de su grupo y desarrollar afectos hacia el grupo identitario y sus integrantes. Así, las acciones de los individuos tienden a orientarse a satisfacer sus propios intereses intra-grupales. Además, los autores también identifican que los miembros de los distintos grupos tienden a compararse socialmente con los integrantes de otros grupos como forma de generar y potenciar su autoestima. De esta manera, nacen lo que los autores consideran la identidad o endogrupo, y los individuos ajenos a la identidad o exogrupo.

De esta forma, Iyengar et al. (2012) acuñan el concepto de polarización afectiva como la distancia afectiva existente entre individuos que se identifican con un partido político (endogrupo) y los individuos que se identifican con un partido opositor (exogrupo), siendo desarrollado posteriormente en profundidad por Iyengar et al. (2019). Los autores consideran que «el mero hecho de identificarse con un partido político es suficiente para desarrollar evaluaciones negativas del opositor, y la exposición continuada a campañas en medios de comunicación refuerza esta predisposición» (2012, p. 3). Mediante esta primera investigación, llevada a cabo en Estados Unidos, los autores demuestran que los individuos, tanto demócratas como republicanos, pueden tener posiciones parecidas en algunos *issues* políticos y aun así, pueden llegar a tener emociones o afectos negativos hacia los integrantes de una identidad distinta. Destacan el papel esencial de la retórica de la élite política, cargada normalmente de negativismo hacia el exogrupo, como detonante de esos afectos negativos.

Es necesario subrayar que la polarización afectiva no se limita únicamente a la distancia emocional respecto al exogrupo, sino que también es necesario tener en cuenta que la animadversión partidista suele correlacionar con estereotipos y percepciones de la realidad distorsionadas relacionadas con quiénes componen esa identidad ajena al endogrupo. De hecho, en su estudio en Estados Unidos, Ahler y Sood (2018) muestran cómo los ciudadanos tienden a sobrestimar rasgos identitarios estereotípicos de votantes del partido contrario respecto al que se identifican, desarrollando *misperceptions* asociadas al sesgo partidista y basadas en la lealtad al endogrupo y la percepción extremista del exogrupo.

Sin embargo, la conceptualización de la polarización afectiva nos permite profundizar directamente en el discurso populista. En términos de polarización, la distinción llevada a cabo por los líderes populistas entre nosotros/el pueblo contra ellos/la élite corrupta no es más que la generación de una identidad colectiva, un endogrupo, enfrentado no tanto ideológicamente a la élite o al establishment, sino al propio grupo del que estos últimos forman parte. El discurso populista se imbrica en la generación de una distancia social cada vez mayor que permite la creación de identidades cada vez más separadas e irreconciliables, que se hace eco de un constante negativismo hacia un exogrupo cuyos intereses son opuestos a los del endogrupo, y que es catalogado como corrupto (McCoy et al., 2018). El discurso, así, consigue generar emociones negativas entre los seguidores del líder populista (Betz, 2020; Bonikowski y Gidron, 2016). Algunos estudios demuestran cómo los partidos de derecha radical o extrema derecha son los que, en mayor medida, consiguen provocar este tipo de sentimientos entre sus seguidores, fomentando una mayor fractura social (Harteveld, 2021; Harteveld et al., 2022).

Aun así, no es necesariamente la identificación con partidos (tampoco populistas) la que produce polarización afectiva entre sus seguidores. Un corpus de literatura académica reciente también considera que la identificación con los líderes

puede generar esta distancia social (véase Adams et al., 2023; Ferreira Da Silva y Garzia, 2024). La personalización de la política, entendida como la adopción de un rol central de los líderes políticos en política derivada, en gran medida, de la erupción de la televisión como principal medio de comunicación de masas (Garzia, 2014), permite que las identidades políticas de los ciudadanos vayan reconfigurándose alrededor de los candidatos. De esta manera, los partidos comienzan a tener un rol secundario, de apoyo y estructura para los líderes (Garzia, 2011; Pedersen y Rahat, 2021).

Estas dinámicas también se consolidan en el ámbito del populismo. Pérez-Rajó (2025) demuestra que no es la identificación con los partidos populistas lo que incrementa la polarización afectiva, sino que son las propias actitudes populistas las que polarizan afectivamente. Nai et al. (2025), por su parte, demuestran que las personalidades «oscuras» de los candidatos –una conceptualización cercana a la idea y componentes del carisma– permite que los niveles de polarización afectiva de los individuos que simpatizan con un candidato aumenten. Metz y Plesz (2025), por su parte, ponen en común la vinculación de los liderazgos carismáticos, la retórica populista de estos y cómo consiguen polarizar afectivamente a la población para el caso húngaro. Descubren que, si bien la identidad partidista juega un rol esencial en la creación de los vínculos emocionales con el líder carismático, es la idealización del líder la que intensifica la polarización afectiva. Por último, Solaz et al. (2019) demuestran que los individuos son capaces de apoyar a candidatos corruptos siempre y cuando compartan una misma identidad generada. Sugieren que es muy probable que los candidatos condenados o inmersos en escándalos de corrupción puedan seguir manteniendo apoyo popular siempre que su discurso sea identitario, eludiendo así la rendición de cuentas electoral.

6. Un concepto: percepción afectiva de la corrupción

Toda la literatura académica recopilada en este artículo evidencia que las percepciones de la corrupción y el posible castigo social que se derive de ellas no es algo neutro. Por ello, se propone el concepto «percepción afectiva de la corrupción» (PAC), que emerge como una síntesis de todos los fenómenos explicados hasta el momento: los elementos que influyen sobre las percepciones y evaluaciones sociales de la corrupción, la instrumentalización y politización de la corrupción, el discurso populista y la influencia emocional de los líderes carismáticos, y la prevalencia, cada vez mayor, de la polarización afectiva. La PAC permite trascender de un aproximación cognitiva, evaluativa o incluso racional de la corrupción, incorporando así una dimensión emocional que reside en la existencia de identidades sociales que modulan la comprensión y el castigo de los actos de corrupción.

Así, se define percepción afectiva de la corrupción como el proceso sociocognitivo mediante el cual la evaluación de actos corruptos es distorsionada por emociones polarizadas (ej. lealtad/aversión) hacia actores políticos, generando un doble estándar: se exagera la percepción de corrupción en adversarios (exogrupo), mientras se atenúa o normaliza en aliados (endogrupo). Este fenómeno es catalizado por liderazgos carismáticos con un estilo populista que instrumentalizan la corrupción como recurso discursivo para consolidar identidades antagónicas y desactivar mecanismos de control democrático.

Mediante este concepto se profundiza en las percepciones sociales de la corrupción. Hasta ahora se sabía que la relación entre existencia de corrupción y evaluaciones/condena de la misma no es una relación causa-efecto, y que la corrupción no implica necesariamente una condena social. También se sabe que las evaluaciones de la corrupción están medidas por sentimientos partidistas, por la información mediática e incluso por características sociodemográficas. En cambio, la

incorporación de los afectos al entendimiento de las percepciones permite entender las predisposiciones emocionales y de lealtad que los individuos pueden llegar a tener, incluso contradiciendo evidencias empíricas.

La génesis de la PAC se encuentra ligada a la polarización afectiva, mediante la cada vez mayor separación de identidades políticas y sociales en un «ellos» y «nosotros», impulsada por la élite política. Ello crea un terreno fértil para que las acusaciones de corrupción sean procesadas por los individuos mediante un prisma identitario que, como hemos detallado, tiende a favorecer al endogrupo antes que al exogrupo. Así, la corrupción deja de ser evaluada de forma neutral, siendo reinterpretada de forma que se adapta a las lealtades partidistas o del liderazgo. La teoría del razonamiento motivado (Kunda, 1990; Taber y Lodge, 2006) desempeña un papel esencial, la cual nos indica cómo, ante realidades similares, los individuos tienden a llevar a cabo una interpretación diferente en función de sus filias políticas. De esta forma, los individuos consiguen aliviar sensaciones de incomodidad ante informaciones que no se alinean con sus valores o creencias previas.

En síntesis, la PAC, al igual que la percepción de la corrupción en general, no es un reflejo fidedigno de los niveles de corrupción de un país; sino que se trata de una construcción social y emocional, influenciada profundamente por el discurso, las identidades y los líderes políticos. El concepto permite explicar por qué, en línea con de Vries y Solaz (2017), a pesar de que la corrupción causa un rechazo generalizado, esta deja de ser castigada electoralmente. Así, mientras que tradicionalmente la corrupción se ha considerado un *valence issue* o tema transversal (Curini, 2018; Stokes, 1992; Stokes, 1963) –entendidos como asuntos políticos sobre los que existe un consenso generalizado positivo o, en este caso, negativo que no genera divisiones ideológicas o partidistas entre los votantes dado su alto nivel de importancia– podemos comprobar cómo poco a poco se va transformando en un tema posicional alejado del consenso social.

7. Conclusiones

Desde la primera década del S XXI, la ciudadanía de distintos Estados democráticos está experimentando un auge del apoyo popular a líderes y partidos populistas en su mayoría de derecha radical y de extrema derecha (Bergh y Kärnä, 2022; Betz, 1994; Inglehart y Norris, 2016; Mudde, 2024; Stockemer et al., 2018). Tal es así que en el último informe del Instituto V-Dem (Universidad de Gotemburgo) se ha conocido que 2024 ha sido el primer año de las últimas dos décadas en el que el total de democracias existentes en el mundo (88) es menor al total de autocracias existentes (91). Además, el mismo informe reconoce que las democracias liberales en el planeta se han convertido en el subtipo de régimen político menos común, ascendiendo a un total de 29 (Angiolillo et al., 2025). Estudios similares, como los ya citados Rooduijn et al. (2024) ilustran los exponenciales incrementos de voto a partidos populistas, pero sobre todo a partidos populistas de derecha radical –al menos en Europa.

La fragilidad de los sistemas democráticos no es algo nuevo para la academia. En su estudio seminal *La Quiebra de las Democracias*, el prestigioso Juan Linz (1989) ya adelantaba que los sistemas democráticos en los que vivimos, tal y como los conocemos, tienen mayores posibilidades de extinguirse que de sobrevivir por la cantidad de condicionantes perversos a los que se pueden enfrentar constantemente. Linz detallaba algunos de esos elementos de quiebra de las democracias, como la poca eficiencia del sistema para gestionar crisis sobrevenidas, la polarización exacerbada, el debilitamiento institucional o la existencia de actores políticos e institucionales semi-deseleales o deseales. Es al describir a estos últimos cuando el académico menciona, por primera y última vez, la corrupción en su obra, aludiendo a

que serán actores (políticos) desleales aquellos que, desde la oposición ubiquen «a su contrario colectivamente como un instrumento de grupos extranjeros secretos y conspiradores –comunismo, los masones, el capitalismo internacional...» (1989, pp. 62-63). Así, Linz consideraba uno de los elementos de quiebra democrática a quien instrumentalizara la corrupción para su propio beneficio político.

A través de este artículo se ha mostrado cómo la percepción de la corrupción es un fenómeno mediado por emociones e identidades políticas, no por evaluaciones objetivas. A través de la descripción de la PAC, se consigue integrar, por un lado, los sesgos en las evaluaciones de corrupción fruto de la lealtad partidista y a los líderes políticos, a través de los vínculos emocionales que generan distintos actores como los líderes carismáticos. Se convierte, así, en una forma de operacionalizar ese riesgo democrático que Linz vislumbra. Además, se introduce el discurso populista como instrumentalizador de la corrupción como arma política, que estigmatiza al contrario de manera exacerbada y reduce el fenómeno a un mero eje discursivo. Es a través de la polarización afectiva como la corrupción se resignifica, generando identidades antagónicas e irreconciliables.

Así, la PAC es un proceso a través del que los individuos, influenciados no solo por las identidades partidistas, sino también por las sociales y por los vínculos emocionales que suscitan los líderes políticos carismáticos y populistas, pueden interpretar de manera sesgada la gravedad de los actos de corrupción. De esta forma, los individuos pueden llegar a tolerar las trasgresiones éticas o legales llevadas a cabo por los líderes y/o representantes con los que simpatizan –siempre y cuando hayan construido una identidad, y condenar y tener una animosidad más fuerte hacia líderes y/o representantes del exogrupo.

El concepto nos permite entender que la corrupción y sus percepciones pasan a ser temas posicionales en un campo de batalla identitario. La percepción afectiva de la corrupción no es un error cognitivo, sino un mecanismo político estructurado que convierte hechos objetivos en un relato ambiguo a través del que la lealtad anula la carga ética de los hechos. Entender este fenómeno es crucial para fomentar la salud de las democracias en contraposición a la erosión institucional, política y social que supone la corrupción y su instrumentalización.

Bibliografía

- Aalberg, T., y de Vreese, C. S. (2016). Introduction. Comprehending Populist Political Communication. En T. Aalberg, F. Esser, C. Reinemann, J. Strömback, y C. S. de Vreese (Eds.), *Populist Political Communication in Europe* (pp. 1-9). Taylor & Francis.
- Adams, J., Bracken, D., Gidron, N., Horne, W., O'Brien, D. Z., y Senk, K. (2023). Can't We All Just Get Along? How Women MPs Can Ameliorate Affective Polarization in Western Publics. *American Political Science Review*, 117(1), 318-324. <https://doi.org/10.1017/s0003055422000491>
- Agerberg, M. (2022). Corrupted Estimates? Response Bias in Citizen Surveys on Corruption. *Political Behavior*, 44(2), 653-678. <https://doi.org/10.1007/s11109-020-09630-5>
- Ahler, D. J., y Sood, G. (2018). The Parties in Our Heads: Misperceptions about Party Composition and Their Consequences. *The Journal of Politics*, 80(3), 964-981. <https://doi.org/10.1086/697253>
- Albertazzi, D., y McDonnell, D. (2008). Introduction: The Sceptre and the Spectre. En D. Albertazzi y D. McDonnell (Eds.), *Twenty-First Century Populism* (pp. 1-11). Palgrave Macmillan UK. https://doi.org/10.1057/9780230592100_1

- Alexander, A. C., Bågenholm, A., y Charron, N. (2020). Are women more likely to throw the rascals out? The mobilizing effect of social service spending on female voters. *Public Choice*, 184(3-4), 235-261. <https://doi.org/10.1007/s11127-019-00761-w>
- Amick, J., Bukovansky, M., y Liu, A. H. (2022). Presidential Electoral Cycles and Corruption Charges. *Journal of East Asian Studies*, 22(2), 281-307. <https://doi.org/10.1017/jea.2022.9>
- Anduiza, E., Gallego, A., y Muñoz, J. (2013). Turning a Blind Eye: Experimental Evidence of Partisan Bias in Attitudes Toward Corruption. *Comparative Political Studies*, 46(12), 1664-1692. <https://doi.org/10.1177/0010414013489081>
- Angiolillo, F., Goog, A., Nord, M., y Lidberg, S. I. (2025). *V-DEM Democracy Report 2025: 25 Years of Autocratization – Democracy Trumped?* V-Dem Institute, University of Gothenburg.
- Bågenholm, A., y Charron, N. (2014). Do Politics in Europe Benefit from Politicising Corruption? *West European Politics*, 37(5), 903-931. <https://doi.org/10.1080/01402382.2014.909164>
- Bartels, L. M. (2002). Beyond the Running Tally: Partisan Bias in Political Perceptions. *Political Behavior*, 24(2), 117-150.
- Beaulieu, E. (2014). From voter ID to party ID: How political parties affect perceptions of election fraud in the U.S. *Electoral Studies*, 35, 24-32. <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2014.03.003>
- Berger, P., y Luckmann, T. (1994). *La Construcción Social de la Realidad*. Amorrortu Editores.
- Bergh, A., y Kärnä, A. (2022). Explaining the rise of populism in European democracies 1980–2018: The role of labor market institutions and inequality. *Social Science Quarterly*, 103(7), 1719-1731. <https://doi.org/10.1111/ssqu.13227>
- Betz, H.-G. (1994). *Radical Right-Wing Populism in Western Europe*. Palgrave Macmillan UK. <https://doi.org/10.1007/978-1-349-23547-6>
- Betz, H.-G. (2020). *The Emotional Underpinnings of Radical Right Populist Mobilization: Explaining the Protracted Success of Radical Right-Wing Populist Parties* (No. CARR Research Insight 2020 2). Centre for Analysis of the Radical Right.
- Billig, M., y Tajfel, H. (1973). Social categorization and similarity in intergroup behaviour. *European Journal of Social Psychology*, 3(1), 27-52. <https://doi.org/10.1002/ejsp.2420030103>
- Bogardus, E. S. (1947). Measurement of Personal-Group Relations. *Sociometry*, 10(4), 306. <https://doi.org/10.2307/2785570>
- Bonikowski, B., y Gidron, N. (2016). The Populist Style in American Politics: Presidential Campaign Discourse, 1952–1996. *Social Forces*, 94(4), 1593-1621. <https://doi.org/10.1093/sf/sov120>
- Breitenstein, S., Anduiza, E., y Muñoz, J. (2022). Do they really care? Social desirability bias in attitudes towards corruption. *Research & Politics*, 9(4). <https://doi.org/10.1177/20531680221141754>
- Breitenstein, S., y Hernández, E. (2025). Too Crooked to be Good? Trade-offs in the Electoral Punishment of Malfeasance and Corruption. *European Political Science Review*, 17(1), 61-79. <https://doi.org/10.1017/s175577392400016x>
- Campbell, A., Converse, P. E., Miller, W. E., y Stokes, D. E. (1980). *The American Voter*. University of Chicago Press.
- Canovan, M. (1999). Trust the People! Populism and the Two Faces of Democracy. *Political Studies*, 47(1), 2-16. <https://doi.org/10.1111/1467-9248.00184>
- Carassale, S. (2013). Corrupción. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 4, 172-178.
- Castro Cornejo, R. (2023a). The AMLO Voter: Affective Polarization and the Rise of the Left in Mexico. *Journal of Politics in Latin America*, 15(1), 96-112. <https://doi.org/10.1177/1866802x221147067>

- Castro Cornejo, R. (2023b). The AMLO Voter: Affective Polarization and the Rise of the Left in Mexico. *Journal of Politics in Latin America*, 15(1), 96-112. <https://doi.org/10.1177/1866802x221147067>
- Catherine E. De Vries, Catherine E. de Vries, Héctor Solaz, y Hector Solaz. (2017). The Electoral Consequences of Corruption. *Annual Review of Political Science*. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-052715-111917>
- Charron, N., y Annoni, P. (2021). What is the Influence of News Media on People's Perception of Corruption? Parametric and Non-Parametric Approaches. *Social Indicators Research*, 153(3), 1139-1165. <https://doi.org/10.1007/s11205-020-02527-0>
- Charron, N., y Bågenholm, A. (2016). Ideology, party systems and corruption voting in European democracies. *Electoral Studies*, 41, 35-49. <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2015.11.022>
- Charron, N., Dahlström, C., Fazekas, M., y Lapuente, V. (2017). Careers, Connections, and Corruption Risks: Investigating the Impact of Bureaucratic Meritocracy on Public Procurement Processes. *The Journal of Politics*, 79(1), 89-104. <https://doi.org/10.1086/687209>
- Cheeseman, N., y Peiffer, C. (2025). Opening the door to anti-system leaders? Anti-corruption campaigns and the global rise of populism. *European Journal of Political Research*, 64(1), 134-155. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.12682>
- Conger, J. A., y Kanungo, R. N. (1987). Toward a Behavioral Theory of Charismatic Leadership in Organizational Settings. *The Academy of Management Review*, 12(4), 637. <https://doi.org/10.2307/258069>
- Curini, L. (2018). *Corruption, Ideology, and Populism*. Springer International Publishing. <https://doi.org/10.1007/978-3-319-56735-8>
- Dabbous, S., y Dimant, E. (2018). Causes and effects of corruption: New developments in empirical research. En B. Warf (Ed.), *Handbook on the Geographies of Corruption* (pp. 15-30). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781786434753.00007>
- Davis, C. L., Camp, R. A., y Coleman, K. M. (2004). The Influence of Party Systems on Citizens' Perceptions of Corruption and Electoral Response in Latin America. *Comparative Political Studies*, 37(6), 677-703. <https://doi.org/10.1177/0010414004265879>
- de la Torre, C. (2010). *Populist Seduction in Latin America*. Ohio University Press.
- de Lancer Julnes, P., y Villoria, M. (2014). Understanding and addressing citizens' perceptions of corruption: The case of Spain. *International Review of Public Administration*, 19(1), 23-43. <https://doi.org/10.1080/12294659.2014.887295>
- De Vreese, C. H., Esser, F., Aalberg, T., Reinemann, C., y Stanyer, J. (2018). Populism as an Expression of Political Communication Content and Style: A New Perspective. *The International Journal of Press/Politics*, 23(4), 423-438. <https://doi.org/10.1177/1940161218790035>
- de Wilde, P. (2019). Media logic and grand theories of European integration. *Journal of European Public Policy*, 26(8), 1193-1212. <https://doi.org/10.1080/13501763.2019.1622590>
- Dobel, J. P. (1978). The Corruption of a State. *American Political Science Review*, 72(3), 958-973. <https://doi.org/10.2307/1955114>
- Dobel, P. (1999). *Public Integrity*. John Hopkins University Press.
- Downs, A. (1957). An Economic Theory of Political Action in a Democracy. *Journal of Political Economy*, 65(2), 135-150. <https://doi.org/10.1086/257897>
- Dulay, D., y Lee, S. (2024). Sorry Not Sorry: Presentational strategies and the electoral punishment of corruption. *Electoral Studies*, 92, 102867. <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2024.102867>
- Eatwell, R. (2018). Charisma and the Radical Right. En J. Rydgren (Ed.), *The Oxford Handbook of the Radical Right* (pp. 251-268). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780190274559.013.13>

- Eggers, A. C., Vivyan, N., y Wagner, M. (2018). Corruption, Accountability, and Gender: Do Female Politicians Face Higher Standards in Public Life? *The Journal of Politics*, 80(1), 321-326. <https://doi.org/10.1086/694649>
- Engler, S. (2020). "Fighting corruption" or "fighting the corrupt elite"? Politicizing corruption within and beyond the populist divide. *Democratization*, 27(4), 643-661. <https://doi.org/10.1080/13510347.2020.1713106>
- Enns, P. K., y McAvoy, G. E. (2012). The Role of Partisanship in Aggregate Opinion. *Political Behavior*, 34(4), 627-651. <https://doi.org/10.1007/s11109-011-9176-7>
- Escresa, L., y Picci, L. (2024). Measurement of corruption. En L. de Sousa y S. Corrado (Eds.), *Elgar Encyclopedia of Corruption and Society* (pp. 185-189). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781803925806.ch42>
- Favero, A. (2022). Charisma in Right-Wing Populism: Comparing the View of the Leader and Followers within the Swiss People's Party. *Swiss Political Science Review*, 28(3), 477-495. <https://doi.org/10.1111/spsr.12510>
- Ferraz, C., y Finan, F. (2008). Exposing Corrupt Politicians: The Effects of Brazil's Publicly Released Audits on Electoral Outcomes. *Quarterly Journal of Economics*. <https://doi.org/10.1162/qjec.2008.123.2.703>
- Ferreira Da Silva, F., y Garzia, D. (2024). Affective Polarization towards Parties and Leaders, and Electoral Participation in 13 Parliamentary Democracies, 1980–2019. *Public Opinion Quarterly*, 88(4), 1234-1248. <https://doi.org/10.1093/poq/nfae053>
- Fiorina, M. P. (1981). *Retrospective Voting in American National Elections*. Yale University Press.
- Fiorina, M. P., Abrams, S. J., y Pope, J. C. (2005). *Culture war? The Myth of a Polarized America*. Longman.
- Fleisher, R., y Bond, J. R. (2001). Evidence of Increasing Polarization among Ordinary Citizens. En J. E. Cohen, R. Fleisher, y P. Kantor (Eds.), *American Political Parties: Decline or Resurgence?* (pp. 55-77). CQ Press. <https://doi.org/10.4135/9781483329871.n4>
- Frosh, S., Vyrgioti, M., y Walsh, J. (Eds.). (2022). Populism. En Y. Stavrakakis y A. Galanopoulos, *The Palgrave Handbook of Psychosocial Studies* (pp. 1-21). Springer International Publishing. https://doi.org/10.1007/978-3-030-61510-9_1-2
- Gardiner, J. (2017). Defining Corruption. En A. Heidenheimer y M. Johnston (Eds.), *Political Corruption. Concepts and Contexts* (3.ª ed., pp. 25-40). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9781315126647-3>
- Garzia, D. (2011). The personalization of politics in Western democracies: Causes and consequences on leader–follower relationships. *The Leadership Quarterly*, 22(4), 697-709. <https://doi.org/10.1016/j.leaqua.2011.05.010>
- Garzia, D. (2014). *Personalization of Politics and Electoral Change*. Palgrave Macmillan UK.
- Gerber, A. S., Huber, G. A., y Washington, E. (2010). Party Affiliation, Partisanship, and Political Beliefs: A Field Experiment. *American Political Science Review*, 104(4), 720-744. <https://doi.org/10.1017/s0003055410000407>
- Graham, M. H., y Svolik, M. W. (2020). Democracy in America? Partisanship, Polarization, and the Robustness of Support for Democracy in the United States. *American Political Science Review*, 114(2), 392–409. <https://doi.org/10.1017/S0003055420000052>
- Harteveld, E. (2021). Ticking all the boxes? A comparative study of social sorting and affective polarization. *Electoral Studies*, 72, 102337. <https://doi.org/10.1016/j.electstud.2021.102337>
- Harteveld, E., Mendoza, P., y Rooduijn, M. (2022). Affective Polarization and the Populist Radical Right: Creating the Hating? *Government and Opposition*, 57(4), 703-727. <https://doi.org/10.1017/gov.2021.31>

- Hawkins, K., Riding, S., y Mudde, C. (2012). Measuring Populist Attitudes. Political Concepts Committee on Concepts and Methods. *C&M Working Paper #55*. The Committee on Concepts and Methods.
- Hetherington, M. J. (2001). Resurgent Mass Partisanship: The Role of Elite Polarization. *American Political Science Review*, 95(3), 619-631. <https://doi.org/10.1017/s0003055401003045>
- Hutter, S., Grande, E., y Kriesi, H. (Eds.). (2016). *Politicising Europe: Integration and Mass Politics*. Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/CBO9781316422991>
- Inglehart, R., y Norris, P. (2016). Trump, Brexit, and the Rise of Populism: Economic Have-Nots and Cultural Backlash. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2818659>
- Iyengar, S., Lelkes, Y., Levendusky, M., Malhotra, N., y Westwood, S. J. (2019). The Origins and Consequences of Affective Polarization in the United States. *Annual Review of Political Science*, 22(1), 129-146. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-051117-073034>
- Iyengar, S., Sood, G., y Lelkes, Y. (2012). *Affect, Not Ideology. A Social Identity Perspective on Polarization*. 76(3), 405-431. <https://doi.org/10.1093/poq/nfs038>
- Jansen, R. S. (2011). Populist Mobilization: A New Theoretical Approach to Populism. *Sociological Theory*, 29(2), 75-96. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2011.01388.x>
- Jerit, J., & Barabas, J. (2012). Partisan Perceptual Bias and the Information Environment. *The Journal of Politics*, 74(3), 672-684. <https://doi.org/10.1017/S0022381612000187>
- Jiménez-Sánchez, F. (2023). Crisis and Corruption in Spain: Improving the Quality of Governance to Fight Corruption. *Siyasal: Journal of Political Sciences*, 32(1), 1-14. <https://doi.org/10.26650/siyasal.2023.32.1249638>
- Johnston, M. (1986). Right y Wrong in American Politics: Popular Conceptions of Corruption. *Polity*, 367-391.
- Kefford, G., Moffitt, B., y Werner, A. (2022). Populist Attitudes: Bringing Together Ideational and Communicative Approaches. *Political Studies*, 70(4), 1006-1027. <https://doi.org/10.1177/0032321721997741>
- Key, V. O. (1966). *The Responsible Electorate: Rationality in Presidential Voting 1936-1960*. Harvard University Press. <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674497764>
- Klašnja, M., Little, A. T., y Tucker, J. A. (2018). Political Corruption Traps. *Political Science Research and Methods*, 6(3), 413-428. <https://doi.org/10.1017/psrm.2016.45>
- Kriesi, H. (2014). The Populist Challenge. *West European Politics*, 37(2), 361-378. <https://doi.org/10.1080/01402382.2014.887879>
- Kubbe, I., Baez-Camargo, C., y Scharbatke-Church, C. (2024). Corruption and Social Norms: A New Arrow in the Quiver. *Annual Review of Political Science*, 27(1), 423-444. <https://doi.org/10.1146/annurev-polisci-051120-095535>
- Kunda, Z. (1990). The case for motivated reasoning. *Psychological Bulletin*, 108(3), 480-498. <https://doi.org/10.1037/0033-2909.108.3.480>
- Kurer, O. (2001). Why do voters support corrupt politicians? En A. Jain (Ed.), *The Political Economy of Corruption* (0 ed., pp. 75-98). Routledge. <https://doi.org/10.4324/9780203468388-10>
- Kurer, O. (2005). Corruption: An Alternative Approach to its Definition and Measurement. *Political Studies*, 53(1), 222-239. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9248.2005.00525.x>
- Kurer, O. (2015). Definitions of corruption. En P. Hewywood (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption* (pp. 30-41). Routledge.
- Lambsdorff, J. G. (2006). Causes and Consequences of Corruption: What Do We Know from a Cross-Section of Countries? En S. Rose-Ackerman (Ed.),

- International Handbook on the Economics of Corruption*. Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781847203106.00007>
- Lee, A. H., Harell, A., Stephenson, L. B., Rubenson, D., y Loewen, P. J. (2023). Motivated to Forgive? Partisan Scandals and Party Supporters. *Political Psychology*, 44(4), 729-747. <https://doi.org/10.1111/pops.12882>
- Lewis-Beck, M. S., y Stegmaier, M. (2000). Economic Determinants of Electoral Outcomes. *Annual Review of Political Science*, 3(1), 183-219. <https://doi.org/10.1146/annurev.polisci.3.1.183>
- Linz, J. (1989). *La Quiebra de las Democracias*. Alianza Editorial.
- Lubbers, M., Gijssberts, M., y Scheepers, P. (2002). Extreme right-wing voting in Western Europe. *European Journal of Political Research*, 41(3), 345-378. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.00015>
- Marchetti, R., y Stanziano, A. (2024). Politicizing corruption on social media. *European Journal of Communication*, 39(4), 323-342. <https://doi.org/10.1177/02673231241253942>
- Marko Klašnja, Marko Klašnja, Joshua A. Tucker, Joshua A. Tucker, Kevin Deegan-Krause, y Kevin Deegan-Krause. (2016). Pocketbook vs. Sociotropic Corruption Voting. *British Journal of Political Science*. <https://doi.org/10.1017/s0007123414000088>
- Marquette, H., y Peiffer, C. (2019). Thinking politically about corruption as problem-solving: A reply to Persson, Rothstein, and Teorell. *Governance*, 32(4), 811-820. <https://doi.org/10.1111/gove.12444>
- Mason, L. (2015). "I Disrespectfully Agree": The Differential Effects of Partisan Sorting on Social and Issue Polarization. *American Journal of Political Science*, 59(1), 128-145. <https://doi.org/10.1111/ajps.12089>
- McCann, J. A., y Domínguez, J. I. (1998). Mexicans react to electoral fraud and political corruption: An assessment of public opinion and voting behavior. *Electoral Studies*, 17(4), 483-503. [https://doi.org/10.1016/s0261-3794\(98\)00026-2](https://doi.org/10.1016/s0261-3794(98)00026-2)
- McCann, J. A., y Redlawsk, D. P. (2006). As Voters Head to the Polls, Will They Perceive a "Culture of Corruption?" *PS: Political Science & Politics*, 39(04), 797-802. <https://doi.org/10.1017/s1049096506060963>
- McCoy, J., Rahman, T., y Somer, M. (2018). Polarization and the Global Crisis of Democracy: Common Patterns, Dynamics, and Pernicious Consequences for Democratic Polities. *American Behavioral Scientist*, 62(1), 16-42. <https://doi.org/10.1177/0002764218759576>
- McDonnell, D. (2016). Populist Leaders and Coterie Charisma. *Political Studies*, 64(3), 719-733. <https://doi.org/10.1111/1467-9248.12195>
- Meindl, J. R. (1995). The romance of leadership as a follower-centric theory: A social constructionist approach. *The Leadership Quarterly*, 6(3), 329-341. [https://doi.org/10.1016/1048-9843\(95\)90012-8](https://doi.org/10.1016/1048-9843(95)90012-8)
- Melgar, N., Rossi, M., y Smith, T. W. (2010). The Perception of Corruption. *International Journal of Public Opinion Research*, 22(1), 120-131. <https://doi.org/10.1093/ijpor/edp058>
- Metz, R., y Plesz, B. (2023). An insatiable hunger for charisma? A follower-centric analysis of populism and charismatic leadership. *Leadership*, 19(4), 318-338. <https://doi.org/10.1177/17427150231167524>
- Metz, R., y Plesz, B. (2025). The Irresistible Allure of Charismatic Leaders? Populism, Social Identity, and Polarisation. *Politics and Governance*, 13. <https://doi.org/10.17645/pag.9017>
- Moffitt, B. (2016). *The Global Rise of Populism: Performance, Political Style, and Representation* (1.^a ed.). Stanford University Press. <https://doi.org/10.2307/j.ctvqsd8>
- Mudde, C. (2004). The Populist Zeitgeist. *Government and Opposition*, 39(4), 541-563. <https://doi.org/10.1111/j.1477-7053.2004.00135.x>

- Mudde, C. (2024). The Far Right and the 2024 European Elections. *Intereconomics*, 59(2), 61-65. <https://doi.org/10.2478/ie-2024-0014>
- Mudde, C., y Rovira Kaltwasser, C. (2017). *Populism. A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Nai, A., Da Silva, F. F., Aaldering, L., Gattermann, K., y Garzia, D. (2025). Ripping the public apart? Politicians' dark personality and affective polarization. *European Journal of Political Research*, 64(3), 1575-1588. <https://doi.org/10.1111/1475-6765.70002>
- Olken, B. A. (2009). Corruption perceptions vs. Corruption reality. *Journal of Public Economics*, 93(7-8), 950-964. <https://doi.org/10.1016/j.jpubeco.2009.03.001>
- Ostiguy, P. (2017). Populism: A Socio-Cultural Approach. En C. Rovira-Kalwasser, P. Taggart, P. Ochoa Espejo, y P. Ostiguy (Eds.), *The Oxford Handbook of Populism* (1.^a ed., pp. 73-98). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxfordhb/9780198803560.013.3>
- Ostiguy, P. (2020). The Socio-Cultural, Relational Approach to Populism. *PArtecipazione e COnflitto*, 13(1), 29-58. <https://doi.org/10.1285/l20356609V131P29>
- Pappas, T. S. (2016). Are Populist Leaders "Charismatic"? Evidence from Europe. *Constellations*, 23(3), 378-390. <https://doi.org/10.1111/1467-8675.12233>
- Pappas, T. S. (2019). *Populism and Liberal Democracy: A Comparative and Theoretical Analysis* (1.^a ed.). Oxford University PressOxford. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198837886.001.0001>
- Pedersen, H. H., y Rahat, G. (2021). Political personalization and personalized politics within and beyond the behavioural arena. *Party Politics*, 27(2), 211-219. <https://doi.org/10.1177/1354068819855712>
- Pérez-Rajó, J. (2025). Does Populism Fuel Affective Polarization? An Individual-Level Panel Data Analysis. *Political Studies*, 73(1), 29-54. <https://doi.org/10.1177/00323217231224579>
- Przeworski, A., Stokes, S. C., y Manin, B. (Eds.). (1999). *Democracy, Accountability, and Representation* (1.^a ed.). Cambridge University Press. <https://doi.org/10.1017/cbo9781139175104>
- Rooduijn, M., Pirro, A. L. P., Halikiopoulou, D., Froio, C., Kessel, S. V., Lange, S. L. D., Mudde, C., y Taggart, P. (2024). The PopuList: A Database of Populist, Far-Left, and Far-Right Parties Using Expert-Informed Qualitative Comparative Classification (EiQCC). *British Journal of Political Science*, 54(3), 969-978. <https://doi.org/10.1017/S0007123423000431>
- Sánchez Berrocal, A. (2021). Populismos. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 292-309. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6076>
- Sberna, S., y Vannucci, A. (2013). "It's the politics, stupid!". The politicization of anti-corruption in Italy. *Crime, Law and Social Change*, 60(5), 565-593. <https://doi.org/10.1007/s10611-013-9480-8>
- Scott, I. (2013). Institutional Design and Corruption Prevention in Hong Kong. *Journal of Contemporary China*, 22(79), 77-92. <https://doi.org/10.1080/10670564.2012.716945>
- Seligson, M. A. (2006). The Measurement and Impact of Corruption Victimization: Survey Evidence from Latin America. *World Development*, 34(2), 381-404. <https://doi.org/10.1016/j.worlddev.2005.03.012>
- Shacklock, A., Sampford, C., y Connors, C. (2006). Introduction. En A. Shacklock, C. Sampford, C. Connors, y F. Galtung (Eds.), *Measuring Corruption* (pp. 1-7). Ashgate.
- Simonovits, G., McCoy, J., y Littvay, L. (2022). Democratic Hypocrisy and Out-Group Threat: Explaining Citizen Support for Democratic Erosion. *The Journal of Politics*, 84(3), 1806-1811. <https://doi.org/10.1086/719009>

- Solaz, H., De Vries, C. E., y De Geus, R. A. (2019). In-Group Loyalty and the Punishment of Corruption. *Comparative Political Studies*, 52(6), 896-926. <https://doi.org/10.1177/0010414018797951>
- Sparling, R. A. (2018). Impartiality and the Definition of Corruption. *Political Studies*, 66(2), 376-391. <https://doi.org/10.1177/0032321717722360>
- Stanley, B. (2008). The thin ideology of populism. *Journal of Political Ideologies*, 13(1), 95-110. <https://doi.org/10.1080/13569310701822289>
- Stockemer, D., Lentz, T., y Mayer, D. (2018). Individual Predictors of the Radical Right-Wing Vote in Europe: A Meta-Analysis of Articles in Peer-Reviewed Journals (1995–2016). *Government and Opposition*, 53(3), 569-593. <https://doi.org/10.1017/gov.2018.2>
- Stokes, D. (1992). Valence Politics. En D. Kavanagh (Ed.), *Electoral Politics* (pp. 141-164). Oxford University PressOxford. <https://doi.org/10.1093/oso/9780198273813.003.0007>
- Stokes, D. E. (1963). Spatial Models of Party Competition. *American Political Science Review*, 57(2), 368-377. <https://doi.org/10.2307/1952828>
- Swamy, A., Knack, S., Lee, Y., y Azfar, O. (2001). Gender and corruption. *Journal of Development Economics*, 64(1), 25-55. [https://doi.org/10.1016/s0304-3878\(00\)00123-1](https://doi.org/10.1016/s0304-3878(00)00123-1)
- Taber, C. S., y Lodge, M. (2006). Motivated Skepticism in the Evaluation of Political Beliefs. *American Journal of Political Science*, 50(3), 755-769. <https://doi.org/10.1111/j.1540-5907.2006.00214.x>
- Tajfel, H. (1970). Experiments in intergroup discrimination. *Scientific America*, 5, 96-103.
- Tajfel, H., Billig, M. G., Bundy, R. P., y Flament, C. (1971). Social categorization and intergroup behaviour. *European Journal of Social Psychology*, 1(2), 149-178. <https://doi.org/10.1002/ejsp.2420010202>
- Tajfel, H., y Turner, J. (2000). An Integrative Theory of Intergroup Conflict. En M. J. Hatch y M. Schultz (Eds.), *Organizational Identity* (pp. 56-65). Oxford University PressOxford. <https://doi.org/10.1093/oso/9780199269464.003.0005>
- Taylor, D. M., y Doria, J. R. (1981). Self-Serving and Group-Serving Bias in Attribution. *The Journal of Social Psychology*, 113(2), 201-211. <https://doi.org/10.1080/00224545.1981.9924371>
- Tverdova, Y. V. (2011). See No Evil: Heterogeneity in Public Perceptions of Corruption. *Canadian Journal of Political Science*, 44(1), 1-25. <https://doi.org/10.1017/s0008423910001101>
- Uslaner, E. (2015). The Consequences of Corruption. En P. Heywood (Ed.), *Routledge Handbook of Political Corruption* (pp. 199-211). Routledge.
- Van Der Wal, Z., Graycar, A., y Kelly, K. (2016). See No Evil, Hear No Evil? Assessing Corruption Risk Perceptions and Strategies of Victorian Public Bodies. *Australian Journal of Public Administration*, 75(1), 3-17. <https://doi.org/10.1111/1467-8500.12163>
- Van Kessel, S. (2015). *Populist Parties in Europe*. Palgrave Macmillan UK. <https://doi.org/10.1057/9781137414113>
- Villoria, M. (2006). *La corrupción política*. Síntesis.
- Von Sikorski, C., Heiss, R., y Matthes, J. (2020). How Political Scandals Affect the Electorate. Tracing the Eroding and Spillover Effects of Scandals with a Panel Study. *Political Psychology*, 41(3), 549-568. <https://doi.org/10.1111/pops.12638>
- Weber, M. (2002). *Economía y Sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica de España.
- Weyland, K. (2001). Clarifying a Contested Concept: Populism in the Study of Latin American Politics. *Comparative Politics*, 34(1), 1. <https://doi.org/10.2307/422412>
- Wodak, R. (2015). *The Politics of Fear: What Right-Wing Populist Discourses Mean*. SAGE Publications Ltd. <https://doi.org/10.4135/9781446270073>

Los cimientos axiológicos de la teoría legal de Zygmunt Ziemiński*

The axiological foundations of Zygmunt Ziemiński's legal theory

Marek Smolak

Universidad Adam Mickiewicz de Poznań (UAM)

ORCID ID 0000-0002-5830-9065

marek.smolak@amu.edu.pl

Cita recomendada:

Smolak, M. (2026). Los cimientos axiológicos de la teoría legal de Zygmunt Ziemiński, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 357-368.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10391>

Recibido / received: 18/03/2026
Aceptado / accepted: 08/04/2026

Resumen

El fin de este ensayo es presentar los presupuestos fundamentales de la axiología del derecho de Zygmunt Ziemiński y, a grandes rasgos, su enfoque metodológico. Dicho enfoque puede describirse como analítico. Los fundamentos analíticos de su aproximación científica pueden identificarse en tres niveles. En primer lugar, Ziemiński concedió una gran importancia al análisis conceptual. En segundo lugar, tomó muy en serio las ciencias jurídicas particulares, especialmente, la dogmática del derecho civil. En tercer lugar, desarrolló una estrecha colaboración con la filosofía del lenguaje, la semiótica y la filosofía de la lógica. En cuanto a la axiología del derecho, al inicio de sus investigaciones adoptó una posición cognitivista moderada, aunque, con el transcurso del tiempo, llegaría a reconocer que los valores existen objetivamente y que ellos son cognoscibles. Por tanto, si bien Ziemiński pertenece a la corriente analítica, sería ir demasiado lejos considerarlo un positivista. Ziemiński subrayó con claridad que el análisis lingüístico de los conceptos legales no excluye la formulación de postulados axiológicos sobre el contenido del derecho, como tampoco, sobre el fundamento de su validez.

Palabras clave

Zygmunt Ziemiński, axiología del derecho, análisis del derecho, teoría jurídica.

Abstract

The aim of the paper is to present the fundamental assumptions of Zygmunt Ziemiński's axiology of law and, broadly speaking, his methodological approach. His approach can be described as analytical. The analytical foundations of Ziemiński's scientific approach can be

* Traducción de Benito Grisanti.

identified on three levels. First, he attached great importance to conceptual analysis. Second, he took the particular legal sciences, especially civil law dogmatics, very seriously. Third, Zygmunt Ziemiński developed close cooperation with the philosophy of language, semiotics, and the philosophy of logic. As for the axiology of law, at the beginning of his research, he adopted a moderate cognitivist position, but later accepted that values exist objectively and are cognizable. Although Ziemiński belongs to the analytical camp, treating him as a legal positivist would go too far. Ziemiński clearly emphasized that the linguistic analysis of legal concepts does not preclude the formulation of axiological postulates concerning the content of law and the basis of its validity.

Keywords

Zygmunt Ziemiński, axiology of law, analysis of law, legal theory.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Contexto biográfico, histórico e intelectual. 3. Los conceptos teórico-jurídicos de Zygmunt Ziemiński. 4. La axiología del derecho en su obra. 5. La posición metaética de Ziemiński. 6. Conclusiones

1. Introducción

El origen de este esbozo se debe a una pregunta un tanto paradójica sobre los fundamentos axiológicos de las concepciones teórico-legales de Zygmunt Ziemiński. La ironía radica en que los temas que abordó —como la aplicación de la lógica formal al análisis del derecho— parecen muy alejados de los problemas propios de la axiología jurídica. Sin embargo, es imposible no advertir que las cuestiones valorativas (el marco de evaluación) están presentes e incrustadas en los presupuestos de sus conceptos de fuentes del derecho, creación normativa y aplicación del derecho. No son centrales en dichas problemáticas; no obstante, para abordar las normas jurídicas de manera significativa, resulta imposible ignorar su sustrato axiológico. Otro ejemplo de estas admisiones implícitas es el estatus de las directivas de interpretación y de las reglas de inferencia. Por último, cabe mencionar los factores que determinan el surgimiento de un hecho legal: estos no remiten a las características formales del derecho, sino a prácticas sociales, cuya obligatoriedad descansa en determinados valores.

Al reflexionar sobre los logros académicos de Ziemiński, llego a la conclusión —bastante obvia, por cierto— de que su obra está dominada por los problemas propios de la teoría analítica del derecho. Esta constatación me llevó a preguntarme si Ziemiński abordó los problemas fundamentales de la axiología jurídica, si tomó posición sobre la cognoscibilidad de los valores, o si, en la disputa entre el derecho natural y el positivismo jurídico, se decantó por uno u otro bando. Es razonable suponer que, procediendo del ámbito de los teóricos analíticos, habría sido muy cauteloso al valorar el derecho o al identificar los valores jurídicos que este está llamado a promover. En efecto, y anticipando el resto del argumento, esta impresión se confirma. Su obra se caracteriza por un minimalismo axiológico, entendido como una deliberada reticencia a adoptar posturas éticas o metaéticas. A pesar de ello, sí «introdujo de contrabando», en algunos de sus trabajos académicos, sus opiniones filosóficas y metaéticas. Por este motivo, la tarea que me propongo es modesta y, a la vez, ardua: reconstruir, partiendo de su obra académica, su posición respecto al valor del derecho y a los valores que este debería realizar. En otras palabras, dar el trazo de su axiología. Esta tarea se complica debido que la adhesión a ciertos valores jurídicos suele manifestarse no solo de forma explícita, sino también implícita.

Por estas razones, este modesto intento de bosquejar los problemas axiológicos que Ziemiński abordó, sumado a la inclusión en este volumen de dos textos del propio autor, sirve de pretexto para presentar sus conceptos fundamentales de teoría jurídica y, así, delinear su orientación investigadora, tanto en lo metodológico como en lo sustantivo.

2. Contexto biográfico, histórico e intelectual

Antes de entrar a la caracterización de algunos conceptos de su teoría, quisiera introducir al lector foráneo en los hechos más importantes de su vida. Situar sus ideas y métodos en un contexto histórico y político más amplio. Su enfoque hacia la ciencia del derecho hunde sus raíces no solo en la historia o la política, sino además, y quizás ante todo, en las tradiciones intelectuales de la Escuela de Lwów-Varsovia. Fue en esa tradición donde aprendió, de la mano de Kazimierz Ajdukiewicz –uno de sus representantes más destacados– y de Czesław Znamierowski –su director de tesis– que las determinaciones conceptuales deben preceder a las terminológicas, a fin de evitar, en etapas posteriores del análisis, disputas verbales estériles. Estos principios permanecieron como pilares de su pensamiento cuando él mismo fundó la Escuela de Teoría del Derecho de Poznań. Por ello, al perfilar sus ideas, conviene tener en cuenta la época en que vivió, así como los supuestos teóricos y metodológicos de dicha escuela (Smolak, Kwiatkowski, 2021, pp. 1-28).

Zygmunt Ziemiński nació el 1 de junio de 1920 en Varsovia. En el transcurso de la Segunda Guerra Mundial, hizo parte de la resistencia clandestina, aquella que combatió a los ocupantes alemanes. Una actividad por la que sería condecorado con la Cruz del Ejército Nacional en 1975. Tras la guerra, entre 1945 y 1947, estudió derecho en la Universidad de Poznań y, durante los dos años siguientes, cursó sus estudios en la Facultad de Humanidades de la misma universidad. En 1949 obtuvo el grado de licenciado en filosofía con especialización en sociología.

Desde 1946, Ziemiński trabajó en el Departamento de Teoría y Filosofía del Derecho de la Universidad de Poznań, dirigido por Czesław Znamierowski, primero como ayudante honorario y, desde 1949, como asistente. Ese mismo año defendió su tesis doctoral titulada *Procesy o zniewagę jako problem techniki społecznej* [La litigación por injurias como problema de técnica social], bajo la dirección del profesor Znamierowski. En 1955 obtuvo la habilitación doctoral con la tesis *Podłoże sporów sądowych o alimentację dzieci pozamałżeńskich* [El fundamento de los litigios judiciales sobre la manutención de los hijos extramatrimoniales]. En 1962 pasó a dirigir una unidad de investigación que, cuatro años más tarde, se transformaría en el Departamento de Aplicaciones Jurídicas de la Lógica. Ese mismo año obtuvo el título de profesor asociado y, siete años después, el de profesor titular. En 1981 se le confió la dirección de la Cátedra de Teoría del Estado y del Derecho de la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań, que encabezó hasta su jubilación en 1990. Falleció el 19 de mayo de 1996 en Poznań.

Ziemiński vivió en los difíciles tiempos de la Polonia comunista y, sin embargo, nunca dejó de ser un hombre independiente. Su aproximación a la teoría del derecho –campo sometido a fuertes presiones ideológicas– fue deliberadamente neutral: rehuyó a cualquier compromiso ideológico. Precisamente, en esos tiempos, las autoridades comunistas consideraban sospechoso el estudio de la axiología, y los académicos que no fundamentaban su investigación en la filosofía marxista eran relegados a los márgenes de la vida intelectual o incluso expulsados de las universidades. Esto explica, en parte, por qué sus intereses se orientaron hacia la lógica formal y la filosofía analítica –al fin y al cabo, inició su carrera como sociólogo

del derecho—, ya que estos campos estaban menos expuestos a la interferencia ideológica.

Se inspiró, sin duda, en la obra de dos estudiosos: Czesław Znamierowski, profesor de teoría del derecho en la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań entre 1924 y 1967, y Kazimierz Ajdukiewicz, representante de la Escuela de Lwów-Varsovia y autor de numerosos conceptos originales en el campo de la filosofía del lenguaje y de la lógica pragmática. Entre los autores extranjeros que influyeron en su pensamiento, deben mencionarse a Alf Ross, Chaim Perelman y Georg von Wright (Wronkowska, 2021, pp. 10-27).

Otro elemento de singular importancia en su legado intelectual es la creación de la Escuela de Teoría del Derecho de Poznań, que se formó en torno a él. Sus orígenes se remontan a la década de 1960, cuando Ziemiński reunió a un grupo de discípulos: Maciej Zieliński, Leszek Nowak, Sławomira Wronkowska, Wojciech Patryas, Kazimierz Świrydowicz y Stanisław Czepita. Las ideas de la Escuela también están presentes en la obra de generaciones posteriores, inspiradas por sus doctrinas, entre ellas, la de Marek Smolak, discípulo de Maciej Zieliński. Su desarrollo creativo ha sido continuado igualmente por los discípulos de Sławomira Wronkowska: Marzena Kordela y Jarosław Mikołajewicz. La vigencia de esta tradición en el desarrollo de la teoría jurídica continúa también en la obra de los representantes más jóvenes del ámbito jurídico de Poznań: Maciej Dybowski, Mikołaj Hermann, Piotr Filip Zwierzykowski, Michał Krotoszyński, Paweł Kokot, Weronika Dzięgielewska y Wojciech Rzepiński (Smolak y Kwiatkowski, p. 4).

Si uno tuviese que definir brevemente los fundamentos teóricos de la Escuela, esta se inscribiría, sin duda, en la corriente conocida como teoría analítica del derecho. El enfoque analítico de los teóricos de Poznań hacia el derecho es evidente en torno a los siguientes postulados: primero, todos los representantes de la escuela conceden una gran importancia al análisis conceptual; a este respecto, se ha elaborado un catálogo de conceptos básicos, entre ellos los de norma de conducta, competencia y acción convencional; segundo, cultivan una estrecha colaboración con la filosofía del lenguaje y la lógica; tercero, se traza una distinción nítida entre consideraciones de *re* y de *nomine*, siendo tarea de estas últimas eliminar los pseudoproblemas y las disputas verbales; cuarto, la mayoría de los trabajos beben de los logros de la filosofía polaca del lenguaje, siendo la Escuela de Lwów-Varsovia su principal inspiración; quinto, los representantes de este espacio científico suscriben la visión clásica de la objetividad de la realidad y son partidarios del realismo y el esencialismo ontológico, lo que los lleva a aceptar la posibilidad del conocimiento objetivo, sin que ello implique, desde luego, defender un realismo metodológico ingenuo; y sexto, el ser humano es concebido como agente racional, esto es, como sujeto que conoce y actúa racionalmente. Esta última es, naturalmente, una suposición contrafáctica e idealizadora, pero hace posible el método científico y es precisamente la confianza en dicho método la que permite alcanzar soluciones objetivas —o al menos objetivadas— a los problemas.

Por último, conviene señalar que para las teorías analíticas del derecho, especialmente las de la tradición anglófona, la pregunta fundamental gira en torno a su concepto o naturaleza. En la tradición de la Escuela de Poznań, rara vez se plantea esta pregunta. Sus representantes se dedican a una labor analítica centrada en la aplicación del derecho, el razonamiento jurídico y la teoría de la estructura del sistema legal, pues este análisis no exige adoptar una respuesta específica a la pregunta sobre su naturaleza. Basta con identificar ciertas formas de razonamiento jurídico o ciertos órdenes normativos como sistemas legales sobre la base del uso lingüístico o de la definición (Smolak y Kwiatkowski, 2022, pp. 7-10).

La actividad académica de Ziemiński, que se prolongó durante medio siglo, dio como fruto más de 300 publicaciones: monografías, manuales, apuntes de cátedra y artículos de debate. Si tuviésemos que hacer una selección mínima de sus obras más importantes, esta comprendería: en el ámbito del análisis formal-lingüístico de los fenómenos jurídicos, las monografías *Fundamentos Lógicos de la Teoría del Derecho* (1966) y *Problemas Fundamentales de la Teoría del Derecho* (1980), así como dos obras escritas en colaboración con Maciej Zieliński: *Justificaciones de Enunciados, Valoraciones y Normas en la Ciencia Jurídica* (1988) y *Directivas y el Modo de su Expresión* (1992). También fueron de singular relevancia sus reflexiones sobre el estatuto metodológico de las ciencias jurídicas, expuestas de manera más acabada en *Problemas Metodológicos de la Teoría del Derecho* (1974) y en *Esbozos sobre la Metodología de las Ciencias Jurídicas Particulares* (1983). Sus reflexiones sobre ética y axiología quedaron plasmadas en *Problemas Éticos de la Ciencia Jurídica* (1972), en la *Introducción a la Axiología para Abogados* (1990), en los *Estudios Sobre la Comprensión de la Justicia* (1992) y *Sobre la Comprensión del Positivismo Jurídico y el Iusnaturalismo* (1993), así como en los libros *Valores Constitucionales: Esbozo de la Problemática* (1993) y *La Justicia Social como Concepto Jurídico* (1995). Junto con Sławomira Wronkowska y Maciej Zieliński, publicó, además, *Principios del Derecho: Cuestiones Fundamentales* (1974). Por supuesto, su actividad científica estuvo orientada hacia la teoría del derecho, disciplina en la que alcanzó un reconocimiento como académico de primer orden y en la que obtuvo proyección internacional. La obra central en este ámbito es *Problemas Fundamentales de la Teoría del Derecho* (1980), una síntesis de muchos de sus estudios monográficos anteriores.

3. Los conceptos teórico-jurídicos de Zygmunt Ziemiński

Entre los teóricos del derecho polacos, durante los años en que Ziemiński desarrolló su actividad, era bastante extendida la creencia de que el derecho, como fenómeno cultural, no podía explicarse plenamente desde una única perspectiva formal-dogmática. Su teoría fue una expresión de esta posición (Kordela, 2015, p. 232). La propia definición de su teoría –como teoría de los fenómenos jurídicos– implica que el objeto de investigación abarca tanto su dimensión lingüística (lógico-lingüística) como su condición de hecho social (Ziemiński, 1980, p. 44) y esta caracterización polifacética del derecho pone de manifiesto que este constituye un específico tipo de hecho social. Por otro lado, junto a estas evidentes inspiraciones sociológicas, la teoría de Ziemiński también permite identificar un sólido componente axiológico.

Desde luego, en este breve esbozo no abordaré todas las cuestiones que Ziemiński trató, sino únicamente aquellas en las que el componente resulta más visible. Estas inclinaciones axiológicas pueden rastrearse en el concepto de fuentes, en la interpretación y en el razonamiento jurídico. Según él, el concepto de fuentes del derecho en un sistema jurídico determinado debería articularse en torno a seis elementos: 1) la indicación de la justificación política del sistema en su conjunto; 2) la determinación de las competencias legislativas de las autoridades estatales; 3) el establecimiento del estatus de la costumbre y el precedente; 4) la formulación de un catálogo de reglas interpretativas admisibles; 5) la formulación de un catálogo de reglas de inferencia admisibles; y 6) la formulación de un catálogo de reglas para la resolución de conflictos normativos (Ziemiński, 1978, p. 80).

Los seis elementos mencionados toman la forma de dos tipos de reglas: el primero comprende las reglas de validación del sistema, es decir, reglas que exigen que ciertos hechos sociales sean calificados como actos que introducen normas en el sistema jurídico; los tres últimos, por su parte, constituyen la base de las reglas de exégesis jurídica, esto es, reglas que exigen vincular ciertos hechos jurídicos con el

hecho de crear normas de contenido determinado. Conviene señalar que tanto las reglas de validación como las de exégesis se proyectan, directa o indirectamente, sobre la esfera no directiva, es decir, la esfera de las valoraciones. Esto resulta más evidente cuando se legitima el sistema en su conjunto.

La validez de las normas jurídicas se justifica al señalar que su creación se origina en las normas de competencia de orden superior. Esta remisión resulta imposible cuando está en vigor una constitución, pues esta es un acto jurídico no sometido a ningún acto jurídico superior –jerárquicamente prevalente– (Kordela, 2015, p. 233). Según Ziemiński, el establecimiento de estas normas de competencia iniciales no constituye un acto jurídico en sentido estricto, sino un acto social; el sistema jurídico se trata como un sistema vinculante en la medida en que, en un contexto político y social determinado, es eficaz. Las fuentes de esta eficacia pueden ser múltiples: el poder coercitivo, la aceptación social, el consenso en torno a la importancia de ciertos bienes morales y la eficacia económica. Todas ellas, en su justificación oficial como acto soberano –no fundada en competencia formal–, remitirán siempre a los valores ideológicos de una doctrina política comúnmente aceptada (Ziemiński, 1993, p. 43).

Podría parecer que otro componente del concepto de fuentes del derecho –las competencias legislativas– carece de ese elemento. Aunque son las más formalizadas, una norma que actúe como norma de competencia debe definir una acción convencional determinada cuya realización crea o modifica las obligaciones del destinatario. La base material de tales acciones son ciertos hechos sociales, como la firma de un reglamento por un ministro o la aprobación de una ley por los parlamentarios mediante votación a mano alzada.

Los sistemas jurídicos pertenecientes a la tradición romano-germánica (en los que los actos de creación del derecho están claramente separados de los actos de aplicación) excluyen el precedente judicial como fuente autónoma del derecho. La situación respecto del estatus del derecho consuetudinario en el ordenamiento jurídico polaco, sin embargo, es distinta. Si bien la costumbre no tiene carácter vinculante en virtud de su incorporación al sistema jurídico mediante un acto que reconozca la norma consuetudinaria, sobre la base de los postulados de la doctrina constitucional y a la luz de la obligación de Polonia de cumplir con el derecho internacional vinculante –cuyo componente esencial es precisamente la costumbre– (artículo 9 de la Constitución de la República de Polonia), se reconoció que una práctica consolidada de una determinada conducta, unida a la convicción generalizada de su obligatoriedad jurídica, podría constituir la base de un acto formal de reconocimiento e incorporación al sistema jurídico de la norma consuetudinaria resultante. Tal acto de reconocimiento requiere, naturalmente, justificación en los hallazgos de la sociología y la psicología para constituir un argumento eficaz a favor de dicho reconocimiento.

Por último, resulta inevitable advertir que las reglas de exégesis de un texto jurídico –esto es, las reglas interpretativas, de inferencia y de resolución de conflictos– también contienen un componente axiológico. En principio, todas estas reglas, sustentadas en el supuesto de la racionalidad del legislador, exigen derivar de las disposiciones jurídicas vigentes aquellas normas de conducta que no solo sean lingüísticamente coherentes, sino que también satisfagan los criterios de una justificación axiológica adecuada y tengan capacidad para orientar eficazmente el comportamiento de sus destinatarios. Además, la eficacia del derecho antes aludida debe estar precedida de un proceso legislativo correctamente articulado, en el que la decisión del legislador sobre una regulación concreta de la realidad social esté precedida de una investigación empírica rigurosa sobre la efectividad de dicha

regulación (Ziemiński, 1974, pp. 184-189). En teoría, esto permite no solo limitar – sin eliminar– la ineficacia de las normas establecidas, sino también reducir la promulgación de normas mutuamente contradictorias (Ziemiński, 1969, pp. 88-92). Lógicamente, cuando el legislador establece normas contradictorias, queda por recurrir a las reglas de resolución de conflictos normativos –como la *lex posterior derogat legi priori*–, las cuales determinan la modificación pertinente de las normas en conflicto o justifican la inaplicabilidad de una de ellas, por ejemplo, sobre la base de la regla *lex superior derogat legi inferiori*.

Como puede apreciarse fácilmente, el concepto de fuentes del derecho de Zygmunt Ziemiński se sustenta en gran medida en valores o juicios de valor políticos e ideológicos, que constituyen un componente esencial del proceso de interpretación y del razonamiento jurídicos, por no hablar de la argumentación. Esta necesidad se fundamenta en la presunción de que el legislador es racional y de que ningún producto de su voluntad puede constituir una norma legal si no encuentra una justificación axiológica adecuada en su sistema de valores. El legislador, como axiólogo racional, al tomar la decisión de someter una parte de la realidad social a regulación, debe asimismo guiarse por un preciso sistema de valores ordenado y estable.

Este supuesto se expresa en dos tipos de actividad mental del jurista: la aplicación de la interpretación funcional y el razonamiento jurídico que remite a la premisa de la coherencia de los juicios de valor del legislador. Las directivas de interpretación funcional cumplen una doble función. Por un lado, permiten: 1) formular argumentos que confirman el resultado inequívoco de la interpretación lingüística; y 2) seleccionar las normas jurídicas con la mayor justificación axiológica. Por otro lado, permiten argumentar: 3) sobre el ámbito de aplicación o de regulación de las normas ante la vaguedad de determinados términos (*analogia legis*); y 4) en favor de cuestionar la racionalidad lingüística del legislador a través de la modificación del significado de los términos inequívocos (interpretación restrictiva y extensiva) (Kordela, 2023, pp. 68-70).

Sin embargo, el fundamento axiológico en su razonamiento puede identificarse cuando justifica el paso de verificar que una norma concreta está en vigor a constatar que otra norma está en vigor –norma que *no figura en las disposiciones legales*, pero que se justifica por el mismo valor que las normas premisa (*analogia iuris*), o por un valor jerárquicamente superior en el sistema axiológico (inferencias del tipo *argumenta a fortiori* en sus dos versiones: *argumentum a minori ad maius* y *argumentum a maiore ad minus*).

Por otro lugar, los elementos axiológicos en su teoría pueden hallarse no solo a nivel de la interpretación del derecho, sino también en el de su aplicación. Igualmente, estos elementos comprenden no solo los valores atribuidos al legislador, sino también los valores extrínsecos del derecho que el legislador exige considerar al adoptar decisiones individuales y concretas. El instrumento primordial en este ámbito son las cláusulas generales, que Ziemiński distinguió en dos tipos: I y II. Las cláusulas generales de primer tipo imponen al tribunal la obligación de adoptar una decisión que contemple una valoración integral del caso concreto. Un ejemplo clásico es la inclusión en el texto jurídico de expresiones como «negligencia grave», «interés superior del menor», «causa justificada» y «crueldad especial». Cada uno de estos términos indica la necesidad de formular una valoración para determinar si una decisión concreta corresponde realmente al «interés del menor», si pondera debidamente las «razones importantes» o si aprecia correctamente la «negligencia grave». Las cláusulas generales de segundo tipo, en cambio, exigen que la decisión del tribunal esté en consonancia con las normas del ámbito extrajurídico de la moral o con los juicios de valor generalmente aceptados en la comunidad. La forma básica

de este patrón axiológico es el principio de equidad (Ziemiński, 1990, pp. 215-235; Ziemiński, 1972, pp. 164-197; Ziemiński, 1969, pp. 375-404).

4. La axiología del derecho en su obra

Antes de abordar las conclusiones axiológicas de Ziemiński, quisiera formular unas pocas aclaraciones terminológicas. Si se acepta que la tarea primordial de la axiología es el análisis de los valores, entonces, esta puede llevarse a cabo en distintos niveles. Por ejemplo, los valores pueden analizarse desde una perspectiva semiótica, pero también desde una filosófica. Por otra parte, la cuestión de la existencia de los valores queda delimitada por dos disputas metaéticas: la del naturalismo frente al antinaturalismo y la del cognitivism frente al anticognitivism.

En cuanto a la axiología del derecho, esta abarca dos ámbitos problemáticos: los valores del derecho y los valores en el derecho, así como la disputa entre el positivismo y el iusnaturalismo en torno a la relación entre el derecho y la moral. Claro está que las teorías del derecho natural y el positivismo jurídico adoptan posiciones axiológicas distintas. Por lo general, las teorías iusnaturalistas adoptan una postura objetivista en axiología, expresada en forma de idealismo axiológico, y una postura cognitivista en epistemología. El positivismo, en cambio, defiende una posición subjetivista en axiología y proclama el anticognitivism en la esfera epistemológica (Wróblewski, 1991, p. 128).

En este esbozo, por axiología del derecho entiendo la reflexión sobre dos cuestiones: el valor del derecho y los valores en el derecho. Ciertamente, esta comprensión de la axiología no puede reducirse únicamente a los problemas psicológicos de la valoración. Esta conclusión se desprende de diversos problemas que exceden el alcance de este artículo. Por ello, para evitar un análisis psicológico innecesario, empleamos el lenguaje de los valores en lugar de hablar sobre valoraciones. Como se señaló, entre las cuestiones que más me interesan al respecto se encuentran las que conciernen no tanto a los valores en el derecho, o valores jurídicos, sino más bien a la evaluación del derecho en sí mismo. Formular una evaluación del derecho, por ejemplo, en términos de derecho justo o injusto, es, desde luego, muy complejo, cuando menos por la relativización polifacética de la justicia. Por lo tanto, las consideraciones sobre el valor del derecho deben ir precedidas de la definición del objeto de evaluación y de la perspectiva desde la que esta se lleva a cabo. No es difícil advertir que muy de vez en cuando, las consideraciones sobre la axiología del derecho van precedidas de una definición precisa de qué es exactamente lo que se evalúa en el derecho y desde qué perspectiva se realiza dicha evaluación (Ziemiński, 1990, p. 70). Dado el alcance de la problemática de la axiología del derecho, en este esbozo no abordaré las concepciones metodológicas de Ziemiński sobre qué es la axiología del derecho, cuál es su estatus metodológico ni qué tareas se asignan a esta subdisciplina. Tampoco me ocuparé del sistema de valores jurídicos expresados o declarados en las normas jurídicas, que conformarían un sistema de valores más o menos ordenado. También dejo de lado la comprensión que Ziemiński tiene de los términos «valor» y «objetivación del valor», ya que estas cuestiones no fueron centrales en su obra.

Desde esta perspectiva, al considerar el sistema jurídico y la aplicación de las normas jurídicas, la interpenetración entre el derecho y los valores morales imperantes conduce a la pregunta sobre la calificación moral del derecho como un todo. Por supuesto, el derecho debe ser justo; sin embargo, en la teoría de Ziemiński esta cuestión está vinculada a la construcción de un marco conceptual y terminológico preciso, así como de un marco argumentativo que sirva al jurista al comparar el orden de la *lex* con el orden del *ius*. El punto de partida adoptado por él es el concepto de

justicia formal, entendida como el principio que exige tratar por igual a todas las entidades pertenecientes a la misma categoría relevante. Ziemiński propone además catalogar y definir las fórmulas de justicia más comunes, dividiéndolas en dos conjuntos: fórmulas relativas a la distribución de cargas («a cada uno según sus habilidades», «a cada uno según sus capacidades», «a cada uno según su vocación») y fórmulas relativas a la distribución de bienes («a cada uno según sus necesidades», «a cada uno según su esfuerzo», «a cada uno según sus logros», «a cada uno según sus méritos», «a cada uno según su nacimiento», «a cada uno según lo que le corresponde por ley») (Ziemiński, 1992, pp. 91-129). Qué fórmula de justicia distributiva elegirá finalmente el legislador depende principalmente de la rama del derecho en la que vaya a aplicarse –en el derecho penal, las penas se distribuyen según criterios distintos a los de reparación en el derecho civil– y del tipo de bien que se distribuya.

Conviene señalar que el término «justicia» se emplea muy poco en el ordenamiento jurídico polaco. Sin embargo, la Constitución de la República de Polonia sí recoge el término «justicia social», que figura como principio constitucional. Ziemiński subraya que la justicia social debe someterse a un análisis pormenorizado en cada caso concreto de aplicación, a fin de determinar cuál de las múltiples fórmulas corresponde aplicar (Ziemiński, 1996, p. 36).

Resulta igualmente imposible dejar de notar que Ziemiński fue muy comedido al revelar sus propias preferencias axiológicas. No obstante, al mismo tiempo, dotó a los juristas y a los representantes de las ciencias jurídicas de un aparato conceptual fundamental en el ámbito de la axiología del derecho. Mostró que los enunciados desempeñan diversas funciones expresivas, descriptivas, performativas y directivas, pero señaló, a la vez, sus múltiples interconexiones y condicionamientos, que hacen que se entrelacen e incluso se condicionen mutuamente (Zieliński, Ziemiński, 1988, pp. 11-19). Ziemiński llevó a cabo un análisis exhaustivo del término «valoración», distinguiendo, además, numerosos tipos a lo largo de todo el conjunto de estas – simples y preferenciales, autónomas e instrumentales, unidimensionales y globales, individuales y genéricas– (Ziemiński, 1990, pp. 7-27). En su opinión, la multiplicidad de juicios de valor atribuidos al legislador sirve para construir un sistema de valores jerárquicamente ordenado, lo que permite mostrar que el proceso de interpretación, creación y aplicación del derecho se sustenta no solo en premisas intelectuales sino también en consideraciones valorativas (Kordela, 2015, p. 247).

5. La posición metaética de Ziemiński

En cuanto a su posición metaética, como representante de la corriente analítica, formuló sus puntos de vista sobre esta cuestión con suma cautela. Sostenía que, en principio, las concepciones metaéticas de los juristas deberían concernir, en particular –o quizás incluso exclusivamente– a la justificación de la elección de una fórmula específica de justicia. Por ejemplo, si tal posición se revelara en el caso de los jueces, exigiría abordar y resolver los problemas vinculados a la ontología de los valores y sus fuentes, o bien zanjar definitivamente los conflictos que se producen entre ellos, para lo cual los abogados no siempre están bien preparados.

A este respecto, posiciones metaéticas como el cognitivismo –en sus versiones naturalista o intuicionista– o el no cognitivismo –el emotivismo– resultan insuficientes para los juristas. El naturalismo metaético sostiene que el valor es una propiedad natural de ciertos estados de cosas, pero no responde a la pregunta de por qué una propiedad determinada se identifica con lo moralmente bueno. El intuicionismo, por su parte, trata los valores como estados cognitivos de la mente, sin considerar que las intuiciones pueden divergir entre las personas. El emotivismo, en

cambio, al tratar los enunciados sobre valores como meras formas de expresar emociones, conduce –según Ziemiński– a una consecuencia inaceptable: el reconocimiento de cualquier hecho psicológico como valor (Dybowski, 2023, pp. 231-247).

Por este motivo, aplicando su propio enfoque a la metaética, creía que las personas tienen un deseo genuino de conocer valores objetivos y de evitar el relativismo en la medida de lo posible. Desde luego, esto implica adoptar una suposición sobre lo que es bueno y lo que es malo.

Siguiendo esta línea de pensamiento, por mi parte considero que la objetividad de los valores no puede alcanzarse apelando a los valores de un grupo social determinado ni a los juicios divinos, pues cuando se cuestiona la autoridad absoluta de la sociedad, los valores quedan también en entredicho por resultar demasiado vagos.

Por último, debo señalar, que esta línea rechaza las denominadas concepciones idealizadoras, que reducen las valoraciones a las opiniones del hombre de sentido común o del representante típico de un grupo o clase social determinados.

Naturalmente, Ziemiński era muy escéptico respecto al emotivismo, ya que, para él, reconocer que no existen valores objetivos es un instrumento insuficiente para resolver los problemas axiológicos que los juristas deben afrontar. Según él, el emotivismo conduce a consecuencias inaceptables: cualquier valoración sería un hecho mental y los valores no serían más que un registro de dichos hechos mentales. Cabe adoptar, desde luego, una postura minimalista y admitir que los problemas que los juristas tienen que resolver están libres de metafísica y no exigen asumir ningún supuesto filosófico. Sin embargo, esta es una solución difícil de sostener a largo plazo. Una posible salida, argumenta Ziemiński, consiste en construir un consenso naturalista en torno a las propiedades naturales –en sentido amplio– identificadas con el bien, como la amistad, la lealtad o la belleza. Sin embargo, fue muy cauteloso al formular su propia posición metaética y subrayó la importancia de la claridad en las disputas sobre valores antes de indicar cómo zanjarlas.

También merece mención su postura respecto de la evaluación moral del derecho en general. Ziemiński no tomó posición sobre la relación entre *lex* e *ius*, mostrándose escéptico ante cualquier enfoque categórico: percibía el peligro asociado a adoptar una de las posiciones formuladas en el seno de las escuelas clásicas de filosofía del derecho (me refiero aquí al derecho natural y al positivismo jurídico). Aunque, por lo menos, intentó reconstruir la manera en que los juristas piensan sobre esta cuestión.

Al final de esta sección, quisiera plantear una pregunta fundamental para esclarecer la postura axiológica de Ziemiński: la de la cognoscibilidad de los valores. Considero que adoptó inicialmente una postura moderada no cognitivista. Sin embargo, con el tiempo evolucionó hacia la convicción de que los valores existen objetivamente y son cognoscibles. En su versión más débil, esta objetividad puede describirse como una aceptación social general. Ziemiński señaló la dificultad para conocer los valores, pero no descartó ni la argumentación racional relativa a un valor determinado ni la apelación a su fuerza jurídica. La oposición entre el derecho positivo y el derecho natural no significaba para él que el sistema jurídico dejara de cumplir con postulados fundamentales, como la protección de los derechos humanos. Simplemente formula y propone otras formas de argumentación a favor de la protección de dichos valores. En otras palabras, la argumentación es distinta, pero el efecto es el mismo (Kordela, 2015, p. 248).

Ziemiński, que cultivó la teoría analítica del derecho —a menudo clasificada como positivista por su método de reflexión sobre el derecho—, podría ser considerado por muchos como un positivista. La asociación entre la teoría analítica del derecho y el positivismo jurídico se basa en la creencia de que aquella —o, más concretamente, el análisis conceptual— no puede proporcionar ningún conocimiento sobre el mundo independiente de la mente, o, en una versión más moderada, que no nos proporciona conocimiento sobre el mundo, sino que únicamente permite reconstruir teorías compartidas sobre ciertos aspectos de la realidad. Esta objeción se aplica también —o quizás incluso con mayor razón— al conocimiento de los valores. Sin embargo, tratar a Ziemiński como un positivista jurídico sería excesivo: defendió siempre que el análisis lingüístico de los conceptos jurídicos no excluye la formulación de postulados axiológicos relativos al contenido del derecho y al fundamento de su validez.

6. Conclusiones

No es tarea sencilla presentar la figura y los logros científicos de Zygmunt Ziemiński. Fue un académico con un conocimiento inmenso y una autoridad reconocida, dotado de un talento excepcional y de una aguda perspicacia investigadora. Sus intereses académicos abarcaron la lógica, la sociología, la teoría del derecho y la ética. Sus conceptos teórico-jurídicos originales le valieron, sin duda, un reconocimiento internacional e inspiraron a un grupo de investigadores que, a partir de sus supuestos iniciales, demostraron sus numerosas aplicaciones.

Como se señaló, Ziemiński procedía de la corriente analítica de la Escuela de Lwów-Varsovia, por lo que, siguiendo los pasos de su maestro Kazimierz Ajdukiewicz, evitó pronunciarse sobre qué constituye el derecho justo y el derecho moral. Lo característico de su obra científica es la convicción de que el derecho, en tanto fenómeno polifacético, debe comprenderse, ante todo, desde una perspectiva lingüística. Las referencias a consideraciones filosóficas o axiológicas ocupaban, en cambio, un lugar secundario, lo cual, a mi juicio, obedecía a su actitud metodológica general y a su aproximación a la ciencia jurídica.

Dada su postura metodológica, cabe sostener que estaba más próximo al positivismo jurídico blando que al iusnaturalismo. Por ello, me parece razonable afirmar que adoptó la posición de un árbitro que señalaba las ventajas y debilidades tanto del positivismo jurídico como del iusnaturalismo. Así, reprochó a las teorías del derecho natural que se apoyaran en múltiples concepciones de la naturaleza, al tiempo que advertía que el positivismo remite al concepto de poder, que es un concepto extrajurídico.

A pesar de todas estas reservas, sus conceptos teórico-jurídicos poseen una profunda dimensión axiológica: el constructo metodológico y teórico central que le permitió dotar a los conceptos de fuentes del derecho, de reglas de validación y de exégesis jurídica de una dimensión axiológica fue el de *legislador racionalmente axiológico*. Este concepto consiste en un conjunto de supuestos idealizadores —modelizadores y contrafácticos— que revelan las propiedades esenciales de las prácticas en las que los juristas se comprometen respecto de un sistema jurídico determinado. Tratar al legislador como una entidad singular cuyas acciones están guiadas por una axiología ordenada y relativamente estable permite una interpretación uniforme del derecho y justifica el rechazo de aquellas acciones del legislador que violan las exigencias de la racionalidad axiológica. Por último, Ziemiński atribuyó la mayor importancia a la justificación axiológica del derecho y llegó incluso a considerarla una condición de su eficacia.

Para concluir, quisiera llamar la atención sobre un elemento adicional que no ha sido abordado con suficiente claridad hasta ahora. La singularidad de la obra académica de Ziemiński no derivaba únicamente de su perspicacia, rigor e intuición científica, sino también de la actitud intelectual general que adoptó en su época, actitud que, lamentablemente, ha desaparecido en gran medida hoy en día.

Ziemiński se guiaba por la convicción de que dedicarse a la labor científica también implica cumplir el papel social de académico y profesor (Smolak, 2006, p. 83).

Bibliografía

- Dybowski, M. (2023). Zygmunt Ziemiński (1920–1996). In F. Longchamps de Berier, F. Domingo (Eds.), *Law and Christianity in Poland. The Legacy of the Great Jurists*, (pp.231-247). Routledge.
- Kordela, M. (2015). Teoria prawa Zygmunta Ziemińskiego, *Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna*, 1, pp. 230-249.
- Kordela, M. (2023). Values in Zygmunt Ziemiński's Theory of legal Interpretation: Sources, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2, pp.63-71.
- Smolak, M. (2006). Zygmunt Ziemiński, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 2, pp. 80–83.
- Smolak, M., Kwiatkowski, P. (2021). Poznań School of Legal Theory: Origins-People-Ideas. In M. Smolak. P. Kwiatkowski (Eds.), *Poznań School of Legal Theory*, (pp.1-28). Brill.
- Wronkowska, S. (2022). *Zygmunt Ziemiński. Gandhi*. Wydawnictwo Naukowe UAM w Poznaniu.
- Wronkowska, S., Ziemiński, Z. (2001). *Zarys teorii prawa*. Ars boni et aequi.
- Ziemiński, Z. (1993). *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*. OWN.
- Wróblewski, J. (1991). *Prawo. Metodologia. Filozofia. Teoria Prawa*. PWN.
- Zieliński, M., Ziemiński, Z. (1988). *Uzasadnianie twierdzeń, ocen i norm w prawoznawstwie*. PWN.
- Ziemiński, Z. (1966). *Logiczne podstawy prawoznawstwa*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Ziemiński, Z. (1969). Koncepcja moralności jako zbioru zasady dobrego współżycia, *Studia Filozoficzne*, pp. 375–404.
- Ziemiński, Z. (1969). O rodzajach niezgodności norm, *Studia Filozoficzne*, 1, pp.88-92.
- Ziemiński, Z. (1972). *Etyczne problemy prawoznawstwa*. Ossolineum.
- Ziemiński, Z. (1974). *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*. PWN.
- Ziemiński, Z. (1978). *Teoria prawa*. PWN.
- Ziemiński, Z. (1980). *Problemy podstawowe prawoznawstwa*. PWN.
- Ziemiński, Z. (1990). *Wstęp do aksjologii dla prawników*. Wydawnictwo Prawnicze.
- Ziemiński, Z. (1992). *O pojmowaniu sprawiedliwości*. Instytut Wydawniczy Daimonion.
- Ziemiński, Z. (1993). *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*. Ośrodek Wydawnictw Naukowych, PAN.
- Ziemiński, Z. (1996). *Sprawiedliwość społeczna jako pojęcie prawne*. Wydawnictwo Sejmowe.

La creación del derecho frente a su establecimiento y aplicación*

The making of law through its establishment and application

Zygmunt Ziemiński
Universidad Adam Mickiewicz de Poznań

Cita recomendada:

Ziemiński, Z. (2026). La creación del derecho frente a su establecimiento y aplicación, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 369-376.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10392>

Recibido / received: 18/03/2026
 Aceptado / accepted: 08/04/2026

Las consideraciones relativas al rol de la jurisprudencia como fuente creadora de derecho requieren una ordenación previa del aparato conceptual relativo a los procesos de creación, establecimiento y aplicación del derecho. En efecto, los términos mencionados son en gran medida polisémicos: a cada uno de ellos corresponde una familia sumamente compleja de significados que abarcan elementos de contenido en parte coincidentes y en parte divergentes. Si se formulan definiciones pretendidamente informativas de dichos términos, estas resultan tan generales que encubren las diferencias esenciales de significado vinculadas con estos términos. Para llevar a cabo de manera adecuada las consideraciones sobre el tema indicado al inicio, resulta necesario, por tanto, formular definiciones con profundidad adecuada que, por ello mismo, adquieren el carácter de definiciones regulativas en el marco del lenguaje jurídico existente – la utilidad de estas definiciones depende, en particular, del grado en que permitan sistematizar los problemas teóricos en un área dada.

Algunos enfoques simplistas bastan para la formulación de tesis simplificadas. Así, por ejemplo, la tesis o el postulado de la división de poderes montesquiano se

* Traducción de Marta Wójtowicz-Wcisło, profesora de la Universidad de Varsovia. Esta traducción corresponde al texto del artículo de Zygmunt Ziemiński «La creación del derecho frente a su establecimiento y aplicación», publicado originalmente con el título «Tworzenie a stanowienie i stosowanie prawa» en la revista de la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań (*Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 55, 1993, z. 4, s. 43-50). Agradecemos a la revista *Etyka* de la Universidad de Varsovia, institución a la que pertenece la traductora, la predisposición para ofrecer la posibilidad de realizar la traducción de este texto al castellano, sin fines comerciales y con el propósito de acercar el pensamiento polaco al público hispanohablante.

fundamenta en la idea de que la creación del derecho se reduce a la emisión de disposiciones legales, identificadas con ciertas normas generales, mientras que la aplicación del derecho (en particular, la aplicación judicial – porque no se toma en consideración el tipo directivo de aplicación del derecho por la administración) se reduce a actos de subsunción, de carácter algorítmico («lógico», «silogístico», «mecánico»). De ahí deriva la concepción del juez como mera «boca de la ley». De manera análoga, se configura la concepción simplista del establecimiento y la aplicación del derecho en versiones simplificadas del positivismo jurídico. Evidentemente, tales enfoques simplistas provocan una crítica fácil. En efecto, la creación del derecho no se reduce a la mera emisión de disposiciones o decisiones precedenciales, ni la aplicación del derecho se reduce a la derivación de normas individuales a partir de disposiciones jurídicas supuestamente ya dadas susceptibles de subsunción.

El sistema de normas jurídicas se caracteriza como un conjunto adecuadamente ordenado de normas generales que imponen o prohíben una determinada conducta, ya sea de un modo directo o mediante atribuir a ciertos sujetos la competencia de dar normas, incluida la facultad de señalar conductas concretas a los sujetos sometidos a un sistema dado.

Tal caracterización del sistema de normas jurídicas presenta ciertos rasgos de enfoque idealizador, dado que el conjunto de normas en algún sentido jurídicamente vinculantes para los ciudadanos y otros sujetos nunca constituye, en la práctica, un sistema plenamente coherente, claramente delineado y exento de contradicciones. Entre otras razones, porque la concepción normativa de las «fuentes del derecho» del sistema considerado generalmente nunca se encuentra completamente definida. La concepción normativa de las «fuentes del derecho» de un sistema dado incluye un conjunto de reglas de validación, es decir, reglas que ordenan reconocimiento de determinados hechos sociales (como la legislación o la formación de costumbres, entre otros) como hechos creadores de derecho; asimismo, un conjunto de reglas de exégesis, esto es, reglas interpretativas, de inferencia y de resolución de conflictos, que vinculan los hechos considerados como creadores de derecho con determinadas normas de conducta. Así pues, por ejemplo, a partir de disposiciones jurídicas de diversa índole, por vía interpretativa se reconstruyen («se decodifican»)¹ determinadas normas acerca de quién, cuándo y qué debe hacer o no hacer; a partir del hecho de la vigencia de ciertas normas jurídicas se infiere, conforme a reglas inferenciales específicas, la vigencia de otras; y mediante reglas de resolución de conflictos se eliminan las incoherencias entre las normas del conjunto que ha de constituir el sistema. Del mismo modo, a partir de un caso precedente resuelto de una determinada manera, se infiere, en cierto sentido, de forma reductiva, que dicha resolución se llevó a cabo con base en una norma general que debe considerarse vigente. A partir de la práctica de conducta reiterada de los miembros de la sociedad en determinadas situaciones, acompañada de la convicción de que tal conducta es jurídicamente exigida, se deduce la formación de una norma jurídica consuetudinaria o bien, en los marcos de una institución jurídica – cierta costumbre jurídica, etc. No vamos a entrar aquí en consideraciones relativas a los fundamentos de la vigencia jurídica de las normas del derecho natural, de los «principios de convivencia social», de la «naturaleza de las cosas», de *reason*, etc.²

El contenido de las normas jurídicas se crea bajo la influencia de las configuraciones existentes de relaciones sociales y de ideologías influyentes, pero en

¹ Véase más: M. Zieliński, *Interpretacja jako proces dekodowania tekstu prawnego*, (Poznań, 1972, p. 14 y ss.).

² Véase más: Z. Ziemiński, *O pojmowaniu pozytywizmu oraz prawa natury*, (Poznań, 1993, p. 29 y ss.).

cada caso la inclusión de una norma en el sistema jurídico se produce finalmente mediante un acto de carácter convencional:³ mediante el acto de reconocimiento de una determinada norma consuetudinaria, moral, etc., como norma del sistema jurídico, lo cual pueda consistir en constituir base para realización de ciertos actos de los órganos estatales o de autogobierno; mediante un precedente reconocido como creador de derecho; pero sobre todo mediante la emisión de disposiciones jurídicas en forma de un acto dotado con competencia del órgano. En el caso de precedente y de la emisión de disposiciones, se puede hablar sin duda de la creación del derecho. Sin embargo, en ambos casos, la emisión de una resolución precedente o la emisión, conforme a las competencias y en una situación social adecuada, de una disposición –o más bien de un conjunto de disposiciones a partir de las cuales puede inferirse una determinada norma de conducta– constituye en realidad solo un fragmento inicial del proceso de creación del derecho. La resolución precedente o las disposiciones emitidas se convierten en una base para el reconocimiento de determinadas normas como jurídicamente vinculantes solo en consecuencia de una exégesis específica de las mismas (lo cual se suele nombrar como elaboración del texto jurídico, elaboración del precedente, *interpretatio*, *ratio cinatio*, inferencias denominadas «interpretación lógica», razonamiento por analogía, etc.). Cabe señalar que un texto al que no se le atribuye una determinada interpretación constituye objeto de interés únicamente para calígrafos o impresores. Un texto no tiene significado mientras no se le atribuya algún sentido. Si en ocasiones sucede que una disposición jurídica es similar en su forma a una norma de conducta –enunciando al ser desarrollada quién, cuándo y cómo debe comportarse– y el sentido de las expresiones contenidas en dicha disposición es aproximadamente unívoco en una lengua étnica dada, entonces no se percibe el proceso de interpretación de la disposición, lo cual en la doctrina tradicionalista del derecho se expresa mediante el adagio *clara non sunt interpretanda*. En esencia, se trata aquí de que, en tales casos, la decodificación de la norma jurídica a partir de las disposiciones jurídicas no suscita dificultades ni dudas. En práctica, al realizarse un análisis un tanto más detenido, una atribución un-unívoca de una norma jurídica a una disposición jurídica sobre la base de reglas lingüísticas de interpretación es algo excepcional, teniendo en cuenta al menos el hecho de que la interpretación se realiza en el contexto lingüístico de otras disposiciones (*incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere*).

En aquellos casos en los que la interpretación de las disposiciones de una ley que está construida de manera transparente, de modo que el proceso de decodificación de normas a partir de disposiciones resulta generalmente evidente, cuando el sentido de las expresiones específicas de la ley es en general indiscutible a la luz de las reglas lingüísticas de interpretación, mientras que las inferencias realizadas en el marco de la exégesis siguen reglas de inferencia basadas en relaciones lógicas o en relaciones instrumentales evidentes entre la realización de normas, a la vez que las eventuales incompatibilidades entre normas se eliminan mediante reglas formales de resolución de conflictos – la aplicación del derecho puede aproximarse al modelo de Montesquieu. Teniendo en cuenta que tales condiciones no se dan con frecuencia, que las disposiciones se formulan en lenguaje étnico natural, solo parcialmente precisado por definiciones legales o definiciones generalmente aceptadas en la ciencia jurídica, los casos de subsunción simple («mecánica») son escasos. La opinión sobre esta cuestión depende, por lo demás, del grado de tolerancia respecto a la falta de precisión de las reglas de exégesis (además interrelacionada de manera recíproca con dudas relativas al contenido exacto de las reglas de validación concernientes a la vigencia de algunos actos creadores de derecho). Así pues, solo en algunos casos modelo no hay base alguna

³ Véase más: L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, Czynności konwencjonalne w prawie, *Studia Prawnicze*, 1972, t. 33, pp. 73-99.

para afirmar que la jurisprudencia en una determinada materia carece indudablemente de carácter creador de derecho.

La idea de que la jurisprudencia desempeña en cierta medida una función creadora de derecho aparece también en relación con otros casos, y con una intensidad distinta debido a la diversidad de características de estos casos.

Los casos más convincentes para sostener la existencia de elementos creadores de derecho en la jurisprudencia son aquellos, en los que en las disposiciones reconocidas como vinculantes aparece una laguna estructural (laguna tética), consistente en remisión que se hace en disposiciones a la realización de ciertos actos convencionales con efectos jurídicos (actos jurídicos *sensu largo*), pero faltan reglas que determinen la manera de realizar un determinado acto; o bien los casos, en los que se da claramente una laguna axiológica, es decir, falta de regulación con respecto a conductas de determinada índole, falta de regulación en casos, en los que dicha regulación es indispensable para el funcionamiento del sistema jurídico dado. El tribunal, al dictar en tales casos una resolución basada en premisas de legitimidad o de sentido común, busca un punto de apoyo, por ejemplo, en los principios generales del derecho mencionados en la Constitución, o bien invocando normas consuetudinarias o principios de convivencia social, que de algún modo distante y poco claro se tienen en cuenta como hechos creadores de derecho. Cuando el tribunal proporciona una justificación para tal decisión, formula, al menos en términos generales, una cierta norma de conducta relativa al caso dado, y el principio formal de justicia de tratar casos similares de manera similar exige considerar dicha norma de conducta como una norma general para otros casos de este tipo. En tales casos, la jurisprudencia constituye un factor que crea el contenido de las decisiones en los marcos delimitados por las disposiciones legales solo en líneas generales.

Es posible encontrar elementos del papel creador de derecho de las resoluciones judiciales en estos casos cuando la base de la resolución se apoya en la *analogia iuris*⁴, es decir, en un tipo específico de razonamiento en el cual, a base de que en un sistema dado existen normas que encuentran su justificación axiológica en evaluaciones de cierto tipo, se reconoce como obligatoria una norma que, aunque no está expresada en las disposiciones legales, encuentra justificación también en evaluaciones de un tipo dado. En tal configuración, un elemento de creación del derecho puede aceptarse debido a que en este razonamiento, al introducir una suposición acerca de la justificación axiológica de ciertas normas, se reconoce como obligatoria otra norma de esta especie, aunque no tenga una justificación estructural directa en forma de alguna disposición.⁵ La desconfianza hacia los razonamientos a partir de la *analogia iuris*, que en ciertas áreas del derecho se consideran expresamente inadmisibles, está, sin embargo, menos justificada que en los casos en los que, de manera casi inductiva, a partir del tipo de premisas mencionado anteriormente, se reconocen principios generales del derecho, como por ejemplo el principio de la primacía del bien del menor en el derecho de familia. En efecto, sobre la base de premisas que consisten en una suposición acerca de la justificación axiológica de normas expresamente establecidas, no se reconoce como obligatoria

⁴ J. Nowacki analizó exhaustivamente las diferentes formas de entender la analogía en el derecho en su obra *Analogia legis*, Warszawa, 1966; véase también A. Redelbach, S. Wronkowska y Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Warszawa, (1992, pp. 208-213).

⁵ Sobre la justificación tética y la justificación axiológica de las normas, véase: Z. Ziemiński *Normy tetyczne a normy aksjologiczne w koncepcji Cz. Znamierowskiego*, *Studia Filozoficzne* 1963, nro. 2, pp. 87-112.

una norma particular de ese tipo, sino un principio de un alto grado de generalidad.⁶

En ocasiones se quiere ver un elemento de creación del derecho en el caso de resoluciones cuya base jurídica se apoya en una interpretación que tiene en cuenta premisas valorativas, como sucede cuando se recurre a reglas funcionales de interpretación. Como es sabido, estas reglas, especialmente en casos de ambigüedad lingüística de las disposiciones de una ley, ordenan extraer de dichas disposiciones aquellas normas que encuentren la justificación axiológica más sólida en evaluaciones atribuidas a un legislador concebido de manera idealizada. Ahora bien, en aquellos casos en los que resulta difícil encontrar una determinada *ratio legis* o en los que se señalan actualmente premisas valorativas claramente distintas de aquellas que podrían atribuirse con fundamento a los legisladores históricos,⁷ la referencia a nuevas valoraciones sustancialmente diferentes (eventualmente en relación con un conocimiento sobre las regularidades de la vida social radicalmente distinto del anterior) y la introducción de elementos esencialmente nuevos en el proceso de exégesis de los textos jurídicos, se suele considerar como un elemento de creación del derecho.

Eventualmente, podría encontrarse un elemento de creación del derecho en el caso de algunas resoluciones dictadas sobre la base de las disposiciones que contienen cláusulas generales, es decir, las que otorgan la facultad de resolver cierto tipo de asuntos de una u otra manera dentro de los límites determinados, dependientemente de las evaluaciones adoptadas por el órgano decisor. En estos casos, habría que distinguir entre referencias a ciertos tipos de evaluaciones generales (por ejemplo, razones de legitimidad moral) o evaluaciones formuladas en relación con un caso concreto. Si el tribunal resuelve qué es lo que proclaman las razones de legitimidad, los principios de convivencia social o algunos tipos de evaluaciones determinadas de manera general, respecto a una situación de una especie dada, no es que el tribunal formule afirmaciones propias del ámbito de la ética descriptiva, como podría parecer a primera vista, sino que formula más bien cierta doctrina moral, declara su reconocimiento de ciertas normas morales o, en sentido más amplio – normas del *ethos*, como vinculantes en un ámbito dado. Aunque resulte difícil reconocerlo directamente como creación del derecho, sin duda constituye una modificación de ciertos elementos del sistema de normas jurídicas vigentes, al menos en lo que respecta a este tipo de cláusulas generales que remiten a determinadas evaluaciones genéricas.⁸

La jurisprudencia puede formular definiciones reguladoras de términos indeterminados *per genus et differentiam specificam*, o bien formular enumeraciones exhaustivas o ejemplificativas de lo que debe incluirse en el ámbito de un término dado con contenido indeterminado. En este último caso, resulta difícil trazar la frontera entre la precisión de la situación fáctica (esto es, que un caso dado puede ser calificado dentro del ámbito de un término de contenido supuestamente determinado) y la precisión de la situación legal (esto es, que una formulación dada de la disposición

⁶ Compárese con S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Zasady prawa. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1974, pp. 155-159.

⁷ Compárese con J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, p. 355 y ss.

⁸ Las cláusulas generales en sentido funcional se acercan a las cláusulas generales clásicas, es decir, aquellas que tienen forma de disposiciones que utilizan expresiones deliberadamente imprecisas (por ejemplo, «motivos importantes», «perjuicio considerable», «finalidad social del derecho», «ruptura definitiva de la convivencia matrimonial»), que, si bien no son expresiones valorativas en el sentido estricto de esta última palabra, atribuirles un contenido concreto implica una cierta visión valorativa del mundo –y, por lo tanto, las disposiciones que contienen tales expresiones pueden tener las mismas consecuencias que las disposiciones que contienen cláusulas generales clásicas; véase con más detalle: L. Leszczyński, *Klauzule generalne w stosowaniu prawa*, Lublin 1986, p. 21 y ss.

se refiere precisamente a casos de este tipo). Por consiguiente, si en la precisión del significado de ciertos términos legales por parte de la jurisprudencia pudiera percibirse un elemento de creación del derecho o de cocreación del derecho, entonces a veces puede surgir una duda de si en una resolución dada se trata de precisar el significado o de decidir sobre la calificación de cierto caso desde el punto de vista de algún significado determinado del término presente en la disposición.

Por vía de un extraño experimento mental, podría imaginarse el caso de la emisión, en formas previstas constitucionalmente, de una ley que contuviera disposiciones completamente incomprensibles. En tal situación, la jurisprudencia podría encontrar una solución basada en el principio de que, a falta de la imposición expresa de determinadas obligaciones a determinados destinatarios en determinadas circunstancias, los actos de los sujetos sometidos a un sistema jurídico dado que no estén cubiertos por otros actos legislativos carecen de relevancia jurídica (están permitidos y son al mismo tiempo facultativos). Sin embargo, si el tribunal comenzara a atribuir algún sentido normativo a disposiciones completamente ininteligibles, entonces sería precisamente el tribunal el que desempeñaría, ante todo, el papel de creador del derecho. Otra cuestión es que, a la luz del postulado de la «moral interna del derecho» de L. L. Fuller⁹, y sobre todo a la luz del sentido común, tales disposiciones jurídicas «no serían derecho», su emisión no constituiría un hecho creador de derecho, a pesar de que las constituciones no formulan una regla de validación según la cual las leyes son obligatorias solo si tienen un determinado sentido. Este supuesto parece ser demasiado evidente como para mencionarlo, aunque dicha evidencia quizás no sea tan evidente, ya que el grado de falta de claridad de las disposiciones varía desde una inteligibilidad prácticamente total hasta una ininteligibilidad considerable, que permite al tribunal resolver que de tales disposiciones no derivan determinadas obligaciones en una materia dada y, por tanto, que no existe base jurídica para una resolución positiva con respecto a tales obligaciones. No se trata de una «renuncia a dictar sentencia bajo el pretexto de la falta de claridad de la ley», sino de la constatación de que dicha ley no establece obligaciones de una especie dada.

La aplicación del derecho por los órganos administrativos (la llamada aplicación directiva del derecho¹⁰), en la cual las competencias del órgano aplicador del derecho se delinean de manera más amplia de lo que suele ocurrir en los casos típicos de aplicación del derecho judicial, conlleva mayores posibilidades de encontrar elementos de creación del derecho –lo cual requeriría un análisis separado.

Las conclusiones de las anteriores reflexiones generales sobre el papel creador del derecho de la jurisprudencia no pueden ser simples. Ante todo, estas cuestiones no pueden resolverse mientras no se recurra a un determinado conjunto de reglas de validación y reglas de exégesis, es decir, a una concepción normativa de las fuentes del derecho de un sistema dado, – incluso si se trate de una concepción en la que no se diga explícitamente nada sobre el carácter creador o no creador de la jurisprudencia.

Si la creación del derecho, entendida como la configuración deliberada del derecho por sujetos institucionalmente determinados, se redujera únicamente a la emisión de normas o de resoluciones precedenciales por parte de sujetos autorizados para ello, entonces tal concepción de las fuentes del derecho –que podría atribuirse a un positivismo entendido de forma simplista– constituiría una simplificación excesiva

⁹ Compárese con L. L. Fuller, *Moralność prawa*, Warszawa 1978, pp. 74-75.

¹⁰ Compárese con J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, ed. 2, Warszawa 1988, pp. 9-11.

de la realidad de los procesos de creación del derecho. Dicha concepción sería adecuada solo en relación con casos relativamente poco frecuentes, en los que las reglas de validación no contradictorias atribuyen de manera unívoca el carácter de hecho creador del derecho a la emisión, por parte de un órgano unívocamente determinado y en un área claramente determinada, de disposiciones con un significado normativo lingüísticamente no contradictorio, o bien en relación con casos de sentido precedencial no contradictorio de alguna resolución.

En realidad, la situación es mucho más compleja. Las reglas de validación, que imponen reconocimiento de ciertos hechos sociales como hechos creadores de derecho, de por sí no son suficientes para construir un sistema de normas jurídicas si no recurrimos (consciente o inconscientemente) a algún conjunto de reglas de exégesis y, además, – a algún conjunto de premisas, en particular premisas valorativas, que constituyen base para la aplicación de una serie de reglas interpretativas, inferenciales y de resolución de conflictos, distintas de las simples reglas lingüísticas de interpretación o de las reglas inferenciales basadas en relaciones de derivar normas a partir de normas. Estas premisas son especialmente importantes teniendo en cuenta la circunstancia de que las mismas reglas de exégesis, aplicadas a las mismas disposiciones, pueden dar un resultado diferente en caso de un cambio sustancial en el sistema de valores al que remite un sistema jurídico dado, por ejemplo, como consecuencia de un cambio radical en las evaluaciones preferenciales.

La jurisprudencia, en el caso de la llamada interpretación dinámica –que exige remitirse a los valores oficialmente aceptados en el momento de resolver el problema dogmático, y no a la interpretación denominada estática, que remite a los valores oficialmente aceptados en el momento de la emisión de la ley–, es en práctica una forma de determinar los valores en los que se basa el derecho y, por esta razón, constituye un factor que configura el contenido del derecho vigente. El que en nuestro país no se pueda limitar a la búsqueda de la «voluntad real del legislador histórico» resulta bastante evidente, especialmente para quienes en este país han vivido por más tiempo.

La cuestión de si algunas decisiones judiciales tienen o no carácter creador de derecho no es una pregunta que pueda resolverse siendo formulada de manera tan simple. En cada caso en el que un elemento creador de derecho podría encontrarse en las decisiones judiciales, enfrentamos conceptos ambiguos, y una caracterización compleja de la situación en la que se resuelven problemas dogmáticos. A la vez, estos problemas se resuelven en distintas instancias, y también se observan diferentes bajo ciertos aspectos resoluciones de las formaciones particulares en los órganos judiciales supremos, por lo cual en algunos casos enfrentamos un proceso lento de configuración de una línea jurisprudencial uniforme. A esto hay que añadir la compleja interdependencia entre la doctrina jurisprudencial y la doctrina académica, para comprender que a la pregunta planteada de una manera general sobre el papel creador de la jurisprudencia no se puede responder simplemente de forma afirmativa o negativa.

El hecho de que los órganos judiciales no tengan actualmente en nuestro país la competencia para emitir actos legislativos independientes de determinada especie es una cuestión de otra índole.

El hecho de que, en algunos casos, los órganos judiciales puedan considerar como no vinculantes algunas disposiciones emitidas sin conformidad con las reglas de validación del sistema –es decir debido a la falta de competencia del órgano emisor de dichas disposiciones, especialmente por haber excedido los límites de la facultad

legislativa otorgada o por su incompatibilidad con normas de rango superior— podría considerarse como una actuación creadora de derecho (en este caso, negativa), si se atribuyera a tales actuaciones judiciales un carácter constitutivo y no meramente declarativo (aunque sea declarativo con efectos vinculantes). Por lo demás, el control de la legalidad de la jurisprudencia plantea problemas de otro nivel que el control de la legalidad de la actuación de los órganos sobre la base del derecho establecido de una u otra forma (en particular, surgen problemas relativos a la legalidad de la actuación basada en derecho establecido sin respetar la legalidad).

Lo decisivo para determinar el carácter creador de derecho de una actuación dada es, probablemente, si una actuación dada —en un ordenamiento jurídico determinado— conduce a un cambio del ámbito de las acciones exigidas o prohibidas por la ley. Son los actos de precisión, con carácter generalmente vinculante, del contenido de las normas jurídicas obligatorias, a los que podría atribuirse el carácter creador de derecho, especialmente en aquellos casos en los que dicha precisión del contenido excede expresamente la zona de penumbra semántica, la franja de ambigüedad que la formulación de normas en el lenguaje ético natural suele conllevar.

La categoría de actuaciones a las que se atribuye carácter creador de derecho tiene límites difusos. Resultaría difícil, incluso, formular una definición reguladora que permitiera delimitar convencionalmente un ámbito preciso de actuaciones de carácter creador de derecho, ya que algunas de ellas presentan este carácter, al parecer, solo en un grado marginal.

La justificación sociotécnica de fórmulas igualitarias de justicia*

The sociotechnical justification of egalitarian formulations of justice

Zygmunt Ziemiński**

Universidad Adam Mickiewicz de Poznań

Cita recomendada:

Ziemiński, Z. (2026). La justificación sociotécnica de fórmulas igualitarias de justicia, *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 377-388.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10393>

Recibido / received: 18/03/2026
Aceptado / accepted: 08/04/2026

I

Si se concierta la postura de que la moralidad debe entenderse como un conjunto de principios de buena convivencia social,¹ entonces las valoraciones morales deben considerarse como valoraciones de segundo grado,² que aprueban el hecho de que alguien experimente placer porque a otra persona le ocurre algo bueno, y desaprueban el hecho de que alguien se alegre de la desgracia ajena. Muchas doctrinas morales influyentes remiten precisamente a esta concepción general de las valoraciones morales, aunque estas doctrinas difieren a menudo en cuanto a las

* Traducción de Marta Wójtowicz-Wcisło, profesora de la Universidad de Varsovia. Esta traducción corresponde al texto del artículo de Zygmunt Ziemiński «La justificación sociotécnica de fórmulas igualitarias de justicia», publicado originalmente con el título «Socjotechniczne uzasadnienie egalitarnych formuł sprawiedliwości i uwagi o artykule» en la revista de la Universidad de Varsovia (*Etyka*, 22, 1986, s. 87-99). Agradecemos a la revista *Etyka* de la Universidad de Varsovia, institución a la que pertenece la traductora, la predisposición para ofrecer la posibilidad de realizar la traducción de este texto al castellano, sin fines comerciales y con el propósito de acercar el pensamiento polaco al público hispanohablante.

** El presente artículo constituye un resumen de la ponencia presentada el 8 de enero de 1983 en el segundo simposio polaco-británico celebrado en Oxford: «*Objectivity and Ethics*». Entre otras cosas, se han omitido elementos que se desarrollan más ampliamente en mi artículo: Las relaciones entre la justicia y la igualdad, publicado en el vol. 19 de «*Etyka*». Las observaciones complementarias, inspiradas por la crítica del co-ponente J. Griffin, se encuentran en varios lugares entre paréntesis.

¹ Compárese con M. Ossowska, *Podstawy nauki o moralności*, Warszawa 1947, pp. 296-310.

² Cz. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, pp. 374-377.



siguientes cuestiones.³ En primer lugar, quién es –y quién no es– nuestro prójimo, es decir, un ser de la misma especie respecto del cual tenemos deberes morales dictados por la benevolencia. En segundo lugar –y este es el problema fundamental de las consideraciones emprendidas en este artículo–, qué fórmula de justicia debe aplicarse en relación con los asuntos de nuestros prójimos; es decir, qué característica relevante debe constituir la base de un trato igual cuando se trata de la distribución de ciertos bienes o, como sucede a veces, de la imposición de aquello que constituye un mal necesario. En tercer lugar, qué catálogo de bienes fundamentales, es decir, no instrumentales, debe adoptarse como los bienes que hemos de desear para nuestros prójimos. En cuarto lugar, qué conjunto de medidas podemos aplicar para asegurar la prosperidad de nuestros prójimos. En quinto lugar, qué principios deben adoptarse con respecto al alcance del sacrificio admisible de los bienes de unos sujetos para la prosperidad de otros.

Las polémicas relativas a la elección de una postura con respecto a estas cinco cuestiones fundamentales, que se mantienen entre las doctrinas morales contemporáneas, tienen tanto un aspecto objetivo como uno subjetivo. Los argumentos presentados en estas polémicas se basan, por un lado, en un conocimiento específico concerniente al mundo natural y al mundo social, y, por otro lado, –en los elementos fundamentales del sistema de valores adoptado por una persona, o en cualquier caso– en ciertas suposiciones valorativas. A pesar de que para los éticos que se sustentan en el absolutismo moral o el cognitismo en la metaética, la distinción entre estos dos fundamentos de la argumentación no es algo esencial, pero incluso ellos pueden aceptarla como una distinción útil en la práctica de las polémicas éticas.

La sociotécnica puede definirse como una ciencia práctica concerniente a los métodos para alcanzar los objetivos deseados en la vida social mediante una acción racional basada en el conocimiento sociológico acumulado.⁴

El objetivo principal de este artículo ha de ser la presentación de los argumentos sociotécnicos relativos a la aceptación o el rechazo de las fórmulas igualitarias de justicia cuyos efectos son evaluados de una u otra manera por una sociedad dada. (Por supuesto, los conceptos de justicia distintos en sus detalles, a los que estos argumentos pueden remitirse, solo pueden esbozarse aquí de manera muy simplificada).

II

Si nos remitimos al concepto de fórmula de justicia distributiva, tal como lo reconstruyó Ch. Perelman, a partir de la doctrina clásica de Aristóteles,⁵ sigue subsistiendo una controversia fundamental sobre qué característica de un elemento de cierto conjunto debemos considerar como esencial para el trato igualitario de aquellos que poseen dicha característica en un grado igual. La concreción de una fórmula de justicia entendida de manera tan general puede consistir en señalar alguna característica que distinga a determinadas personas o también en reconocer la mera humanidad de un individuo como base para el trato igualitario.⁶ A los seres humanos se los puede tratar entonces, por ejemplo, según sus méritos o según sus necesidades –y se considera justo tratar de la misma manera a los seres humanos

³ Compárese con. Z. Ziemiński, *Etyczne problemy prawnoznawstwa*, Wrocław-Warszawa 1972, pp. 56-89.

⁴ A. Podgórecki, *Zasady socjotechniki*, Warszawa 1966, p. 9.

⁵ Compárese con Ch. Perelman, *O sprawiedliwości*, Warszawa 1959, p. 30 y ss.

⁶ J. Rees, *Equality*, London 1972, pp. 107-108.

que en un aspecto dado son iguales. La fórmula radicalmente igualitaria de la justicia asume que todos los miembros del linaje humano (igualitarismo ilimitado) o que todos los miembros de alguna comunidad o grupo humano (igualitarismo limitado) deben ser tratados de la misma manera por la persona que toma la decisión sobre la distribución de ciertos beneficios y las cargas inevitables de la vida social. Según esta fórmula igualitaria, el hecho de que alguien sea humano o de que sea miembro de alguna comunidad debe ser un criterio esencial para tratarlo igual que a los demás. (Por supuesto, «trato igualitario» es un término genérico cuyo significado exacto en relación con diversas situaciones podría ser objeto de amplias reflexiones, las cuales conducirían a distinguir toda una tipología de fórmulas igualitarias cuyos aspectos particulares se entenderían de una manera diferente; por lo tanto, nos limitaremos aquí al ejemplo más sencillo de la distribución equitativa de los bienes).

La fórmula igualitaria perfeccionada de la justicia exige que se distinga entre los individuos desde el punto de vista de sus necesidades personales desiguales, de modo que todos los seres que son nuestros prójimos obtengan un nivel igual de satisfacción de sus necesidades desiguales –si se me permite utilizar esta expresión ilustrativa. Se puede polemizar sobre si esta fórmula va a denominarse igualitaria; en cualquier caso, contiene la idea de la satisfacción equitativa de las necesidades equivalentes, aunque distintas, de los individuos humanos. (En este planteamiento, sin embargo, surge la pregunta sobre el sentido de la expresión «grado igual de satisfacción de necesidades distintas», en particular el problema del punto de partida desigual en cuanto a la satisfacción de las necesidades, como mencioné anteriormente en el artículo *Związki między sprawiedliwością a równością* [Relaciones entre la justicia y la igualdad]).

Ahora bien, las muy diferenciadas fórmulas no igualitarias de la justicia exigen que se trate de la misma manera a los individuos que se distinguen por haber realizado esfuerzos menores o mayores para asegurar la prosperidad de otros miembros de la sociedad, por tener logros específicos en algún campo, por poner en riesgo su vida, su salud u otros bienes para lograr algo bueno, o también que se trate de una determinada manera igualitaria a las personas según su origen noble, burgués, campesino o proletario. La fórmula de justicia «a cada uno lo que le corresponde según la ley» no tiene un contenido concreto: es una fórmula general que puede tener carácter igualitario o no igualitario, dependiendo del contenido de las normas del sistema jurídico considerado.

Las fórmulas de la justicia no igualitarias suelen ser beneficiosas para las personas que son más productivas que los demás o cuya actividad es más fructífera, a quienes les favorece la suerte o que han heredado alguna riqueza. Sin embargo, en ocasiones las fórmulas de la justicia no igualitarias pueden estar orientadas a proteger a los miembros más débiles de la comunidad. Esto no es un invento de John Rawls; en el siglo XIII, Vicente Kadłubek proclamaba que «Justitia est quae maxime prodest ei qui minime potest»⁷ (Sería una fórmula, aunque directamente no igualitaria, pero igualitaria en la perspectiva de una igualdad de oportunidades en un sentido amplio).

Aparte de los condicionamientos obvios, por así decirlo, naturales, hay dos fuentes principales de la desigualdad humana real: la riqueza y el poder –entrelazados de múltiples maneras. Las polémicas acerca de la fórmula de la justicia distributiva conciernen sobre todo la distribución de bienes materiales y la concesión de prestigio social; sin embargo, son igualmente interesantes las polémicas acerca del acceso igual o desigual a la participación en el poder político. De acuerdo con este orden de

⁷ *Monumenta Poloniae Historica*, vol. I, Lwów 1872, p. 255, compárese con J. Rawls, *A Theory of Justice*, Oxford 1972, p. 83.

ideas, convendría considerar los problemas fundamentales relacionados con la fórmula igualitaria de la justicia, así como los argumentos a favor o en contra de la aplicación de dicha fórmula en una determinada área.

III

Los argumentos fundamentales aducidos a favor de la fórmula igualitaria de la justicia se basan, ante todo, aunque de ninguna manera exclusivamente, en la remisión al postulado axiológico de la igualdad de valor de cada ser humano. (Si no se reconoce el principio de la igualdad de valor de cada persona humana, entonces los argumentos a favor de la fórmula igualitaria de la justicia pierden en gran medida su fuerza). Las fórmulas de la justicia no igualitarias se sustentan principalmente en diversos tipos de argumentos de naturaleza intelectual, sobre todo en el conocimiento de las regularidades objetivas de la vida social, así como en el efecto estimulante de diversos tipos de gratificaciones y sanciones sociales, en particular los incentivos económicos; desde esta perspectiva, la aplicación consecuente de una fórmula igualitaria de la justicia podría conducir a un estancamiento de la vida social en ciertas áreas.

Así pues, los argumentos fundamentales a favor de la fórmula igualitaria de la justicia parecen tener un carácter principalmente valorativo y subjetivo, mientras que los argumentos a favor de las fórmulas no igualitarias tienen, sobre todo, aunque no exclusivamente, un carácter sociotécnico, basado en la tesis de que la aplicación de fórmulas de este tipo favorece, en general, una mayor eficacia de la vida social y, por lo tanto, conduce a una mayor prosperidad general. Por supuesto, no todas las fórmulas no igualitarias de la justicia pueden defenderse de esta manera.

Así, por ejemplo, la fórmula aristocrática «A cada uno según su nacimiento» (mejor o peor) solo podría defenderse de este modo sobre la base de una premisa más que dudosa, a saber, que el sistema histórico estamental no es solo la base ideológica de la supremacía política de una clase social determinada, sino también un factor real de una organización eficaz y eficiente de la vida social en una época dada. Esta fórmula aristocrática de la justicia es hoy en día ampliamente rechazada entre nosotros, y si en algún lugar se aplica en la práctica social, se desprecia o suscita indignación universal. Las tendencias nepotistas del equipo gobernante fueron uno de los factores que estimularon la protesta de 1980.

IV

Estas observaciones generales concernientes a las consecuencias sociales de la aplicación de las fórmulas igualitarias o no igualitarias de la justicia deberían complementarse con algunas reflexiones más detalladas.

1. Uno de los elementos esenciales concernientes a la elección en la práctica de la acción social de una fórmula de la justicia, ya sea igualitaria o alguna no igualitaria, es la configuración específica de la opinión pública. La aceptación de una determinada fórmula de la justicia por la mayoría de los miembros de la sociedad, o al menos por la mayoría de sus miembros activos, es un factor esencial que permite la aplicación sin resistencia de esta fórmula en la práctica social.

Los factores que llevan a la aceptación o al rechazo de las fórmulas igualitarias de la justicia por parte del grueso de la sociedad son muy enredados. Los estudios sobre el ethos igualitario en Polonia serían enormemente complejos, ya que se superponen aquí elementos de la cultura social de diferentes clases de un largo periodo histórico. Los temas igualitarios se pueden encontrar en la cultura polaca de la nobleza, la burguesía, el campesinado y el proletariado, junto a los temas

totalmente opuestos. La estratificación del nivel de vida, aceptada con cierta resistencia en un periodo de relativo bienestar, despierta ira en tiempo de crisis, especialmente cuando se combina con frases hechas y manifestaciones de codicia individual, apenas disfrazadas de méritos. Las desgracias pueden inclinar hacia un igualitarismo solidarista y hacia el rechazo, fuera del seno de la sociedad, de aquellos que desearían garantizarse privilegios egoístas. En otros casos, sin embargo, las desgracias pueden provocar la ruptura de los lazos sociales y la indiferencia hacia cualquier forma de la justicia en la lucha individual por la supervivencia.

Las fórmulas de la justicia no igualitarias más probablemente obtienen aceptación social cuando la sociedad percibe la funcionalidad de este tipo de fórmula para la vida social y la prosperidad social. Las fórmulas no igualitarias de la justicia determinadas pueden estimular la realización de actividades socialmente útiles cuando se perfila una clara interdependencia entre la actividad eficaz de este tipo y los privilegios obtenidos, y más concretamente, si la gente considera universalmente que existe este tipo de interdependencia.

Las fórmulas de la justicia realizadas en la práctica social suelen tener un carácter de compromiso, combinando a veces de manera muy casuística los elementos de diferentes fórmulas fundamentales de la justicia, a menudo con un papel dominante de alguna de ellas y concesiones a favor de las fórmulas competidoras. Esto complica el panorama de la actitud de la sociedad hacia dicha fórmula.

2. La fórmula igualitaria de la justicia parece ser la más sencilla de aplicar. Desde un punto de vista sociotécnico, tiene la ventaja de que puede aplicarse sin crear un sistema organizativo complejo de distribución de bienes y reparto de las cargas inevitables. Sin embargo, desde la misma perspectiva, existen factores objetivos que se oponen a basarse en tal fórmula de la justicia distributiva.

Esta fórmula puede aplicarse únicamente cuando existe, para su distribución, al menos un recurso, aunque sea apenas suficiente, de bienes simples, homogéneos y divisibles, y nos enfrentamos a la obligación de satisfacer necesidades simples y, en principio, similares. Durante una inundación, la primera ayuda para cualquier afectado es, en principio, la misma: sacarlo del agua, trasladarlo a un lugar seguro, proporcionarle un techo sobre la cabeza y la posibilidad de cambiarse a ropa seca. Posteriormente, la ayuda necesaria debe variar en función del estado de salud, la edad, la situación familiar, la profesión, la magnitud de los daños sufridos y muchos otros factores.

En general, se proclama la hermosa idea de que toda vida humana tiene el mismo valor y, por lo tanto, toda persona que se encuentre en peligro de perder la vida debe ser atendida con el mismo cuidado. Pero incluso en los países muy ricos que cuentan con un sistema de salud público los recursos de este tipo, como el número de camas en las salas de cuidados intensivos de cierto género, son limitados, y en caso de algunas catástrofes masivas o epidemias no hay forma de garantizar este tipo de asistencia a todos los que la necesitan. Por consiguiente, es cuando hay que aplicar alguna fórmula de la justicia no igualitaria adicional o aceptar que todas esas personas morirán igualmente en nombre de una fórmula de justicia estrictamente igualitaria. Este es el viejo dilema moral de la cantidad limitada de lugares en el bote salvavidas.

Los problemas similares surgen en el caso de recursos limitados de bienes que, a pesar de ser divisibles, resultan inútiles cuando su cantidad es escasa. En los debates de los especialistas en ética polacos se cita el ejemplo relacionado con la acción Żegota, cuando se logró introducir de contrabando en el gueto de Varsovia un

pequeño envío de pastillas de vitaminas para niños. Los cuidadores se encontraron ante la posibilidad de elegir una de tres fórmulas de la justicia distributiva: la fórmula igualitaria –dar una dosis igual, aunque exigua, a todos los niños, sin efecto médico alguno; la fórmula no igualitaria, orientada a dar una dosis eficaz a los niños con mayor probabilidad de supervivencia en la desesperada situación del gueto; o bien la fórmula no igualitaria, orientada a ayudar a los más débiles, aplicando los ideales humanitarios ante la exigua probabilidad de supervivencia de aquellos a quienes se rescataba en muy mal estado de salud.

La fórmula igualitaria de la justicia distributiva puede provocar efectos sociales particulares en el caso de la distribución de bienes de valor ambivalente. Así, por ejemplo, los racionamientos de alcohol asignados recientemente en Polonia a todas las personas adultas provocaron dos efectos secundarios: el mercado negro de alcohol y un aumento del consumo de alcohol por parte de las personas que anteriormente solo tomaban ocasionalmente.

Dificultades distintas surgen a la hora de intentar una distribución lo más igualitaria posible de los bienes que hasta ahora solo han sido apreciados por algunos miembros de la sociedad, como, por ejemplo, boletos baratos o gratuitos para conciertos de música clásica o bien obras teatrales de difícil comprensión. Es fácil desperdiciar entonces oportunidades de este género. Resulta entonces que, al implementar una determinada política cultural, no basta con limitarse a una distribución mecánicamente igualitaria de determinados bienes, sino que, en nombre de garantizar la igualdad de oportunidades para el desarrollo cultural, primero hay que despertar adecuadamente ciertas necesidades culturales más sublimes.

3. Las reflexiones sobre la aplicación de las fórmulas igualitarias o no igualitarias de la justicia distributiva no pueden separarse de consideraciones económicas de carácter fundamental.

Con el acceso libre para todos a los bienes de bajo precio cuya producción está subsidiada con fondos sociales o impuesta a través de medidas administrativas, la cantidad y la calidad de dichos bienes son, por lo general, insuficientes, especialmente ante una demanda elástica, lo cual conduce a fenómenos conocidos de lucha por esos bienes, en la que triunfan los más operativos, los más brutales, los que más tiempo pierden en las filas –y otros fenómenos secundarios relacionados con tal situación. A veces, se producen al mismo tiempo diversas manifestaciones de despilfarro, aparentemente rentable, o de despilfarro en forma de una devastación progresiva de los medios para satisfacer necesidades de este género.

Así pues, el acceso en principio igualitario para todos a los bienes subvencionados conduce en la práctica, sobre todo en condiciones de crisis, a la puesta en marcha de mecanismos de distribución de dichos bienes que no son igualitarios en absoluto. Si a esto se suma, por ejemplo, que en principio se garantiza a todos la atención hospitalaria, con, entre otras cosas, salarios relativamente bajos del personal médico, y los recursos materiales limitados dificultan la obtención de una cama en el hospital, entonces pueden surgir situaciones extremadamente delicadas desde un punto de vista moral.

Surgen también problemas morales relacionados con la cuestión de si la sociedad, al garantizar a todos por igual la satisfacción de las necesidades básicas, ha de eximir con ello a los individuos de las obligaciones de este género. Desde un punto de vista humanitario, la sociedad debe garantizar la subsistencia de las personas ancianas o incapaces de satisfacer por sí mismas sus necesidades, debe garantizar la subsistencia y las condiciones adecuadas para el desarrollo de los niños

no deseados o abandonados, ya que esto es una simple exigencia de la solidaridad humana. Pero la satisfacción de esas necesidades debe estar organizada también de tal manera que no cree condiciones propicias para las personas que desean eludir hábilmente el cumplimiento de sus obligaciones individuales, legales o morales, hacia sus seres cercanos.

4. Una fórmula igualitaria de la distribución de ciertos bienes básicos puede entonces funcionar en la vida social generalmente sin grandes perturbaciones cuando existe la posibilidad de satisfacer las necesidades estabilizadas de todos los miembros de la sociedad en un área dada – a un nivel aceptable. De lo contrario, la fórmula igualitaria de la justicia solo puede funcionar bajo una fuerte presión del sistema coercitivo o bajo una presión del sentido muy fuerte de solidaridad o puede llevarse a cabo de manera meramente aparente: todos los miembros de la sociedad son iguales, pero algunos de los iguales tienen dinero, relaciones, buenas fuentes de información o salud que les permite hacer cola durante horas.

La fuerza del sentimiento de solidaridad puede sostener el funcionamiento de la fórmula igualitaria de la justicia, sobre todo en pequeños grupos de contacto directo. En el marco de grandes estructuras sociales, como una gran aglomeración urbana o una nación, la influencia de los sentimientos morales en este área puede resultar suficientemente fuerte solamente de manera excepcional, por ejemplo, en el período de fuertes exaltaciones colectivas, pero no en tiempos de la lucha cotidiana por una porción de una vida mejor.

5. La fórmula igualitaria de la justicia distributiva puede entrar en conflicto con los principios de la justicia compensatoria. Según la parábola evangélica⁸ de los ocho trabajadores de la viña quienes, al recibir la paga acordada por el día entero de penoso trabajo, murmuraban porque los trabajadores contratados solo para la última hora de la jornada recibieron la misma paga. La igualdad en la remuneración para todos suscita objeciones comprensibles en aquellos casos en los que el esfuerzo realizado fue de manera notoria desigual. Este tipo de sistema igualitario de remuneración solo puede ser aceptado por un pequeño grupo que persiga un objetivo común, un grupo en el que exista un sistema de recompensas sociales adicionales para aquellos miembros del grupo que son más trabajadores o más hábiles que los demás. Ahora bien, habitualmente los trabajadores jornaleros que reciben una paga fija por ese tiempo se controlan recíprocamente con mucha atención para no superar el nivel de intensidad de trabajo requerido y discriminan a aquellos que muestran una laboriosidad excesiva.

Así pues, el debate sobre los argumentos a favor y en contra de una fórmula igualitaria de la justicia distributiva se vincula de manera inevitable con los problemas de la justicia compensatoria en ciertas situaciones. El jornalero está convencido de que debe trabajar tanto y solo tanto como los demás que reciben el mismo salario. En consecuencia, surgen problemas relacionados con la igual retribución por el mismo daño causado, la resistencia de parte de la sociedad contra la individualización de la pena dictada en función de la personalidad del perpetrador, la prevención especial, etc., en los casos en que el delito ha causado el mismo daño.

6. Hay ciertos tipos de bienes que, por su propia naturaleza, no se prestan a ser repartidos según una fórmula igualitaria de la justicia. En una sociedad democrática, es posible garantizar a cada ciudadano el reconocimiento de su dignidad personal y el respeto que le corresponde por ser igual a los demás ciudadanos. La privación de este tipo de posición puede constituir una sanción especial impuesta a

⁸ Mt. 20, 1-14.

las personas que infringen las normas de la vida social generalmente reconocidas. Pero todas las distinciones y honores solo tienen valor cuando constituyen un factor de distinción de una persona. La Orden de la Jarretera no tendría relevancia importante si se la concediera de oficio a cada ciudadano británico.

7. Cabe distinguir al menos cuatro tipos de situaciones con respecto a los cuales se debería examinar por separado la utilidad social de aplicar una fórmula igualitaria de la justicia en lo que se refiere a la distribución de los bienes materiales básicos. (a) En un periodo de grave escasez de bienes materiales esenciales, la aplicación de una fórmula igualitaria de la justicia en la distribución de dichos bienes es, en ocasiones, una condición para salvar la existencia de los miembros más vulnerables de la sociedad. (b) Sin embargo, esta no es una fórmula adecuada para situaciones tan particularmente trágicas en las que hay que permitir la muerte de los más débiles, asignando raciones escasas de alimentos a quienes luchan por salvar a una comunidad dada, por ejemplo, a los remeros de un bote salvavidas o a las personas enviadas a buscar ayuda. (c) En los años de magra, el impacto de las fórmulas igualitarias de la justicia tiene que ser relativamente fuerte, creando, no obstante, por medio de las complejas normas que funcionan en la práctica, las oportunidades adecuadas para recompensar a aquellos que particularmente contribuyen con sus esfuerzos a la mejora de la situación general; puesto que, la introducción de un elemento no igualitario en tal situación, si es realmente eficaz desde el punto de vista sociotécnico, se vuelve indispensable, siempre y cuando se garanticen las condiciones de subsistencia necesarias para los miembros más vulnerables de la sociedad. Por otro lado, (d) en años de bonanza, el impacto de una fórmula igualitaria de la justicia puede ser limitado, sin provocar perturbaciones significativas en la vida social. Desde luego, incluso en una situación tan favorable, ciertos argumentos abogan por tener en cuenta elementos de la fórmula igualitaria. Incluso en épocas de prosperidad, el consumo desmesurado y ostentoso de bienes puede provocar la envidia de otros miembros de la sociedad, lo que debilita los lazos sociales y, al mismo tiempo, a menudo provoca el despilfarro de recursos naturales que constituyen un bien común de toda la humanidad. En palabras de Gandhi «The earth has enough for everyman's need, but not for everyman's greed».

Se podría, por tanto, formular una directiva sociotécnica un tanto banal, maquiavélica o quizás keynesiana, para el príncipe o el gerente contemporáneo: «Si quieres que la sociedad acepte una fórmula de la justicia no igualitaria que garantice a la élite obtener una participación significativa en la distribución del ingreso social, debes asegurar el bienestar de tus subordinados». O, dicho de manera más sencilla: «Para ganarte la aprobación de tus privilegios por parte de la sociedad, tienes que ganarte la reputación de ser un gobernante sabio y eficaz».

Por supuesto, se puede optar por otra vía de garantizar los privilegios económicos de los líderes de la clase dominante.

8. Si resulta imprescindible basar la organización de la vida social en gran medida en una fórmula igualitaria de distribución de los bienes materiales, entonces puede resultar imprescindible reforzar este sistema mediante una distribución no igualitaria de los signos de reconocimiento social, prestigio social, etc. Este tipo de distinción social puede ser, en muchas ocasiones, más importante para estimular los esfuerzos beneficiosos para el bien de otros miembros de la comunidad que las meras gratificaciones materiales.

Así pues, la aplicación de diferentes fórmulas de justicia en relación con la distribución de distintos tipos de bienes puede facilitar el logro de un equilibrio social.

V

La idea del igualitarismo no concierne solo a la distribución de los bienes y las cargas inevitables de la vida social, sino que se vincula también con el principio del acceso equitativo a la formulación de decisiones relevantes para la sociedad. La capacidad de influir en esas decisiones puede ser algo provechoso para los miembros de los colectivos que las toman; sin embargo, a veces la carga moral de tomar decisiones es muy grande, y el sentido de la responsabilidad moral puede ser difícil de soportar. Por lo tanto, no se puede considerar el acceso a la toma de decisiones políticas como simplemente un tipo especial de beneficio o una especie particular de carga, que debe imponerse a ciertas categorías de ciudadanos en igual o desigual medida.

Existen también ciertos factores específicos relacionados con el funcionamiento del principio de igualitarismo en el ámbito de la influencia política.

1. En cierto sentido, el poder político es, desde una determinada perspectiva, completamente indivisible. Es un truismo que la democracia directa solo puede funcionar en comunidades relativamente pequeñas. En las grandes estructuras, el sistema representativo se vuelve indispensable. Si bien una asamblea de todos los miembros adultos de una comunidad local puede tomar algunas decisiones colectivas, es imposible organizar tales reuniones a diario. Las decisiones políticas cotidianas deben, por la naturaleza de las cosas, ser tomadas por un grupo reducido de personas. En este ámbito, la idea del igualitarismo solo puede llevarse a cabo mediante el establecimiento de un control democrático sobre las acciones de los responsables de la toma de decisiones, sobre todo mediante la formulación de normas generales que definan las direcciones de actuación de la élite decisoria. En las grandes estructuras sociales, en las que debe formarse un sistema representativo, un procedimiento de toma de decisiones excesivamente igualitario puede resultar muy disfuncional desde el punto de vista praxeológico. Las experiencias del movimiento sindical en Polonia ilustran esta regla de la vida social: el acceso ilimitado al voto, la presentación de candidaturas sin debate previo, etc., al constituir una manifestación de la tendencia igualitaria y de la comprensible oposición a las prácticas de manipulación antidemocrática, resultan extremadamente onerosas en la práctica.

2. La adopción de una determinada doctrina política de representación tiene una influencia decisiva en la posibilidad de llevar a cabo la idea del igualitarismo en el proceso de toma de decisiones políticas. Se trata aquí no solo de los problemas del derecho electoral que otorgue igual peso a cada voto emitido, sino de un sistema de votos privilegiados y sin artimañas de la geografía electoral. Principalmente, se trata de una organización adecuada del cuerpo electoral que ofrezca una igualdad real en la influencia de la opinión de los votantes sobre la actividad de los electos.

Esta influencia de la opinión de los miembros de la sociedad puede favorecer la prosperidad social solo cuando se cumplan ciertas condiciones previas. Ante todo, lo que puede parecer una cuestión trivial para las personas educadas en la tradición democrática, la sociedad debe tener la convicción de que la actividad de la élite decisoria puede estar realmente moldeada por la opinión pública en aras de la realización de intereses no solo particulares. Esta es una condición previa para generar la actividad política de las amplias masas, y no solo de un pequeño número de líderes populares activos que intentan cambiar las relaciones políticas no democráticas. A continuación, es necesario un nivel mental lo suficientemente alto de amplios sectores de la sociedad, así como la capacidad de percibir los intereses comunes, y no solo los particulares. Y por último –*last but not least*– es necesario que la sociedad esté enterada adecuadamente de la situación real de los asuntos públicos, ya que una dominación antidemocrática puede basarse no solo en el monopolio

militar, económico e ideológico de los gobernantes, sino también en el monopolio de la información relativa a la situación actual de los asuntos públicos.

3. Es una especie de paradoja de la vida política de las grandes comunidades el hecho de que, en la práctica, las estructuras intermediarias adecuadas sean indispensables para hacer realidad la idea de igualdad de oportunidades de todos los ciudadanos de influir en las decisiones políticas. Es cierto que estas estructuras crean un riesgo de manipulación social; sin embargo, sin este tipo de estructuras intermediarias, la facilidad de manipulación por parte de los gobernantes conduciría a una aparente igualdad total en el ámbito de la actividad política de los miembros de una sociedad desintegrada.

VI

El punto de partida para la socialización del individuo es inculcarle la convicción de que la vida social tiene que basarse en una determinada fórmula de justicia, que se manifiesta en un determinado conjunto de normas generales y abstractas de la vida social. En el nivel más primitivo de la vida social, se trataba de una fórmula que exigía reconocer todos los privilegios de los individuos más fuertes. Las fórmulas igualitarias de justicia, independientemente de todas las dificultades objetivas de su aplicación en la práctica y de los diversos efectos secundarios desfavorables, en la práctica social deben, sin embargo, respetarse en mayor o menor medida en nombre del ideal de la solidaridad humana.⁹

⁹ El texto original de Jerzy Ziembiński fue recomendado por el profesor Marek Smolak de la Universidad Adam Mickiewicz de Poznań, autor del estudio introductorio de este Releendo. En dicha versión se incluían, integrados en el propio cuerpo del texto, los comentarios del profesor James Griffin de la Universidad de Oxford, a quien se le atribuía, por ese motivo, el rol de coautor. Tras considerarlo detenidamente, hemos optado por trasladar dichos comentarios a una nota final por varias razones. En primer lugar, se trata de observaciones sobre el propio artículo de Ziembiński, originalmente publicadas en polaco y cuya única versión disponible permanece en ese idioma. Nuestra intención es ofrecer al lector y al investigador una traducción íntegra al castellano de un material de difícil acceso, especialmente relevante para quienes se interesan por la teoría analítica.

En segundo lugar, tanto el artículo de Ziembiński como el comentario de Griffin se inscriben en el contexto del simposio polaco-británico celebrado en Oxford en 1983. Ziembiński partió de su ponencia para elaborar el artículo que publicaría en 1986, mientras que las observaciones de Griffin fueron recogidas, sintetizadas y traducidas al polaco por la revista *Etyka*. En consecuencia, no constituyen un texto autónomo, sino que mantienen una estrecha vinculación con el trabajo original. Por último, la principal motivación de esta decisión radica en el valor y la relevancia de las ideas de Griffin. Sus comentarios no solo contribuyen a una mejor comprensión del texto de Ziembiński, sino que también abren la puerta a un análisis crítico más profundo. Pese a su reconocido prestigio, resulta especialmente destacable la pertinencia de sus reflexiones sobre las dimensiones axiológicas propuestas por Ziembiński, así como la agudeza de su juicio.

Por todo ello, ponemos a disposición del lector estos comentarios, cuya relevancia consideramos indiscutible, que carecen de traducciones previas fuera del polaco y que mantienen una relación estrecha y significativa con el artículo original. De nuevo, agradecemos la predisposición de la revista *Etyka* de la Universidad de Varsovia por la versión en polaco y la posibilidad de ofrecer la traducción al castellano de los comentarios de James Griffin, sin fines comerciales y con el propósito de difundir el pensamiento polaco entre el público hispanohablante. Asimismo, expresamos nuestro agradecimiento a la profesora Marta Wójtowicz-Wcisło, traductora de estos textos en la misma universidad, por subrayar la relevancia de los originales de Griffin y contribuir a su inclusión en este número. La versión original del texto puede consultarse en: *Etyka*, 22 (1986), pp. 101–104 con el título original de: Comentarios sobre el artículo de Zygmunt Ziembiński «La justificación sociotécnica de fórmulas igualitarias de justicia»:

«El problema fundamental del profesor Ziembiński es la cuestión de qué tipo de fórmula de justicia debemos aplicar a nuestros prójimos. En su artículo, presenta argumentos a favor y en contra de una determinada fórmula igualitaria de justicia. No se ocupa, podría decirse, de justificar el igualitarismo en términos de los axiomas de un sistema de valores dado, sino más bien en términos de las consecuencias de la aplicación de una determinada fórmula de justicia en la sociedad.

Me gustaría plantearle tres preguntas al profesor Ziemiński. En la segunda parte, presenta un amplio catálogo de diversas fórmulas de justicia distributiva concernientes, por ejemplo, a la distribución según los méritos, el esfuerzo, el trabajo, las necesidades o el bienestar, destacando aquella fórmula de justicia que reparte ciertos bienes no en función del mérito, el esfuerzo, etc., sino que establece que cada ser humano debe ser tratado de tal manera como son tratados los demás, o que todo ser humano debe ser tratado de la misma manera.

La cuestión es cuál de las fórmulas planteadas tiene carácter igualitario y cuál no. Ziemiński sostiene que la distribución de bienes que conduce a un nivel igual de satisfacción de necesidades de igual valor (welfare), puede ser considerada como no igualitaria, ya que a veces requiere una distribución desigual de los recursos existentes (resources). Considero que, de hecho, se inclina a reconocer esta fórmula como no igualitaria. La fórmula que él considera igualitaria, por el contrario, es aquella que exige que los seres humanos sean tratados de la misma manera. Pero, ¿qué es lo que se debe entender por ello? Se trata de un principio notoriamente turbio y que requiere decididamente una mayor precisión. ¿Debe entenderse por ello que este principio exige que se conceda a las personas:

- 1) Un valor igual (tal como ocurre en la fórmula utilitarista de que «cada uno cuenta por uno y nadie cuenta por más de uno»)?
- 2) Recursos iguales para la satisfacción de las necesidades (equal resources)?
- 3) Un nivel igual de satisfacción de las necesidades (equal welfare)?
- 4) Un punto de partida igual con igualdad de oportunidades, tras el cual cualquier desigualdad derivada de los acuerdos justos se considerará justa (Nozick), o bien
- 5) Medios iguales para satisfacer las necesidades, salvo en aquellas situaciones en las que las desigualdades favorezcan a las personas más desfavorecidas (Rawls), etc.?

Como es bien sabido, existen muchas interpretaciones competidoras del principio que establece que las personas deben ser tratadas de manera igualitaria. En la formulación propuesta, este principio es, en esencia, vacío. Y el propio Ziemiński se inclina a considerar que las formas de precisarlo que proponen algunos filósofos, no son igualitarias. Nos encontramos, pues, en una situación sumamente peculiar: disponemos de una regla que obliga a tratar a los seres humanos de manera igual, pero al mismo tiempo esta regla puede interpretarse de las más variadas maneras. Por un lado, alguien podría argumentar que la mejor interpretación de esta regla es el principio de igualdad de satisfacción de las necesidades equivalentes (a principle of equal welfare), por otro lado, Ziemiński a su vez afirmará que el principio de igualdad en el nivel de satisfacción de las necesidades constituye más bien una negación de la fórmula que exige tratar a las personas de manera igual. Por lo tanto, la primera pregunta que me gustaría plantearle al profesor Ziemiński es la siguiente: ¿no es el problema que él analiza simplemente efecto de una increíble imprudencia en aplicación del principio de trato de manera igual? ¿No sería conveniente definir primero con gran precisión el significado de este principio?

Pasemos ahora a la segunda pregunta. Es posible que la pregunta que he planteado no sea una de aquellas a las que el profesor Ziemiński pretendía responder en su artículo. De hecho, parece que él se inclina por tratar el principio de trato de manera igual como equivalente al principio de los medios iguales para satisfacer las necesidades, y considera ante todo las consecuencias buenas y malas que podría tener la aplicación de este principio en el reparto de ciertos bienes. Supongamos por un momento que el principio de la diferencia de Rawls no es un principio igualitario, ya que no siempre exige medios iguales para satisfacer las necesidades. Ziemiński se inclina por la idea de que, al justificar las fórmulas igualitarias, nos referimos principalmente a los principios morales, mientras que, al justificar las fórmulas no igualitarias, nos centramos sobre todo en sus consecuencias sociales. Afirma que no todos los argumentos del segundo género suenan convincentes y cita un ejemplo impactante: a saber, la ley sobre pensiones, promulgada en la época de Gierk, que beneficiaba no solo a los hijos, sino también a los nietos de figuras políticas prominentes, lo cual –como ha señalado con cautela– provocó protestas. El profesor Ziemiński percibe tanto los efectos sociales deseados de las fórmulas igualitarias –por ejemplo, la solidaridad social que generan (si se me permite usar ese término)– como sus efectos negativos: por ejemplo, parece absurdo distribuir de manera igual los medios médicos adecuados en situaciones excepcionales de peligro para la vida y la salud. Al analizar de manera sutil y exhaustiva la cuestión de las consecuencias sociales, expresa la convicción de que el principio igualitario no es, desde el punto de vista de la moral, la fórmula más fundamental. Y considera que no se puede tomar en serio el principio que constata únicamente que todos los bienes (resources) deben repartirse por igual. Igualmente bien se podría realizar este principio repartiendo, por ejemplo, el mal por igual. Tal acto, aunque conforme a la letra de la ley, sería sin duda contrario al espíritu de los principios igualitarios. Y esto significa que el espíritu de los principios igualitarios encierra en sí mismo, por así decirlo, cierta propiedad de

maximización; no solo debemos aspirar a que cada quien esté igual de bien, sino también a que lo esté en la medida en la que sea posible, o al menos lo suficientemente bien como para situarse por encima de un cierto nivel de bienestar moralmente aceptable. Este elemento maximizador nos inclina a suponer que, si se formula adecuadamente el principio del igualitarismo, este puede resultar ser una especie de principio de la diferencia de Rawls, que en absoluto es un principio igualitario puro, sino que constituye más bien una expresión del espíritu de ese elemento de maximización indispensable para el igualitarismo.

Mi segunda pregunta es, por lo tanto, la siguiente: si admitimos que el principio del igualitarismo, que sostiene que «todos los bienes (resources) deben distribuirse por igual», necesita una revisión, ¿no se transformará, como resultado de dicha revisión, en un principio similar al principio de la diferencia de Rawls? Intentemos exponer el asunto de la manera más concisa posible. Ziemiński demuestra de manera convincente que seguramente necesitamos varios principios diferentes que rijan la distribución (p. 92). Pero, ¿no será que acaso necesitamos varios principios de igualdad diferentes? Necesitamos algún principio moral elemental que reconozca la igualdad de estatus de todas las personas; el reconocimiento de ese estatus equivale a adoptar un punto de vista moral: pues no es otra cosa que el principio de igualdad de trato contenido en conceptos como, por ejemplo, el concepto del Observador Ideal o del Negociador Ideal (Ideal Contractor). También necesitamos el principio, por ejemplo, que establece que a todos se les debe conceder el mismo conjunto de derechos: el derecho a la libertad, el derecho a la autonomía, el derecho al mínimo social, etc.

También debemos contar con principios que rijan la distribución de los bienes. Uno de esos principios es el de la distribución equitativa de los recursos para satisfacer las necesidades (principle of equal resources): si la autonomía es algo valioso, entonces cada persona debe tener las mismas oportunidades de realizar su proyecto de vida que cualquier otra, sin importar el valor relativo de sus propias concepciones individuales de una buena vida y, por lo tanto, también deben disponer de los mismos recursos. También debemos aplicar el principio del nivel igual de satisfacción de las necesidades, es decir, el principio de la igualdad de bienestar (principle of equal welfare): sería un desperdicio si negáramos algún tipo de prestación adicional a alguien que, sin culpa propia, tiene aspiraciones que requieren gastos elevados y que vive en una sociedad en la que la mayoría de las personas prospera perfectamente arreglándose con medios relativamente modestos para vivir. Sin duda, se trata de una visión muy abreviada, pero me gustaría subrayar que es muy posible que la teoría moral pueda requerir varios principios diferentes, a los que se podría llamar «principios de igualdad». Esto no es en absoluto sorprendente. Al fin y al cabo, la igualdad es solo una relación formal: es lo mismo de lo mismo. Pero la misma cantidad de las mismas cosas puede tener –y creo que de hecho tiene– cierto significado en la moralidad.

Todo esto es sumamente esquemático. Menciono esto únicamente para finalmente plantear una pregunta: ¿no es así que tal vez no exista una sola, sino varios principios de igualdad diferentes? ¿Y no deberíamos entonces determinar con la mayor claridad posible qué establece cada uno de esos principios y si, como parece muy probable, no pertenecen a distintos niveles de la teoría moral y cómo se relacionan entre sí esos niveles? Es posible que este problema implique demasiadas cuestiones que deberíamos considerar y que el profesor Ziemiński preferiría no debatir. Pero la ponencia que ha presentado se refiere a las justificaciones de las fórmulas igualitarias. ¿Y no deberíamos responder a las preguntas planteadas, antes de empezar a determinar qué tipo de justificación sería adecuada para cada uno de los principios de igualdad?»

El empleo opaco de IA o algoritmos por los poderes públicos es contrario al Estado de Derecho*

Opaque use of AI or algorithms by public authorities violates the rule of Law

Andrés Boix Palop
Universitat de València
ORCID ID: 0000-0002-8324-7492
andres.boix@uv.es

Cita recomendada:

Boix Palop, A. (202X). El empleo opaco de IA o algoritmos por los poderes públicos es contrario al Estado de Derecho. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 389-408.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10395>

Recibido / received: 07/04/2026
Aceptado / accepted: 14/04/2026

Resumen

Este artículo analiza la necesidad de someter los algoritmos y sistemas de Inteligencia Artificial (IA) empleados por las Administraciones públicas a los mismos estándares de transparencia que las normas reglamentarias, dado que cumplen materialmente la misma función al predeterminar las decisiones. Partiendo de la histórica Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2025 sobre el caso BOSCO, se examina cómo esta resolución desmonta las excusas tradicionales de opacidad institucional basadas en la protección de la propiedad intelectual y la seguridad nacional. El trabajo sostiene que el acceso íntegro al código fuente siempre que ello sea posible es una exigencia insoslayable del Estado de Derecho para combatir el inaceptable efecto de "caja negra". Asimismo, se evalúan las insuficiencias del

* Este trabajo es en parte resultado del Convenio de colaboración entre Red.es y la Universitat de València para el estudio de la garantía y protección de los derechos digitales de los ciudadanos frente a la administración pública, así como de la actividad de investigación del Proyecto de I+D+i «Administrative Planning» (PlanAdm, Ref:PID2023-152781NB-I00) financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades y del Projecte d'excel·lència Prometeu «Algorithmic Law» (CIPROM/2024/16) financiado por la Generalitat Valenciana. En su realización se han empleado herramientas de IA (ChatGPT 5.3 y Gemini 3.1) para lograr una primera versión escrita de parte de las ideas contenidas en el texto, extraídas de una conferencia del autor, así como para confirmar la relevancia de las fuentes empleadas en la revisión bibliográfica final y contrastar la redacción definitiva de este trabajo, siendo la concepción, estructura y escritura del mismo obra y responsabilidad del autor.

marco normativo actual, incluyendo el Reglamento Europeo de IA (RIA), concluyendo que el único camino viable para garantizar los derechos ciudadanos es consolidar un debido proceso tecnológico fundamentado en la transparencia algorítmica más profunda y completa que sea posible.

Palabras clave

Transparencia algorítmica, inteligencia artificial, Estado de Derecho, caso BOSCO, código fuente, normatividad de los algoritmos, Reglamento Europeo de IA.

Abstract

This article analyses the need to subject algorithms and Artificial Intelligence (AI) systems used by public administrations to the same transparency standards as regulatory norms, since they materially fulfil the same function by predetermining decisions. Based on the landmark Supreme Court ruling of September 11, 2025, regarding the BOSCO case, the paper examines how this resolution dismantles traditional excuses for institutional opacity based on the protection of intellectual property and national security. It is argued that full access to the source code is an unavoidable requirement of the Rule of Law to combat the unacceptable "black box" effect. Furthermore, the inadequacies of the current regulatory framework, including the European AI Act (RIA), are evaluated, concluding that the only viable path to guarantee citizens' rights is to consolidate technological due process grounded in full algorithmic transparency.

Keywords

Algorithmic transparency, artificial intelligence, rule of Law, BOSCO case, source code, normativity of algorithms, European AI Act.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. La importancia de la transparencia algorítmica y de la IA como garantía esencial en un Estado de Derecho cuando estas soluciones son empleadas por las Administraciones Públicas. 2.1. La naturaleza normativa de los algoritmos y la IA. 2.2. Singularidades técnicas y límites de la analogía reglamentaria. 2.3. El déficit de protección todavía presente en el marco jurídico vigente en España y la emergencia del Reglamento Europeo de IA como posible vía para paliar algunas insuficiencias. 3. La STS BOSCO como *leading case* para la necesaria transparencia algorítmica y de la IA en España. 3.1. El bono social eléctrico y la función del algoritmo BOSCO. 3.2. Periplo judicial y resistencia de los poderes públicos a la publicidad y rectificación del algoritmo. 3.3. Las cuestiones jurídicas resueltas por la STS BOSCO. 3.3.1. Naturaleza de la actuación y automatización total. 3.3.2. La ponderación de la protección de la propiedad intelectual. 3.3.3. Seguridad nacional e inversión de la carga de la prueba. 3.4. ¿Sentencia anecdótica o hito fundacional? 3.5. Perspectivas de futuro tras el impacto del RIA cuando la IA se superponga a la automatización determinista. 4. El ineludible camino hacia la transparencia algorítmica plena como parte de las garantías mínimas en el debido proceso tecnológico.

1. Introducción

El control de la actuación de los poderes públicos no constituye una opción política ni una mera pauta de buena gobernanza, sino que constituye una exigencia consustancial a la propia existencia del Estado de Derecho. Históricamente, como sabemos, la evolución de los sistemas jurídicos más avanzados se ha caracterizado por una continua pugna contra las potestades extraordinarias y las zonas exentas de revisión jurisdiccional, tempranamente descrita en nuestra doctrina como una lucha

irrenunciable encaminada a reducir y eliminar las "inmunidades del poder" (García de Enterría, 1962). A pesar de lo mucho que se ha avanzado en España en este proceso, especialmente tras la democratización del país y la aprobación de la Constitución de 1978 y la incorporación a las entonces Comunidades Europeas, este no es un proceso que pueda darse nunca por concluido. Especialmente, porque los equilibrios están sometidos a una constante revisión, de modo que cualquier nuevo fenómeno puede obligar a reconsiderar el marco de garantías alcanzado y dado por satisfactorio.

En este sentido, la irrupción de las aún habitualmente llamadas "nuevas" tecnologías de la información y los procesos crecientes de digitalización de cada vez más actividades, y muy especialmente la creciente incorporación de programas, algoritmos e Inteligencia Artificial (IA) en los procesos de toma de decisiones públicas, plantea un nada desdeñable desafío a este frágil equilibrio. Al amparo de la búsqueda de la máxima eficiencia administrativa e incluso en persecución de la promesa de conseguir por medio de la técnica una supuesta objetividad técnica, nuestros poderes públicos están empleando de forma ya incipiente, pero que sin duda irá a más en el futuro, estas herramientas en ayuda de sus procesos de análisis de la realidad y de toma de decisiones; y en este tránsito hacia la adopción de estas nuevas soluciones y herramientas, como ya hemos tenido ocasión de denunciar, abunda más de lo conveniente la tentación de eludir las garantías tradicionales, introduciendo *de facto* contrarreformas que merman la protección de los ciudadanos y generan preocupantes espacios de opacidad material (Boix Palop, 2022).

Es en este contexto, que ya arrastramos desde hace unos años, en el que se ha suscitado un intenso debate dogmático en torno a la verdadera naturaleza de estas herramientas tecnológicas y al régimen jurídico que debe disciplinarlas. La postura defensiva tradicional de las Administraciones públicas ha consistido en minimizar el impacto jurídico de los sistemas algorítmicos, calificándolos sistemáticamente como meras herramientas de cálculo o medios instrumentales de apoyo a la decisión final, que siempre configuran como completamente humana. Con base en esta premisa restrictiva, y escudándose con demasiada frecuencia en excepciones normativas vinculadas a la protección de la propiedad intelectual o a difusos riesgos para la seguridad nacional, las autoridades han denegado el acceso ciudadano a los códigos fuente de los algoritmos empleados (Valero Torrijos, 2019; De la Cueva, 2026). Esta frontal negativa a la transparencia imposibilita en no pocas ocasiones (que serán cada vez más), cuando el empleo de esos algoritmos y códigos ha resultado clave bien en la evaluación de la situación a la que la Administración ha de dar respuesta, bien en la propia determinación de la decisión administrativa, conocer la auténtica *ratio decidendi* de las actuaciones administrativas, generando un inaceptable efecto de "caja negra" (*black box*), jurídica, en este caso, que vulnera el principio de seguridad jurídica, propicia la perpetuación de sesgos discriminatorios y dificulta enormemente el control jurisdiccional efectivo (Soriano Arnanz, 2021a y 2021b; Ponce Solé, 2024).

Frente a esta resistencia institucional a la transparencia algorítmica, resulta imperativo sostener que, cuando un algoritmo predetermina la respuesta del poder público o decanta de manera decisiva la evaluación de un supuesto de hecho, materialmente está cumpliendo una función estrictamente equivalente a la de las normas jurídicas. Se trata de una posición que defendí tempranamente entre la doctrina española (Boix Palop, 2020) siguiendo, por otro lado, desarrollos previos muy conocidos (Lessig, 2006) y que generó inicialmente (Huergo Lora, 2024a, por todos) y sigue generando no pocas críticas, pero que poco a poco la misma evolución de nuestro Derecho, cuando es asistido por herramientas algorítmicas, está poniendo de manifiesto como realidad insoslayable a la que hemos de adecuar las garantías jurídicas tradicionales. Resulta, de hecho, cada vez más innegable que la

programación informática actúa ya en la práctica como un verdadero código jurídico que delimita la esfera concreta y real de ejercicio de los derechos y libertades de la ciudadanía en cada vez más entornos, y que así es cuando se incorporan soluciones algorítmicas o de IA a los procesos de toma de decisión. De ahí la necesidad ineludible de someter su diseño, aprobación y aplicación a las mismas exigencias de publicidad íntegra y garantías procedimentales que nuestro ordenamiento reserva históricamente para las disposiciones normativas (por ejemplo, reglamentarias), por mucho que debidamente adaptadas a sus características diferenciales.

Es precisamente en este contexto de fricción donde irrumpe la reciente (y a mi juicio muy importante como precedente) Sentencia del Tribunal Supremo 2826/2025, de 11 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3826), relativa al denominado "caso BOSCO", porque sirve para ilustrar perfectamente estas dinámicas y cómo, en los últimos años, hemos (afortunadamente) transitado en la dirección correcta: de la cerrada defensa de un "aquí no hay nada que ver, circulen" aduciendo todo tipo de razones que son más bien excusas jurídicas de mal pagador a un sano reconocimiento de algo que, por lo demás, debiera ser obvio: si hay un algoritmo o una solución de IA que está afectando a la toma de decisiones de los poderes públicos con proyección sobre los derechos y patrimonio jurídicos de los ciudadanos o ciudadanas, es evidente que el funcionamiento de esa herramienta ha de poder ser conocido, analizado, revisado, verificado y, en su caso, cuestionado. Esta resolución marca por ello un verdadero punto de inflexión en nuestro Derecho Público, al poner fin a un largo periplo de opacidad institucional en el que diversas instancias (incluyendo el Consejo de Transparencia y la Audiencia Nacional) habían avalado tozudamente la ocultación del código fuente de un algoritmo, en este caso de la herramienta encargada de evaluar el derecho al bono social eléctrico de ciertas categorías de consumidores vulnerables. Al estimar íntegramente las pretensiones ciudadanas (vehiculadas por la fundación ciudadana Civio) y obligar a la Administración a entregar la programación de la herramienta, el Tribunal Supremo no sólo desmonta, al fin, los a mi juicio muy endeble argumentos basados en la propiedad intelectual y la ciberseguridad del Estado, sino que consagra jurídicamente como principio que ha de ser clave de bóveda del nuevo mundo al que nos dirigimos, en su traducción a la esfera de las garantías jurídicas, que evitar la opacidad del algoritmo se muestra consustancial al Estado democrático de Derecho, vinculando el derecho a conocer estas herramientas con la participación y el control del poder (De la Cueva, 2026).

Como se analizará pormenorizadamente a lo largo del presente trabajo, los efectos de la Sentencia BOSCO trascienden, por ello, el supuesto concreto (ciertamente humilde) para convertirse en una de las primeras piedras que habrían de ayudar a consolidar de una vez este imprescindible cambio de paradigma. Se trata de una decisión que constituye un desarrollo jurisprudencial de enorme importancia, en la medida en que legitima la exigencia de una auditabilidad técnica y jurídica plena. A partir de este hito, en las siguientes páginas se examinará la a mi juicio necesaria obligación de extender las garantías de las normas reglamentarias a las soluciones algorítmicas y de IA empleadas por el sector público, argumentando que la transparencia absoluta (o la más avanzada que sea técnica y jurídicamente posible) es el único camino viable para poder aspirar a proteger los derechos ciudadanos en un ecosistema administrativo digitalizado.

2. La importancia de la transparencia algorítmica y de la IA como garantía esencial en un Estado de Derecho cuando estas soluciones son empleadas por las Administraciones Públicas

2.1. La naturaleza normativa de los algoritmos y la IA

Como ya hemos señalado, el control de la actuación de los poderes públicos es una exigencia consustancial a cualquier Estado de Derecho, articulándose históricamente a través de la lucha contra las atribuciones extraordinarias y no justificadas de la Administración. Esta dinámica, que García de Enterría identificó como una pauta evolutiva hacia la eliminación de las "inmunidades del poder", requiere hoy de elementos de publicidad y transparencia más exigentes ante el fenómeno de la digitalización. Como se ha sostenido ya desde hace años, la transparencia es un elemento integrante absolutamente esencial de este marco de garantías, que comprende tanto el derecho de acceso a los expedientes como la publicidad de las normas producidas por el ejecutivo.

En este contexto, surge la necesidad de determinar si los algoritmos empleados para la toma de decisiones administrativas poseen una naturaleza jurídica propia. La tesis central de la que parte este trabajo es que estos sistemas, al predeterminar la actuación administrativa, deben ser considerados materialmente como normativos y que cumplen en el quehacer administrativo, cuando son empleados para ayudar a la toma de decisiones, la misma función que las normas reglamentarias (Boix Palop, 2020). Esta afirmación se apoya en una concepción material de la norma jurídica que, como señalara tempranamente Kelsen, se define por su función prescriptiva o autorizadora con independencia de su forma gramatical... o en este caso digital. Esta perspectiva se alinea con la noción de "Code 2.0" de Lessig, quien advirtió ya a principios de este siglo de que el alcance real de los derechos ciudadanos depende hoy más de los códigos de programación que de los códigos jurídicos tradicionales (al menos, en algunos ámbitos... que con la creciente digitalización e implantación de la IA a cada vez más procesos con cada vez más afección a posiciones jurídicas individualizadas y de mayor importancia). En la práctica, el código fuente delimita el marco de actuación de los particulares y genera una "actividad administrativa automatizada" que innova el ordenamiento jurídico. Por tanto, si los algoritmos producen materialmente los mismos efectos que un reglamento al preordenar la decisión final y limitar la discrecionalidad, la conclusión inevitable es que deberían someterse al mismo régimen de garantías, al menos en un sentido material.

No obstante, y como ya he avanzado antes, esta posición no goza de consenso absoluto y, de hecho, ha sido mayoritariamente rechazada hasta la fecha en España. Autores como Huergo Lora (2024a), por mencionar las críticas más tempranas y que han hecho fortuna, han cuestionado esta analogía, sugiriendo que la relación no es exacta y, en general, que la solución más acorde con la estructura de nuestro ordenamiento jurídico debiera concebirse más bien en términos de una analogía entre las soluciones algorítmicas y de IA y el régimen jurídico de los actos administrativos. Sin embargo, a mi juicio, estas visiones desatienden que el núcleo del problema es funcional: si el algoritmo fija las premisas que dan pie a la actuación de la Administración y establece consecuencias de hecho, su identidad con la potestad reglamentaria es innegable. Más allá de la discusión dogmática, el problema es que de la misma se derivan consecuencias de importancia no menor. La interpretación tradicional de esta realidad jurídica permite a la postre que la Administración utilice la tecnología como una "puerta de atrás" para introducir contrarreformas opacas que eluden el control judicial pleno consagrado en el

art. 106.1 de la Constitución, como el caso BOSCO ha demostrado, que sólo han podido paliarse cuando, al fin, y tras años de decisiones administrativas y jurisprudenciales amparándose en estas tesis que legitimaban la opacidad (por ejemplo, Huergo Lora, 2024b consideraba adecuadas las primeras sentencias sobre BOSCO que negaban el acceso al algoritmo), se ha casado esa doctrina administrativa y jurisprudencial reconociendo al fin la necesidad de transparencia sobre los algoritmos empleados (Ponce Solé, 2025; De la Cueva, 2026).

2.2. Singularidades técnicas y límites de la analogía reglamentaria

Si bien la identidad funcional señalada es a mi juicio robusta (para una argumentación *in extenso*, de nuevo, véase Boix Palop, 2020), el traslado de las garantías reglamentarias no puede ser puramente mimético, sino que exige una labor de "traducción" al contexto técnico que reconozca las singularidades del empleo de algoritmos, especialmente en los casos en que éstos no sean deterministas e incluyan IA que tenga elementos de aprendizaje o adaptación autónoma a los nuevos supuestos y contextos. El Derecho administrativo tradicional se asienta sobre un paradigma de racionalización formal weberiana y una lógica de subsunción deductiva. En cambio, la IA contemporánea opera mediante correlaciones, búsquedas booleanas e inducciones probabilísticas que estiman soluciones a partir de datos masivos. Esta transformación cualitativa genera tensiones estructurales irreductibles a los mecanismos de control clásicos:

- a) El problema de la auditabilidad y el efecto *black box*: En los modelos de *machine learning*, la complejidad de las inferencias puede impedir que incluso los programadores predeterminen de forma fiable los resultados concretos de una ejecución. Esta opacidad dificulta la trazabilidad de los criterios seguidos, obligando a una confianza ciega en la programación que choca con la interdicción de la arbitrariedad del art. 9.3 CE. Nos encontramos aquí con una primera diferencia entre los algoritmos o el programa de una IA y una norma reglamentaria tradicional, que hace más compleja la comprensibilidad de aquéllos, pero que, precisamente por esta razón, no puede ventilarse concluyendo que en tal caso no hace falta transparencia e información lo más completa posible sobre el funcionamiento del algoritmo, pues sería inútil tenerla a los objetivos de un verdadero control, sino que lo que hay es que diseñar mecanismos de mayor transparencia que, al actuar también sobre los datos de entrenamiento, *dataset* y todos los parámetros técnicos disponibles permita si no un conocimiento completo y preciso a la manera del que se puede tener de una norma reglamentaria sí, al menos, disponer de la mayor información posible sobre el funcionamiento del algoritmo o la IA, a fin de poder comprenderlo y detectar posibles errores o sesgos.
- b) Automatización robótica frente a automatización cognitiva: Valero Torrijos (2019) ha subrayado la diferencia entre el uso meramente instrumental del software (como un procesador de textos) y los sistemas de aumento (*augmentation systems*) que asumen tareas valorativas o decisorias. Mientras lo primero es jurídicamente neutro, lo segundo desplaza a la inteligencia humana y ha llevado a algunos autores a defender la necesidad de una "reserva de humanidad", como proponen Ponce Solé (2024) y Martín Delgado (2022), especialmente en decisiones discrecionales (hay ordenamientos jurídicos como el alemán que, como es sabido, han experimentado en esta línea, e incluso textos de *soft law* como la Carta de Derechos Digitales del gobierno de España va en una dirección semejante al propugnar más cautelas cuando el uso de estas herramientas sea empleado para decisiones

discrecionales, aunque sin impedirlo, lo que por otro lado es lógico e inevitable, pues es en este ámbito, y no en las decisiones regladas, donde la IA está llamada a lograr mejores resultados y un incremento general de la eficiencia administrativa).

- c) Riesgos específicos para la singularidad individual: Los sistemas automatizados generan perfiles basados en la pertenencia a grupos, lo que puede conducir a decisiones erróneas al ignorar la especificidad de cada ser humano. Autores como Zarsky (*apud* Boix Palop, 2020) han advertido tempranamente sobre este riesgo de manipulación y control desproporcionado derivado del procesamiento masivo de información y en nuestro Derecho ha trabajado sobre ello, de manera muy completa, Soriano Aranz (2021a y 2021b). Pero la solución frente a este riesgo específico no puede pasar nunca por una menor transparencia. Como los estudios más detallados y exhaustivos realizados en nuestro país sobre las herramientas algorítmicas o de IA empleadas por la Administración que afectan a derechos fundamentales han puesto de manifiesto, como es el que ha coordinado Martínez Garay sobre herramientas como VioGén, RisCanvi o VeriPol (Martínez Garay et al., 2024), estos problemas requieren, precisamente, del máximo posible de transparencia sobre la herramienta para poder ser debidamente evaluados y, en su caso, corregidos.

Ante estos retos, la pretensión de controlar cada detalle técnico en la medida de lo posible, también por medio del Derecho, no sólo no es ilusoria, sino que resulta absolutamente esencial. Como ha resaltado Valero Torrijos, debemos tender a una fiscalización exhaustiva que abarque desde el origen de los datos hasta la lógica del tratamiento (2019). Solo así se podrá verificar si la programación es coherente con las finalidades públicas perseguidas o si, por el contrario, genera todo tipo de problemas, desde la muy grave introducción de sesgos estadísticos que discriminen a colectivos vulnerables a problemas, si se quiere, más pedestres pero no por ello menos relevantes (o que dejen por ello de generar consecuencias en la esfera jurídica de los ciudadanos) como es que un algoritmo destinado a traducir una norma jurídica y reconocer o no un derecho a los ciudadanos y ciudadanas que lo deberían tener según la norma reglamentaria no esté cumpliendo correctamente con esta función, como ocurría con el algoritmo BOSCO.

2.3. El déficit de protección todavía presente en el marco jurídico vigente en España y la emergencia del Reglamento Europeo de IA como posible vía para paliar algunas insuficiencias

Frente a esta situación y los retos que se derivan de ella, la respuesta normativa actualmente, tanto en España como en Europa, ha sido y es aún manifiestamente insuficiente. El marco legal español podría decirse que, incluso, ha experimentado una cierta involución: mientras que la LRJAP-PAC de 1992 podía ser leída (en un momento en que las soluciones tecnológicas tenían menos protagonismo) en el sentido de que podía incluso llegar a exigir la aprobación pública y difusión de las características de todos los programas empleados por la Administración española, la normativa vigente consolidada en el art. 41.2 de la LRJSP de 2015 se limita a unas exigencias de mínimos (indicar el responsable del despliegue de la solución automatizada, ante quién habrán de impugnarse las decisiones, y quién ha de ser el responsable de velar por la corrección de las características técnicas del programa y dar la información de mínimos sobre el mismo que considere suficiente, básicamente). Junto a ello, la legislación en materia de transparencia podía ser una fuente alternativa para obtener información sobre estas herramientas, pero esta

regulación tan generosa con los poderes públicos ha permitido que la Administración española haya eludido hasta la fecha sin mayores problemas la publicación del código fuente en estos casos, según su conveniencia, alegando riesgos para la seguridad nacional o la propiedad intelectual, como hizo en el caso BOSCO en todos los momentos iniciales. Una posible solución, tras la aprobación de la Carta de Derechos Digitales de 2021, aunque sin contenido jurídico obligatorio, puede pasar por emplear los contenidos de la misma como guía interpretativa que nos lleve a derivar de ese marco jurídico vigente un grado de exigencia para con la Administración pública mayor del que ha sido la pauta hasta la fecha, aprovechando su línea de mayor rigor al proponer derechos a la motivación comprensible en lenguaje natural y a la transparencia sobre los datos utilizados y los márgenes de error. Sin embargo, ni las Administraciones públicas españolas ni los tribunales, hasta la fecha, han empleado la Guía de forma excesivamente ambiciosa tampoco en este sentido, de modo que la interpretación del art. 41.2 LRJSP o de las normas de transparencia administrativa no se habían visto en exceso alteradas por la Guía. Tampoco la pretensión de canalizar este problema a través de las normativas (en ocasiones, sí, muy exigentes) de protección de datos (RGPD), interpretando sus artículos 15 y 22 como mecanismos que podrían obligar a informar sobre tratamientos automatizados y dar detalles sobre su funcionamiento, e incluso a que los ciudadanos y ciudadanas pudieran oponerse a ellos cuando les afecten, resulta a la postre satisfactoria para encuadrar la acción de los poderes públicos, pues sus normas están pensadas esencialmente para el tráfico privado y permiten excepciones amplias para la acción pública autorizada por ley. Se produce así la paradoja de que se imponen tanto por esta vía, como en ocasiones por la propia legislación más reciente, obligaciones de transparencia más estrictas a plataformas privadas (como en la "Ley Rider", por ejemplo, que sí obliga a las empresas a informar detalladamente sobre las características técnicas y funcionamiento de los algoritmos empleados para contratar o asignar pedidos a sus trabajadores) que a los propios poderes públicos cuando emplean sistemas algorítmicos equivalentes.

Esta paradójica consecuencia de obligar más a los agentes privados que a los propios poderes públicos es algo que de algún modo podría ocurrir también con ciertas obligaciones impuestas por el Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE (RIA), la que es hasta la fecha la principal reforma para intentar mejorar los controles que tenemos, debido a las características de la norma, esencialmente centrada en la previsión y control de riesgos de los sistemas y productos algorítmicos que incorporen IA a efectos de su introducción y comercialización en el mercado europeo. En este sentido, ha de resaltarse que los problemas específicos que plantea el uso de IA por los poderes públicos, donde confluyen una serie de capacidades de afección sobre la vida de los ciudadanos y unas potestades jurídicas exorbitantes, sin parangón con las que tienen ni empresas ni ciudadanos en nuestro Derecho, no ha sido considerada por el RIA, que da un tratamiento en general unitario a los usos de IA que se comercialicen en el mercado (Barrachina Navarro y Boix Palop, 2024). Sin embargo, y con esas limitaciones, la norma europea sí supone un claro cambio de paradigma porque, aun con esa orientación de mercado que explica cierta prudencia (no es razonable imponer una *full disclosure* de código fuente, datos de entrenamiento y datos técnicos a herramientas privadas que compiten en el mercado de la misma manera que probablemente, y salvo supuestos excepcionales, sería perfectamente razonable, en cambio, imponer esa transparencia a los poderes públicos cuando usen las herramientas afectando a derechos de la ciudadanía), ha consagrado por primera vez en el Derecho europeo el principio general de que, al menos, los ciudadanos y ciudadanas han de poder estar informados de qué soluciones algorítmicas de IA se les están aplicando y aspirar a comprender cómo funcionan éstas.

Este paradigma de "explicabilidad reforzada" impulsado por el Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE (RIA), introduce también algunos avances que sí entiendo cruciales para el sector público, en la medida en que, por increíble que parezca, todavía no estaban completamente consolidados como obligaciones normativas de Derecho interno:

- Registro público de algoritmos de alto riesgo: El artículo 71 RIA prevé la creación de una base de datos de la UE para identificar estos sistemas.
- Obligaciones de explicabilidad: Impone a los poderes públicos el deber de explicar e interpretar las decisiones adoptadas, priorizando la transparencia en el diseño e implementación, pero con la obligación expresa de informar a los ciudadanos y ciudadanas afectadas por un uso concreto de la IA (art. 86 RIA).
- Evaluación de sesgos: Obliga a evaluaciones previas de los resultados para prevenir discriminaciones, siguiendo los principios de rendición de cuentas que ya asoman en leyes nacionales como la Ley 15/2022, pero con una regulación mucho más precisa y obligaciones concretas sobre cómo desarrollar estas evaluaciones de impacto sobre los derechos fundamentales de los sistemas de alto riesgo (art. 27 RIA).

A pesar de estos avances, el RIA no ha resuelto plenamente la cuestión de la transparencia absoluta. Su enfoque, como ya se ha dicho, destinado a disciplinar el mercado privado de productos y servicios de IA en el mercado europeo le lleva a una lógica de seguridad industrial (determinando una escala de riesgos y unos controles y autoridades encargadas, con gran participación privada para la verificación del cumplimiento, que se asemejan mucho a los modelos de normalización industrial y control de la seguridad de productos en el mercado interior, plasmado incluso en la extensión del "mercado CE" como etiqueta de garantía de las soluciones de IA que se pueden comercializar por haber pasado las revisiones pertinentes) resulta insuficiente en sí mismo ante la función materialmente normativa de los algoritmos cuando los emplea la Administración pública, que es una actividad donde la IA genera riesgos y problemáticas propias y diferenciales. Lo cual no significa que los avances arriba mencionados no tengan su importancia, porque la tienen y mucha, especialmente dado que partimos de un marco normativo lamentablemente laxo con el empleo de estas herramientas por parte de los poderes públicos. Incluyendo la derivada también potencialmente muy positiva de que el RIA va a obligar a todas las soluciones privadas que se ponen en el mercado a cumplir con unos mínimos y, como consecuencia de ello, al menos estos mínimos serán satisfechos cuando las Administraciones públicas hagan uso de sistemas de IA de los que se provean en el mercado.

Con todo, y junto a la crítica estructural ya realizada que tiene que ver con la propia orientación del RIA y su atención, por ello, limitada a los problemas específicos de los usos de IA por parte de los poderes públicos, ha de ser señalado que además también persisten "vías de escape" adicionales, como definiciones restrictivas de la IA a efectos de la aplicación de la propia norma (a partir de lo dispuesto en el art. 3 RIA, véase al respecto Cotino Hueso, 2024a) o el poco control sobre el uso de la ficción de que en ocasiones estamos ante "meras herramientas de apoyo" sin una afección suficiente a los derechos de las personas implicadas (afección que genere un "riesgo suficiente" exigida por el art. 6.3 RIA para que una IA sea entendida como de alto riesgo y por ello sometida a las obligaciones fijadas por la norma; véase Cotino Hueso, 2024b) para evitar la aplicación del reglamento. Esto provoca que, entre unas razones y otras, las mejoras evidentes que podría traer consigo la proyección de las

soluciones del RIA a todas las soluciones algorítmicas empleadas por las Administraciones públicas española no vaya a darse necesariamente. Por ejemplo, si nos referimos de nuevo al estudio de Martínez et al. sobre herramientas de tanta relevancia en España como VioGén o RisCanvi, en ninguno de estos dos casos serían de aplicación a las versiones actualmente en uso de estas herramientas las soluciones de encuadramiento jurídico que vienen del RIA (Martínez Garay et al., 2024). Lo que nos devuelve de nuevo a la idea de que, con interposición de normas europeas o sin ellas, es necesario trascender este modelo de control subóptimo y avanzar hacia la completa publicidad del código fuente, siempre que sea posible, como una garantía insoslayable cuando estamos hablando de empleo de algoritmos o de IA por los poderes públicos de un Estado de Derecho avanzado.

3. La STS BOSCO como *leading case* para la necesaria transparencia algorítmica y de la IA en España

A efectos de lograr un entendimiento de nuestro ordenamiento jurídico de un modo más ambicioso en cuanto a sus exigencias de transparencia en la materia, el análisis de la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 11 de septiembre de 2025, que resuelve el denominado "caso BOSCO", constituye una excelente piedra de toque para comprender la evolución y los retos actuales del Derecho Público frente a la automatización administrativa. Esta resolución, que llega tras siete años de litigio estratégico impulsado por la fundación ciudadana Civio, establece que la Administración ha de entregar el código fuente del algoritmo empleado para la concesión del bono social eléctrico. Su trascendencia es innegable por múltiples razones: en primer lugar, supone una rectificación contundente de la opacidad mantenida sistemáticamente por la Administración en primera instancia, el Consejo de Transparencia después (y eso siendo un órgano en principio dedicado a velar por la garantía de la debida transparencia administrativa) y los tribunales de instancia a continuación (Juzgado Central y posteriormente Sala de la Audiencia Nacional); en segundo lugar, establece con cierta contundencia las bases de lo que estimo que es una garantía fundamental para la defensa de los derechos digitales frente al poder público; y, en tercer lugar, proyecta una profunda reflexión dogmática sobre la naturaleza normativa de los algoritmos y el régimen futuro de la transparencia frente a la Inteligencia Artificial (IA).

3.1. El bono social eléctrico y la función del algoritmo BOSCO

Para comprender la magnitud del debate, es imprescindible analizar el contexto regulatorio en el que opera la aplicación informática BOSCO. El mercado eléctrico, fuertemente liberalizado desde los años noventa por impulso del Derecho europeo, ha transitado desde una lógica estricta de servicio público hacia un marco de prestación privada en competencia. No obstante, para salvaguardar los intereses generales inherentes al Estado social, se imponen a los operadores privados obligaciones de servicio público, entre las que destaca la protección de los consumidores en situación de vulnerabilidad económica mediante tarifas bonificadas.

El Decreto 897/2017 establece de forma tasada los requisitos (ingresos, índices IPREM, circunstancias familiares) que determinan el derecho a este bono social. Las compañías eléctricas actúan como ventanilla para el ciudadano, pero la decisión se fundamenta en el reglamento en cuestión, porque se trata de un derecho a la ayuda social que es determinado no por las compañías sino por una regulación administrativa que éstas han de cumplir. Con el loable propósito de facilitar la gestión masiva de solicitudes y de objetivar la respuesta de estas empresas privadas a la hora de interpretar la norma y adaptarla a las distintas situaciones de hecho, la

Administración creó el algoritmo BOSCO, poniéndolo a disposición de las empresas comercializadoras, que deben emplearlo para determinar si se estima la solicitud de bono eléctrico o no. Las compañías introducen los datos del ciudadano en este algoritmo, el cual dicta una respuesta binaria ("sí" o "no") sobre la concesión del descuento, sin ofrecer mayores explicaciones ni motivación detallada, y las compañías de ese mercado eléctrico han de limitarse a cumplir con lo determinado por esa respuesta, que se supone que contiene una interpretación correcta y determinista de lo previsto en el reglamento. Los problemas surgen cuando este algoritmo, aparentemente sencillo, determinista y no demasiado complejo (porque el reglamento sobre el bono social eléctrico no lo es en exceso) falla sistemáticamente en algunos casos y eso nos lleva a tratar de encuadrar jurídicamente qué está ocurriendo.

Una primera controversia surge al definir la naturaleza de esta herramienta, lo que de nuevo nos lleva a comprobar hasta qué punto la posición que adoptemos sobre cuál sea la naturaleza jurídica de los algoritmos y soluciones de IA empleadas por los poderes públicos para tomar decisiones con efectos sobre la esfera de derechos y obligaciones de la ciudadanía dista de ser intrascendente. La Administración sostuvo invariable e insistentemente a lo largo de todo el proceso que BOSCO era una "mera herramienta de apoyo", argumentando que la decisión final se plasmaba en una resolución administrativa posterior susceptible de ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta visión instrumental es compartida por autores como Alejandro Huergo, quien de forma coherente con las tesis que ha venido defendiendo sobre esta cuestión, defiende que la aplicación informática no decide nada, sino que se limita a mecanizar operaciones matemáticas regladas, asimilándola al funcionamiento de una calculadora o del programa para calcular la cuota tributaria que nos pone a disposición la AEAT. Para Huergo, exigir el código fuente para corregir un error en una actuación reglada es tan superfluo como lo sería en un entorno tradicional pretender tener acceso a la mente del funcionario (Huergo Lora, 2024b).

Frente a esta postura a mi juicio reduccionista, un análisis más preocupado por los efectos materiales del algoritmo revela que BOSCO, en efecto, sí sustituye materialmente la codificación jurídica por una codificación informática con efectos tangibles y directos que, más allá de que puedan revertirse con el control judicial *a posteriori*, no deberían perderse de vista. El código fuente determina *de facto* el reconocimiento del derecho tanto por parte de la compañía como por la Administración. La actuación es completamente automatizada, carente de cualquier intervención o supervisión humana posterior que evalúe cualitativamente la decisión de la máquina. Como subraya, a mi juicio acertadamente, Juli Ponce, no estamos ante un simple instrumento auxiliar (Ponce Solé, 2025), sino ante un sistema que adopta decisiones totalmente automatizadas con efectos jurídicos directos, un paradigma de *techné contra legem* cuando el software contradice el texto publicado en el Boletín Oficial del Estado.

3.2. Periplo judicial y resistencia de los poderes públicos a la publicidad y rectificación del algoritmo

El litigio que ha dado origen a la STS de 11 de septiembre de 2025 comenzó en 2018 cuando Civio detectó que BOSCO denegaba sistemáticamente el bono social a colectivos que legalmente tenían derecho a él, como ciertas mujeres viudas y familias numerosas (seguimos en este punto tanto la descripción de los antecedentes de la propia sentencia como a De la Cueva, 2026, que además como abogado de la entidad tiene un conocimiento de primera mano de todo el caso y su *iter* procedimental). Ante la incomprensible disfunción entre la norma y la máquina, Civio solicitó al Ministerio

de Transición Ecológica el acceso al código fuente, topándose con la tradicional resistencia de la Administración española, que alegó la falta de interés legítimo y remitió a los ciudadanos a la vía del recurso ordinario.

Civio articuló su pretensión a través de la Ley 19/2013 de Transparencia y Buen Gobierno (LTBG), normativa que desarrolla el mandato del artículo 105.b de la Constitución Española. No es baladí recordar en este punto que el legislador ordinario expandió notablemente los límites a la transparencia previstos en la Constitución. Mientras el texto constitucional solo ampara el secreto por razones de intimidad, averiguación de delitos y defensa de la seguridad del Estado, el artículo 14 LTBG despliega una quincena de excepciones, por un lado expandiendo algunas de las previsiones constitucionales, pero también introduciendo nuevas posibles excepciones como, de forma crucial para este caso, la protección de la "propiedad intelectual". Esta suplantación del marco constitucional por límites legales, aunque amparada por el derecho europeo, diluye parte del vigor del derecho de acceso originalmente consagrado en la Constitución pero, y sobre todo, debiera ponernos sobre alerta cuando alguna de las excepciones incorporada por el legislador ordinario sin base constitucional pretende ser empleada de manera manifiestamente extensiva y abusiva, como a mi juicio era el caso en cuanto a BOSCO.

En todo caso, de manera sorprendente, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno (CTBG) no atendió ni a estas ni a otras razones y denegó la entrega del código. Si bien el CTBG desestimó acertadamente que la revelación del código de un programa de ayudas sociales pusiera en riesgo la defensa o la seguridad nacional (pretensión ciertamente exótica y que para poder ser atendida debiera de ser mucho más resaltada, como acertadamente sostiene el organismo de control), sí aceptó en cambio el límite de la propiedad intelectual, validando que la Administración ostentaba derechos de autor sobre su propio desarrollo informático que impedían su liberación (sin atender a la cautela interpretativa antes señalada ni hacer la más mínima ponderación sobre el sentido y necesidad de esta protección a la luz de los efectos materialmente normativos del algoritmo en cuestión). El posterior recurso ante la Audiencia Nacional agravó la situación: los tribunales de instancia no solo ratificaron la excepción de la propiedad intelectual, sino que resucitaron el límite de la seguridad pública, asumiendo sin espíritu crítico alguno y con un grado de ciega confianza en sus afirmaciones apodícticas, un informe del Centro Criptológico Nacional que auguraba, de forma genérica y vaporosa, ciberataques y riesgos para el sistema estatal si se publicaba el código.

Se consagró así una preocupante jurisprudencia de la opacidad que permitía a la Administración blindar sus algoritmos a poco que quisiera hacerlo, pues ni la LRJSP (art. 41.2) le obligaba a mucho más, ni la normativa de transparencia del sector público llegaría a rectificar esta situación a poco que se dieran razones tan genéricas como las señaladas ni aún habían llegado interpretaciones que al amparo del RGPD pudieran desembocar en una mayor exigencia de transparencia. Como puede verse, las sentencias de instancia, así como toda la actuación administrativa previa ponen de manifiesto las insuficiencias de ese marco jurídico, especialmente cuando es así interpretado, y la necesidad de reforzar las garantías de transparencia, pero también la comodidad con la que se movía y se mueve la Administración en un contexto en que puede ampararse en este tipo de pretextos jurídicos para funcionar con opacidad y menos deberes de respuesta frente a la ciudadanía. Comodidad que se traduce en que, por increíble que parezca, años después de detectados los problemas, y como ha venido denunciando Civio, ¡los algoritmos de BOSCO seguían funcionando mal y negando el bono eléctrico a personas que sí tenían derecho al mismo! Al amparo de la visión de la Administración de que estamos ante una mera insuficiencia de una herramienta de apoyo de una decisión en todo caso humana y administrativa que los

perjudicados siempre podrán recurrir a título individual, la opacidad y falta de transparencia perpetúa un mal funcionamiento con efectos muy nocivos para muchas personas y en general para el buen funcionamiento de la Administración pública. Y, de paso, se pone de manifiesto también, como ya se ha señalado, la importancia del debate aparentemente teórico sobre la naturaleza jurídica de un algoritmo como BOSCO. Porque de su consideración como materialmente normativo se derivaría una exigencia de reacción y depuración, incluso por parte de la propia Administración, que no habría obligado a llegar hasta el Tribunal Supremo. Un Tribunal Supremo que, por otro lado, aunque sea en *obiter dicta*, apela a estos efectos materialmente normativos para reforzar la construcción de sus argumentos que, acertadamente, revierten los de los órganos administrativos y judiciales de instancia.

3.3. Las cuestiones jurídicas resueltas por la STS BOSCO

El Tribunal Supremo, en una extensa y motivada sentencia unánime, finalmente estimó, como ya se ha dicho, el recurso de casación, desmontando uno a uno los argumentos que habían permitido amparar hasta entonces esta sorprendente opacidad administrativa. Las claves jurídicas de la resolución abarcan desde la naturaleza de la automatización hasta la reconfiguración de la carga de la prueba en los límites a la transparencia.

3.3.1. Naturaleza de la actuación y automatización total

La sentencia asienta en primer lugar que la decisión de BOSCO determina completamente el acceso al bono social, encuadrándose como una actuación administrativa automatizada ex artículo 41 LRJSP. El Tribunal hace acopio para ello, entre otras, del dictamen previo de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) de fecha 6 de noviembre de 2024 (ref. PS-00324-2023), el cual estimó (de manera muy solvente) que BOSCO vulneraba el artículo 22 del RGPD al tomar decisiones individuales automatizadas sin garantizar una intervención humana significativa ni informar adecuadamente a los interesados, tal y como exige en este punto el RGPD. Sin embargo, el Supremo deja pasar, a mi juicio, la oportunidad de ahondar en este punto desde una perspectiva dogmática y ello a pesar de incluir un párrafo tan significativo como que expresamente indica que:

... el acceso al código fuente posibilita la comprobación de la conformidad del sistema algorítmico con las previsiones normativas que debe aplicar, pues la motivación — parametrizada— de la decisión administrativa que tiene lugar, reside en el diseño de los parámetros que determinan ese código fuente.

Aunque constata que el código dicta la decisión, que la “parametriza”, no llega empero a calificar al algoritmo como materialmente equivalente a una disposición de carácter general o reglamento. Civio había argumentado, sólidamente, que si el algoritmo ejerce funciones normativas materiales, su asimilación a un reglamento anularía de raíz la invocación de la propiedad intelectual, dado que la legislación vigente (art. 13 TRLPI) excluye de derechos de autor a las leyes, reglamentos y resoluciones administrativas. Ponce Solé (2025) critica esta timidez, señalando que, al ser BOSCO una traducción formal de una norma previa para su aplicación masiva futura, hubiera sido jurídicamente impecable considerarlo una disposición general y, en la medida en que además esta postura no es sino una traslación evidente a un caso particular de mi tesis sobre la naturaleza normativa de los algoritmos en estos supuestos (Boix Palop, 2020), no puedo estar más de acuerdo. Sin duda, el Tribunal Supremo ha entendido, muy probablemente, que no era su función lidiar en esta polémica, máxime cuando podía llegar a una solución igualmente satisfactoria obviando un pronunciamiento expreso al respecto, pero no deja de ser una pena que

se haya perdido la oportunidad de plasmar una idea básica que está llamada a ser esencial en el futuro del régimen jurídico de la IA cuando aplicada por el sector público. En todo caso, esperemos que sea el legislador quien a la mayor brevedad lo declare, porque en otro caso, tarde o temprano, el Tribunal Supremo se verá obligado a volver sobre esta cuestión y a hacerlo con mayor taxatividad. De momento, en esta ocasión, ha podido evitarla recurriendo a ponderar debidamente la excepción derivada de la protección de la propiedad intelectual, donde de nuevo la idea de normatividad material del algoritmo es relevante, en una actividad valorativa que los tribunales de instancia habían desatendido de manera incomprensible.

3.3.2. La ponderación de la protección de la propiedad intelectual

Descartada la exclusión automática de los derechos de autor, el Tribunal Supremo realiza pues el necesario juicio ponderativo de proporcionalidad en el marco del artículo 14 de la Ley de Transparencia. Así, argumenta que, aunque el programa goce de propiedad intelectual, su titularidad pública y su destino al ejercicio de competencias en materia de derechos sociales atenúan notoriamente la protección, ya que el software no se inscribe en la lógica competitiva ni persigue la explotación comercial del mercado. Por tanto, el Tribunal dictamina que el interés público en la fiscalización de las reglas que rigen las prestaciones de las personas vulnerables prevalece sobre los eventuales perjuicios dominicales de la Administración.

Esta doctrina está llamada a tener un impacto notable en la contratación pública; como señala Javier Vázquez Matilla (2025), las Administraciones ya no pueden escudarse en el "secreto técnico" del contratista sin argumentar mínimamente por qué éste habría de ser protegido. Incluso podría argumentarse que a partir de ahora, y por defecto, las entidades locales y estatales debieran exigir en sus pliegos contractuales la entrega del código fuente o la articulación de licencias que permitan su auditoría, asegurando que los derechos de propiedad industrial de terceros no vacíen el derecho constitucional de acceso a la información pública.

3.3.3. Seguridad nacional e inversión de la carga de la prueba

Otra aportación rotunda y transformadora de la sentencia radica en la radical desarticulación jurídica del argumento que validaba la posibilidad de mera invocación del límite de la seguridad pública para negar la transparencia, propinando un importante correctivo en este punto a los tribunales de instancia y a la doctrina que había sido empática con esta negativa. La Audiencia Nacional había amparado el secreto bajo el modelo arcaico de "seguridad por oscuridad" (ocultar el código para hacerlo seguro, paradigma por lo demás totalmente superado en el mundo de la informática) apoyándose en informes técnicos genéricos que en ningún caso concretaban los riesgos de seguridad invocados. El Tribunal Supremo efectúa una contundente inversión de la carga de la prueba, muy necesaria, a la vista está, para aspirar a disciplinar debidamente a la Administración. No basta una referencia "ciega" o apodíctica a la seguridad nacional; el Estado debe probar de forma concreta y específica cómo la revelación del código materializa un riesgo crítico.

Además, el Tribunal desmonta la excusa de la protección de datos, recordando que solicitar el código fuente de un algoritmo no equivale a solicitar los datos personales que éste procesa. Haciéndose eco de normativas europeas en materia de interoperabilidad, la sentencia avala el paradigma del código abierto (*open source*), concluyendo que la exposición pública, lejos de vulnerar la ciberseguridad, contribuye a su robustecimiento mediante la detección comunitaria de fallos y vulnerabilidades. Evitar la opacidad se consagra así como una exigencia consustancial al Estado Democrático de Derecho.

3.4. ¿Sentencia anecdótica o hito fundacional?

La recepción de la sentencia, por lo demás, ha evidenciado la profunda fractura que todavía persiste en la doctrina administrativista respecto del alcance de la automatización y, sobre todo, sobre la importancia y necesidad de generalizar o no las debidas garantías de transparencia como mecanismo defensivo para la ciudadanía y de incentivo para la mejora de buen funcionamiento de la propia Administración pública. Desde una óptica escéptica, Alejandro Huergo ha calificado la resolución como "mucho ruido y pocas nueces" (Huergo Lora, 2025). De acuerdo con estas tesis, la sentencia está hiper-contextualizada y no establece una regla de acceso general. Subraya que el Tribunal ponderó favorablemente el acceso debido a la identidad del solicitante (la fundación Civio, entidad sin ánimo de lucro de reconocido prestigio) y al hecho de que el software fuera de propiedad pública. Bajo esta lente restrictiva, el fallo no avalaría el acceso indiscriminado de cualquier ciudadano a algoritmos complejos desarrollados, por ejemplo, por empresas privadas pero empleados por los poderes públicos.

En cambio, Juli Ponce ha interpretado el fallo como un auténtico *leading case*, con posibilidades de generar un precedente que redefina la práctica administrativa a partir de un control judicial que, si se generaliza en esta línea, sería mucho más exigente (Ponce Solé, 2025). En este sentido, parece razonable atender a estas consideraciones, máxime si tenemos en cuenta que las matizaciones anteriores no eliminan el potencial expansivo de la doctrina. En efecto, es cierto que hay menciones a Civio y a su papel favorables en la sentencia, pero éstas operan como mero *obiter dicta* y no son en absoluto definitivas ya que, como es sabido, la Ley de Transparencia española reconoce el acceso a toda la ciudadanía sin exigir legitimación ni interés específico previo (a diferencia de sistemas más restrictivos). En una línea coincidente, el hecho de que el propio Consejo de Transparencia haya comenzado a modificar su doctrina en los últimos años y a conceder accesos a otros algoritmos (por ejemplo a los que emplea la Seguridad Social para el cálculo de las pensiones contributivas) o la propia decisión de la AEPD sobre BOSCO demuestra que sí estamos ante el inicio de un cambio de paradigma y que puede afirmarse que a día de hoy, y a diferencia de lo que ocurría sólo hace un par de años, el Derecho público español ya no consiente la completa opacidad de algoritmos deterministas que han de cumplir con las previsiones de un reglamento y de una ley y que son empleados para determinar el acceso de los ciudadanos o ciudadanas a una prestación o a la cuantificación de sus derechos. Quizás sea aún un estadio inicial, y queden por resolver cuestiones como las señaladas por Huergo Lora cuando los algoritmos empleados no sean de propiedad pública o cómo ha de operarse ante algoritmos no deterministas o que tenga IA, haciendo estas previsiones compatibles con el RIA, pero el avance inicial es claro y parece irreversible. De hecho, la sentencia consolida esta doctrina vinculándola a los conceptos de "democracia digital" y "transparencia algorítmica", lo que permite a Ponce Solé (2025) argumentar la elevación del acceso a la información a la categoría de derecho constitucional subjetivo derivado del derecho a la buena administración (art. 41 Carta de los Derechos Fundamentales de la UE). Pero es en las propias palabras del propio Tribunal Supremo donde encontramos la confirmación definitiva de que estamos ante una sentencia que más allá de resolver el caso particular aspira a iniciar un camino que lleve al incremento de estas exigencias con carácter general, como correcta traslación del principio democrático y las garantías propias de un Estado de Derecho aplicables al nuevo contexto:

La democracia digital no solo es una extensión tecnológica de la democracia representativa, sino que también es el fruto de una auténtica transformación estructural en el funcionamiento democrático de los Poderes públicos, caracterizada por la vigencia de los principios de transparencia, participación y rendición de cuentas

en un entorno digital, donde el acceso a la información pública y la transparencia algorítmica ocupan un papel esencial.

En este sentido, como nos recuerda De la Cueva (2026), si el Estado contemporáneo muta del lenguaje natural al lenguaje formal (código), el monopolio de la interpretación y el secreto de este lenguaje anulan las posibilidades de control jurisdiccional efectivo de la actuación de los poderes públicos (art. 106.1 CE). De alguna manera, por ello, podría decirse que la sentencia BOSCO introduce algunos de los valores de la Ilustración y de la construcción de las bases del Estado de Derecho moderno en la era digital, siguiendo esa estela de lucha contra las inmunidades del poder que nunca acaba de estar concluida del todo de la que hablaba García de Enterría.

3.5. Perspectivas de futuro tras el impacto del RIA cuando la IA se superponga a la automatización determinista

La presión por la transparencia, de hecho, no va a ir a menos, sino que su necesidad será exponencial cuando se generalice el empleo de la IA por parte de los poderes públicos. BOSCO, siendo un algoritmo determinista y sencillo, apenas representa la punta del iceberg. El verdadero reto sistémico reside en cómo afrontaremos y resolveremos de manera garantista el reto que supone trasladar las cautelas jurídicas clásicas a herramientas que incorporen *machine learning* e IA compleja o que impacten en bienes jurídicos como la vida y la integridad física, como hacen sistemas como VioGén (evaluación de riesgo de violencia de género) o la libertad personal, como pasa con RisCanvi (clasificación de riesgo de reincidencia penitenciaria en Cataluña). Pero en estos casos la necesidad de mayor transparencia y controles no sólo no desaparece, sino que se hace más necesaria, si cabe. Si nos remitimos al estudio antes ya referenciado sobre estas herramientas, lo que se puede constatar de su análisis en profundidad es que los riesgos para los derechos fundamentales que pueden derivarse de su uso, o el control de los posibles sesgos que pueden afectar de manera particularmente negativa a muchos colectivos, especialmente a los menos favorecidos, requiere de un mayor conocimiento de cómo funcionan, no de menos (Martínez Garay et al., 2024).

Ante este horizonte, la entrada en vigor en 2024 del Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE arroja, ya lo hemos señalado, luces y sombras. Como han analizado Cerrillo y Velasco (2025), el RIA avanza hacia la transparencia institucional obligando a inscribir los sistemas de alto riesgo en un registro público y requiriendo explicabilidad (*explainability*) incluso a través de herramientas algorítmicas *post hoc* para que los ciudadanos comprendan los motivos concretos de la decisión que les afecta. No obstante, la perspectiva del RIA es esencialmente una normativa de mercado y seguridad industrial. No concibe la apertura del código fuente a la ciudadanía como regla general, sino que instituye un sistema de certificación previa equiparable al "marcado CE" propio de la seguridad industrial.

Pero más allá de esta orientación, el verdadero principal escollo para la eficacia de estas garantías es la constante huida de la Administración hacia la ficción de la "mera herramienta de apoyo". Mientras no se entienda que el reiterado recurso a esa justificación nos hace acumular puntos ciegos donde obviamos la verdadera influencia de las herramientas algorítmicas superponiéndose a la acción estrictamente humana no se resolverá plenamente el problema de las garantías de forma satisfactoria.

Tanto el RIA como los aplicadores jurídicos tienden a eximir de controles estrictos a aquellos sistemas que, teóricamente, no deciden de forma autónoma, sino

que asisten a un funcionario. La práctica forense, social y médica desmiente esta ficción: al igual que un radiólogo jamás contradice a una IA que diagnostica un tumor temprano por el inasumible riesgo profesional que comporta y no detendrá la necesaria biopsia que confirmará o descartará definitivamente la existencia de un tumor maligno, los jueces, policías y administradores públicos que operan con sistemas como VioGén acaban delegando *de facto* la decisión en el umbral de riesgo que marca la máquina, actuando y matizando sólo a partir de la misma, y al alza, pero nunca a la baja, cuando la experiencia determina que el sistema es suficientemente fiable. Por ello, si materialmente la herramienta establece la decisión (o los umbrales mínimos en que se va a desarrollar el ámbito material de decisión que queda para los agentes humanos), mantener la ficción jurídica de que el acto es plenamente humano porque la firma un empleado público supone aceptar una enorme desprotección hacia la ciudadanía, pues permite no indagar ni poner la luz y los controles sobre el momento procedimental y jurídico en el que verdaderamente se están dilucidando estas cuestiones, que es en la parte algorítmica del mismo. Sólo con un marco jurídico que posibilite que se desarrolle el control sobre la misma, lo que requiere indubitadamente de una estricta garantía sobre la transparencia del proceso, podemos aspirar a trasladar debidamente las garantías propias de un Estado de Derecho a estas nuevas situaciones, cuya incidencia e importancia van a ser cada día mayores. La sentencia BOSCO es, por tanto, en la medida en que avanza en esta línea, un paso cuya importancia no puede ser minusvalorada (aunque sea sólo por haber corregido un paradigma jurídico completamente aberrante pero extraordinariamente asentado en nuestra Administración y tribunales), pero solo el primer estadio en la ineludible construcción de un nuevo Derecho Administrativo tecnológico que garantice que la digitalización no signifique, en ningún caso, la claudicación del Estado de Derecho, algo que será cada vez más necesario, como reconoce la propia Sentencia, conforme se extienda el empleo de estos sistemas:

Ciertamente, el progresivo desarrollo e implantación de la administración electrónica y el uso creciente de aplicaciones informáticas destinadas a la gestión de servicios públicos, con evidente trascendencia en los derechos de los ciudadanos, en la medida que determinan o condicionan el reconocimiento o denegación de derechos y prestaciones públicas, es decir, que operan como fuente de decisiones automatizadas, conlleva que la configuración y uso de los algoritmos en dichas aplicaciones adquieran una relevancia decisiva y exijan su transparencia.

4. El ineludible camino hacia la transparencia algorítmica plena como parte de las garantías mínimas en el debido proceso tecnológico

La irrupción de los sistemas automatizados y de la Inteligencia Artificial en el seno de las Administraciones Públicas representa una de las transformaciones estructurales más profundas a las que se ha enfrentado el Derecho administrativo desde su delimitación producida de la mano y en paralelo a la propia conformación del Estado moderno. Lejos de constituir un mero debate técnico, la controversia sobre la opacidad de los algoritmos se inscribe en el núcleo mismo de la teoría del Estado de Derecho: la incesante lucha contra las inmunidades del poder. En este contexto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2025 recaída en el "caso BOSCO" no debe interpretarse como una anécdota, sino como el primer paso hacia la cristalización de un cambio de paradigma insoslayable.

Esta resolución constituye, en primer término, un primer paso para aspirar a dotar de eficacia práctica a la posición dogmática defendida en este trabajo: cuando un algoritmo predetermina la respuesta del poder público o decanta la evaluación de un supuesto de hecho, ejerce materialmente funciones normativas equivalentes a las de un reglamento (Boix Palop, 2020). Al desestimar las excusas administrativas

amparadas en la propiedad intelectual y en riesgos vaporosos de seguridad nacional, el Tribunal Supremo valida que la defensa de los derechos ciudadanos exige, siquiera sea tendencialmente, el acceso íntegro al código fuente... y ello porque no se puede consentir en un Estado de Derecho que haya instrumentos que desplieguen normatividad que no sean conocidos por la ciudadanía. Se establece así como principio que la opacidad tecnológica no puede operar como un cheque en blanco para eludir las garantías de publicidad que el ordenamiento exige a cualquier disposición de carácter general.

Para comprender la verdadera dimensión de este avance, es imperativo retomar la advertencia de Lawrence Lessig: en la sociedad digital, el código (fuente) es ley (código... también jurídico) (*Code is Law*), y la arquitectura de la programación determina cada vez más el alcance de nuestros derechos con mayor intensidad que los textos normativos tradicionales (Lessig, 2006). Como ha señalado Javier de la Cueva (2026), BOSCO evidencia el riesgo de una *techné contra legem*, donde la ejecución informática contradice el derecho reconocido en la norma. Si el Estado muta de la escritura natural al lenguaje formal del código, impedir el acceso a este equivale a gobernar mediante normativas secretas, algo incompatible con los valores de la Ilustración y las garantías mínimas predicables de todo Estado de Derecho.

A esta fundamentación jurídica cabe añadir una dimensión que adquiere un relieve crítico frente a la "ficción de apoyo" a la que ya nos hemos referido: el sesgo de automatización (*automation bias*) que nos hace ser más dependientes de las soluciones automatizadas, pero en muchas ocasiones sin ni siquiera ser completamente conscientes de la magnitud de esa dependencia. Como se ha constatado, los operadores humanos tienden a otorgar una confianza desmedida a los resultados de sistemas automatizados, delegando *de facto* la decisión en la máquina, especialmente cuando se percibe que sigue existiendo una decisión final a cargo de una persona. Esta realidad psicológica vacía de contenido la "supervisión humana" si no va acompañada de una transparencia total que permita cuestionar las premisas del sistema. En este sentido, la sentencia BOSCO es un hito hacia lo que Danielle Keats Citron denomina el necesario y debido proceso tecnológico (*technological due process*) (Citron, 2008). Citron ya advertía entonces de que cuando las reglas se entierran en el software, el derecho a ser escuchado y a una decisión razonada se vuelven ilusorios si no se garantiza la suficiente auditabilidad de las reglas de base.

En definitiva, la sentencia BOSCO y las repercusiones jurídicas posteriores a la entrada en vigor del Reglamento de Inteligencia Artificial de la UE (RIA) sitúan a la Administración española ante la obligación de repensar su relación con las soluciones de IA y algorítmicas, abrazar las garantías materialmente asociadas a las normas que rigen su actividad para los algoritmos que hagan lo propio y, por supuesto, abandonar definitivamente la premisa de la opacidad por diseño como medida de seguridad, que del mismo modo que ha sido superada en el plano técnico ha de quedar atrás en el jurídico. Como advierte Frank Pasquale en *The Black Box Society* (Pasquale, 2015), sin una supervisión efectiva del código, corremos el riesgo de que los algoritmos operen como mecanismos de poder exentos de responsabilidad social. Las dificultades que obviamente supone lograr una exacta traslación de las garantías jurídicas y medidas de transparencia que hemos ido decantando durante estos dos últimos siglos respecto de las normas tradicionales como los reglamentos no son una excusa válida para no intentarlo, sino que han de suponer un acicate para acometer la tarea con el mayor rigor y esfuerzo posible. Y es que, como señala con nitidez el propio Tribunal Supremo en sus conclusiones finales sobre BOSCO: «Evitar la opacidad del algoritmo o el código fuente se muestra consustancial al Estado democrático de Derecho».

Entre otras razones, porque cuanto más se utilicen estos sistemas para gestionar derechos sociales o libertades públicas, más imperiosa será la necesidad de una transparencia, si no radical, sí lo más profunda y completa que seamos capaces de garantizar sin que de ella se derive que imposibilitemos el buen funcionamiento de la propia solución tecnológica. El código fuente es, a la postre, código jurídico, y en un Estado de Derecho avanzado hemos de tener todo claro (y operar de modo acorde a este postulado) que el secreto sobre la ley es, sencillamente, inadmisibile.

Bibliografía

- Barrachina Navarro, T. y Boix Palop, A. (2024). La aplicabilidad del Reglamento de Inteligencia Artificial al ámbito de la Administración Pública y servicios públicos y especialidades sobre su cumplimiento. En L. Cotino Hueso (Dir.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea*. Tirant lo Blanch, pp. 351-371. <https://www.cotino.es/tratadoria/>
- Boix Palop, A. (2022). Transparencia en la utilización de inteligencia artificial por parte de la Administración. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 100, pp. 90-105. <https://roderic.uv.es/items/72356e27-8def-422b-8f4c-a33fc82ac6a1>
- Boix Palop, A. (2020). Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones. *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 1, pp. 223-269. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2020_33
- Cerrillo i Martínez, A. y Velasco Rico, C. (2025). La transparencia algorítmica. En A. Cerrillo i Martínez y C. Velasco Rico (Ed.), *La regulación de la Inteligencia Artificial en España* (pp. 43-68). Comares.
- Citron, D. K. (2008). Technological Due Process. *Washington University Law Review*, 85, pp. 1249-1313. https://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/vol85/iss6/2/
- Cotino Hueso, L. (2024a). ¿Qué es la “inteligencia artificial” para el Reglamento? Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas. En L. Cotino Hueso (Dir.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea* (pp. 113-121). Tirant lo Blanc. <https://www.cotino.es/tratadoria/>
- Cotino Hueso, L. (2024b). Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial. En L. Cotino Hueso (Dir.), *Tratado sobre el Reglamento de Inteligencia Artificial de la Unión Europea* (pp. 291-313). Tirant lo Blanch. <https://www.cotino.es/tratadoria/>
- De la Cueva, J. (2026). El derecho a no ser gobernados mediante algoritmos secretos. *El Notario del Siglo XXI*, 126. <https://www.elnotario.es/opinion/9636-el-derecho-a-no-ser-gobernados-mediante-algoritmos-secretos>
- García de Enterría, E. (1962). La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho administrativo. *Revista de Administración Pública*, 38, pp. 159-208.
- Huergo Lora, A. (2025). "Juicio final" sobre "Bosco": la sentencia del Tribunal Supremo. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/juicio-final-sobre-bosco-la-sentencia-del-tribunal-supremo>
- Huergo Lora, A. (2024a). Inteligencia artificial y Administraciones públicas: para qué y cómo. *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*. 37, pp. 40-69. DOI: <https://doi.org/10.36151/TD.2024.105>
- Huergo Lora, A. (2024b). Por qué aciertan las sentencias sobre el “algoritmo” del bono social eléctrico. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/por-que-aciertan-las-sentencias-sobre-el-algoritmo-del-bono-social-electrico>
- Lessig, L. (2006). *Code: And other laws of Cyberspace, version 2.0*. Basic Books.

- Martín Delgado, I. (2022). Inteligencia artificial y toma de decisiones administrativas: hacia el control efectivo del uso de sistemas algorítmicos en la actividad formal de la Administración Pública. *Revista española de la función consultiva*, 37-38, pp. 55-91. https://www.cjccv.es/pdfs/pub/refc-n37_38.pdf#page=55
- Martínez Garay, L. et al. (2024). *Three predictive policing approaches in Spain: VIOGEN, RISCANVI and VERIPOL. Assessment from a human rights perspective*. Publicacions de la Universitat de València (PUV). Hay versión en castellano: PUV 2026. <https://omp.uv.es/index.php/PUV/catalog/book/824>
- Pasquale, F. (2015). *The black box society: The secret algorithms that control money and information*. Harvard University Press.
- Ponce Solé, J. (2025). La sentencia 'Bosco': un punto -importante- y seguido. *Almacén de Derecho*. <https://almacenederecho.org/la-sentencia-bosco-un-punto-importante-y-seguido>
- Ponce Solé, J. (2024). Inteligencia artificial, decisiones administrativas discrecionales totalmente automatizadas y alcance del control judicial: ¿indiferencia, insuficiencia o deferencia? *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, 9, pp. 9-56. DOI: https://doi.org/10.37417/RDP/vol_7_2024_2151
- Soriano Aranz, A. (2021a). *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*. Thomson Reuters - Aranzadi.
- Soriano Aranz, A. (2021b). Decisiones automatizadas y discriminación. *Revista General de Derecho Administrativo*, 56, pp. 85-127. DOI: https://doi.org/10.37417/RPD/vol_1_2021_535
- Tribunal Supremo del Reino de España. Sentencia 2826/2025, de 11 de septiembre de 2025 (ECLI:ES:TS:2025:3826). <https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/27d0d44d33b0dd21a0a8778d75e36f0d>
- Valero Torrijos, J. (2019). Las garantías jurídicas de la inteligencia artificial en la actividad administrativa desde la perspectiva de la buena administración. *Revista Catalana de Dret Públic*, 58, pp. 82-96. DOI: <https://doi.org/10.2436/rcdp.i58.2019.3307>

‘Reinventing’ EU legislation to revive the EU? Review of Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*

(2024) Edward Elgar
Cheltenham, UK., 368 pp.

Maria Mousmouti

Institute of Advanced Legal Studies, University of London – Centre for European Constitutional Law

ORCID ID 0000-0001-6160-5511

Maria.mousmouti@sas.ac.uk.

Cita recomendada:

Mousmouti, M. (2026). ‘Reinventing’ EU legislation to revive the EU? Review of Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 409-417.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10396>

Recibido / received: 13/04/2026
Aceptado / accepted: 15/04/2026

Summary. 1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly.* 2. Xanthaki’s pathway to effective and user-centered EU legislation. 3. Can Xanthaki’s approach promote more effective EU legislation? 4. After all these years, don’t we know all we need to know about transposition? 5. Good as it may sound, is such a reform feasible? 6. Conclusions.



1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*

It is time for the EU to talk to its citizens. Directly. Blocking the populist voices of the past. It can do so via its policies using EU legislation as a tool. It is time for change. For better transposition legislation. For better EU legislation. Let's do this. Starting with transposition. (Xanthaki, 2024, p. 24).

This book is Xanthaki's call for action to drive change FOR the EU via a new way of drafting of EU legislative texts and their transposition. At first sight it sounds complicated, over-ambitious, far-fetched, impossible. Xanthaki claims that EU legislation can make a difference in the European project, if used purposefully to communicate with citizens and member states in a more direct way. Her argument is straightforward: if we want a sustainable EU, member states and citizens are partners in the process and play an active role. To achieve this, the EU must use its tools (legislation) in a way to communicate directly to all of them what they gain and what they need to do and why. Xanthaki's argument runs deeper than just the technicalities of transposition: it is about reforming EU legislative drafting in a way that can rejuvenate the partnership and the collaboration between the EU institutions, the member states and EU citizens.

The discussion starts with a reminder that the measure of success of regulation and legislation (at any level) is defined by the triptych of efficacy, effectiveness and efficiency. EU legislation is efficacious if it achieves the desired regulatory results, it is effective if it is applied and works, it is efficient if it makes sense from a cost-benefit perspective. Equally important is the acknowledgement that 'legislation is simply a tool for regulation', a mechanism that EU regulators use to achieve the results they want to achieve. And here comes Xanthaki's take on how legislative texts and the way in which they are drafted can make a difference in the bigger scheme of things:

For the purposes of achieving the desired regulatory results ... EU law-makers communicate the regulatory message to all of the nations and peoples of the EU. They express what rights and obligations EU citizens acquire by virtue of the legislative text, and they state what modification of action or behaviour is sought by the EU for the purposes of achieving efficacy of regulation. This communication is crucial. (p. 2-3)

Is this new? Isn't that what the EU, or member states, already try to do? So how is this idea novel? Indeed, the core idea that legislation is a special form of communication is not new per se. However, 'redesigning' or 'rethinking' EU legislation around this idea and rethinking the transposition process, is not just new, it is revolutionary. To justify this statement, allow me to contextualise: few would disagree that EU legislation is bureaucratic, rigid, costly, top down and unfriendly – and has been so for years. What is done about it? Not much unfortunately. The volume of EU law is constantly increasing, its structure, layout, density remain as opaque, incomprehensible and confusing as ever. Even learned scholars might struggle to understand what a Regulation or a Directive is all about, if it does not fall within their area of disciplinary expertise. But do you need to have a nobel prize or a PhD in law to understand legislation? Apart from that, no change or improvement is visible to make legislation more accessible or understandable, especially to the untrained eye. The Better Regulation agenda, despite its merits, focuses more on procedure (impact assessment, consultation, evaluation etc) and does not even identify the accessibility and understandability of the text as an issue. On the second front, there is ample evidence of the 'dysfunctional' relationship between EU legislative texts and transposing legislation and their impact on EU integration. Here the EU is more active,

with infringement measures, regular follow up and monitoring or transposition measures etc. But none of these seem to make a visible difference when it comes to more effective EU integration. So, yes, 'rethinking' EU and transposition legislation from the perspective of the users is new and occupies a disciplinary space that has not been filled before.

So, can EU legislation be 'revamped' in a way to send a signal of change and offer a solid basis for a sustainable and long-lasting EU? Xanthaki claims that it can, and we take her word for it. But let's explore how she proposes that this can happen.

2. Xanthaki's pathway to effective and user-centered EU legislation

This book is about how EU legislation can become a forward-moving force rather than an ever increasing administrative burden. Xanthaki, a leading scholar in the field of legislative studies and legislative drafting, brings her disciplinary expertise and brilliance in the field of EU drafting and transposition and by doing this fills an important gap. In terms of academic literature, she moves beyond the descriptive accounts of how things are done at EU and national levels or the comparative approaches on transposition to a whole new level, by examining HOW things can be done differently or better. In terms of disciplinary discussion, European law and European better regulation so far only marginally consider legislative drafting concerns. These fields evolve in parallel with few points of contact and minimal cross-fertilisation. Xanthaki changes that. And she does it by approaching and exploring transposition as a legislative drafting task.

Xanthaki's approach rests on solid methodological ground: she applies Thornton's five stages of legislative drafting to the transposition task. The journey starts with understanding the transposition task (Chapter 2), analysing it (Chapter 3), designing the transposition measures (Chapter 4), composing and developing the transposition law (Chapter 5) and verifying its effectiveness (Chapter 6). The book then moves on to discuss how this methodology can be relevant for EU accession (Chapter 7) or even EU exit (Chapter 8). Last but not least, her approach is applied in the drafting of Regulations and Directives. But I will come to this in a minute.

Let me start by a comment on the method: Thornton's 5 stages of drafting are a staged, phronetic, incremental, thinking process on how to approach drafting tasks. The genius in Thornton's approach is how he gradually moves from the 'context' to address more detailed or specialised dilemmas, all in good time. Why is this important? Because starting with the bigger picture and then zooming in to the details is the only way to allow drafters to make evidence-based decisions that best promote effectiveness and efficacy. By delving straight into the drafting details, as often happens in practice when this staged approach is not followed, critical design details will be missed with a detrimental impact on the effectiveness of the text. This proven and tested method is now applied at the complex processes taking place for the transposition of EU legislation. Let's take a closer look at how this works.

Stage 1 is essentially about understanding the context and the regulatory goals of legislation. In national contexts, this comes in the form of drafting instructions. In an EU context, the drafting instructions are the actual EU legislative text. Xanthaki stresses the need for the drafter to understand the overarching policy goals as it is otherwise to grasp the policy context of the legislative text. *'Context is important for understanding what the aim of the EU regulatory effort is, as a means of assessing whether these aims coincide with those at the national context, whether they have*

already been achieved at the national context, or whether they are partially achieved at the national context'. This initial task is tricky to the extent that the text of EU legislation does not consistently introduce adequately concrete and clearly expressed policy goals. Xanthaki makes a call for reforming current purpose clauses in this direction. A recent example from Directive 2022/2381 on improving the gender balance among directors of listed companies and related measures shows that what Xanthaki is talking about is present in some legislative texts, albeit this is the exception rather than the rule.

Article 5

Objectives with regard to gender balance on boards

1. Member States shall ensure that listed companies are subject to either of the following objectives, to be reached by 30 June 2026:

(a) members of the underrepresented sex hold at least 40 % of non-executive director positions;

(b) members of the underrepresented sex hold at least 33 % of all director positions, including both executive and non-executive directors.

2. Member States shall ensure that listed companies which are not subject to the objective laid down in paragraph 1, point (b), set individual quantitative objectives with a view to improving the gender balance among executive directors. Member States shall ensure that such listed companies aim to achieve such individual quantitative objectives by 30 June 2026.

3. The number of non-executive director positions deemed necessary to achieve the objective laid down in paragraph 1, point (a), shall be the number closest to the proportion of 40 %, but not exceeding 49 %. The number of all director positions deemed necessary to achieve the objective laid down in paragraph 1, point (b), shall be the number closest to the proportion of 33 %, but not exceeding 49 %. Those numbers are set out in the Annex.

With purpose clauses like the one above, Member states know what they have to achieve and what is the benchmark for their (legislative) performance and the effectiveness of the Directive. Companies also know what they are expected to do and why. They also know that this is a common goal across the EU and that their peers across Europe have to meet the same goals. These simple facts immediately change the landscape: once the regulatory goal is clear, all stakeholders become part of a community where each contributes to a worthy, common, goal. From a transposition perspective, the regulatory goal that needs to be achieved is clear without any need for interpretation. So national drafters can move on to the next task, which is about how best to achieve this goal.

Following the understanding of the transposition task, comes the analysis of potential legislative solutions. This is essentially a legal analysis task, involving the analysis of both EU and national legislative provisions to see whether, how and to what extent existing mechanisms are in place and how they can be aligned to achieve the 'new' goals or whether new solutions (provisions) are necessary. This is when national drafters, in light of the regulatory goal and context, can translate policy into concrete legislative solutions and selective the most effective one. Under this stage, Xanthaki suggests a thorough pre-legislative scrutiny of the:

1. *Conceptual effectiveness of the solution*
2. *Effectiveness of the legislative concept*
3. *Effectiveness of the legislative communication*
4. *Effectiveness of legislative expression*
5. *Effectiveness of presentation*
6. *Effectiveness of monitoring*

Then comes the design of the transposition law. *The conceptual design involves a decision on the concepts that will form part of the text, and their prioritisation in a sequence that enhances effectiveness.* And this is the crux of where and how modern drafting approaches things differently. As Xanthaki says, ... *despite the prevalent but erroneous view that drafting is all about writing and words, it is the design that constitutes the heart of drafting. Once the design is compiled, words and syntax will fall into place. In fact, if the design is not fit for purpose, any perfection in the legislative communication will be lost in a legislative text that cannot contribute to the achievement of the desired regulatory results and, as such, is ineffective. If the design does nurture effectiveness, then erroneous choices of legislative expression (words and syntax) can be salvaged by clarity of context, clarity of structure, and clarity of objectives.* In other words, design determines how the elements of the legislative text will work together to produce the desired results.

At this point, Xanthaki presents her revolutionary 'layered approach' to structure and explains how a technical and intelligible text can be made relevant both for lay, professional and expert users it addresses. In her words, *drafters of legislative texts can now begin to think what regulatory or legal message is relevant to each group, and structure the text accordingly.* Applying the layered approach is transformative, as it makes the legislative text user-centric and prioritises context and key (legislative) messages over detail and procedure. Without losing any of its substance and weight, the layered approach to structure prioritises the legislative messages in a way that everyone can find what they need. Simply brilliant.

The next stage is about composing and developing the transposition law. It is when drafters actually put pen to paper and start expanding their content. This is where words, syntax and grammar, the usual 'tools' of the drafting trade come into play in the pursuit of clarity. Having structured the text in a layered way, part of the job is done. But it is still very important *to mobilise the legislative expression that can best communicate each transposition regulatory message to each concrete user group.*

Stage 5 of the drafting process is about early detection of potential regulatory and legislative errors through internal and external verification, including user testing to ensure that the legislative text can be effective.

The straightforward logic of Thornton's stages of drafting and Xanthaki's compelling narrative are overwhelmingly convincing. But then comes the most important test: can they be applied in practice? Throughout the chapters, Xanthaki uses several examples and case studies to illustrate her points. A case study on the Victims Directive and the challenges that definitions entail both for the EU and the national legal orders is revealing of the challenges at hand. But what is an even further

revelation is when she 'redrafts' an entire Regulation and a Directive to demonstrate how her theory can be applied. Through a detailed commentary of all contents of a Regulation and Directive, starting from the title, Xanthaki explains what her approach would do differently and redrafts the whole text. The end result? A shorter more concise text, to the point, with clear headings addressing the identified user groups and a language that focuses on the message rather than legalese. In her words, this reflects *a change of drafting philosophy, where the users lead on drafting dilemmas, rather than tradition or esoteric legalese*. And yes, it is revolutionary.

3. Can Xanthaki's approach promote more effective EU legislation?

A few years back I attempted to unpack the concept of effectiveness of EU legislation and used the European Equality Directives as a case study (Mousmouti, 2014). As a methodology I used the effectiveness test' (Mousmouti, 2012 y 2019), an analytical tool allowing to scrutinise the potential of legislation for effectiveness through four key elements: the purpose, content, context and results of legislation. Equality legislation presented an interesting case study for legislative effectiveness to the extent that it exemplified the tension between the need for legislation to regulate complex social relationships and behaviours and the need to ensure effectiveness in a tangible and measurable way.

My analysis highlighted a number of challenges associated with the way in which the Equality Directives had been conceptualized, designed and drafted and – quite surprisingly – most of these resonate to a great extent with Xanthaki's analysis of transposition challenges. Let me summarise:

The first set of challenges pertained to the clarity of the overall purpose of European legislation. My analysis showed that while Directives aim to introduce common results and guide the member states towards their achievement through minimum common standards, these results are rarely explicit. Purpose clauses do not make the common result sought explicit in a way that can clearly guide their transposition, interpretation and implementation and they appear to play a secondary rather than substantive role and have a limited contribution to the correct transposition, interpretation and application of European law.

A second set of challenges related to choices of design and drafting. Many new concepts of European law are introduced through definitions or other legal formulations. However, often definitions are too broad or open-ended, reflecting either a lack of consensus on their content, the wish to leave room for different approaches or capitalising on the advantages of obscurity. In other words, definitions might have a determined content or an indefinite one. Although this is a relatively common (and realistic) legislative practice, especially in the European context, the need to ensure minimum and equal standards of protection across the EU raises a valid question with regard to this choice, especially when it concerns concepts essential for the fulfillment of the purpose of legislation. In the opposite case, member states can adopt very different standards. This has the further implication that, through the trend towards 'copy-out' transposition options, many of these vague definitions may end up almost intact in national legislation. And although this might make 'formal' transposition evident, it does not promote legislative effectiveness. Although it is clear that Directives do not always aim to harmonise national legislation in the member states, it is important from the perspective of legislative effectiveness to ensure that the minimum standards, the rules and the basic concepts introduced by European legislation are sufficiently clear.

A third set of challenges pertained to the limited effort invested not only in collecting information on the results of Directives but also in identifying the progress achieved in practice and the degree of achievement of the purpose of legislation. Existing reporting obligations on the Commission are primarily oriented to monitoring the transposition and application of legislation rather than to identifying broader outcomes and results. In other words, the focus lies on whether and how European legislation became effective in member states rather than whether it has produced the desired results. If the purpose of legislation is considered fulfilled the moment it has been correctly transposed, then this might make sense. If not, and if there is a need to look into possible discrepancies between legislative provisions and the actual protection offered on the ground or if there is an interest in understanding what European legislation has actually achieved, then this is clearly insufficient and more analytical effort is required.

Would these issues be addressed if Xanthaki's approach had been followed? Most probably yes. The need for a clear and measurable purpose would have been addressed in Stage 1 of her approach; the conceptual, legal and monitoring challenges would have been identified in Stages 2 and 3, while these and other potential shortcomings would have been spotted during Stage 5. What my retrospective analysis highlighted as challenges would have been identified and addressed while legislation was being conceptualised and drafted, rather than ad hoc. To answer the question I raised in this section titled, yes, Xanthaki's approach demonstrates a very good potential to promote more effective EU legislation.

4. After all these years, don't we know all we need to know about transposition?

Transposition lies at the very heart of the complex EU legal ecosystem: it is the 'sympraxis' of the EU and national legal orders in order to achieve the desired policy results. Legislative action is required both by the European and the national legislator: the two are bound in a relationship of mutual dependence. In this unique 'relationship', the former determines the results to be achieved and introduces the minimum standards to be adhered to, while the latter chooses the most appropriate ways and means to transpose European Directives and ensure their correct application and implementation. If effectiveness is what legislation seeks to achieve, then both legislators (European and national) play an important –and distinct– role in the effort to make European legislation effective. The European legislator determines the end results and the standards to be achieved through a concrete set of rules and mechanisms set out in Directives. In turn, the national legislator legislates to transpose the European provisions correctly and do so in a way to achieve the required end results and make them effective in the legal culture and circumstances of a given member state.

The study of the practice of transposing legislation shows that national legislators have devised over the years several ways to transpose Directives in their legal systems. Following a recent trend towards 'clear' transposition options, several legislators prefer to 'copy-out' rather than 're-write' Directives and this makes the bond between the legislative choices of the European and the national legislator even more visible: many provisions drafted to function in the context of a European legal instrument may be transplanted, almost intact, in national legislation. ...*Co-legislating carries with it co-responsibility for the effectiveness of the EU and national texts.*

This dynamic relationship between the European and the national legislator, and the close link between European and national legislation, is not reflected in the

existing ex-post facto focus on compliance, enforcement and implementation of European legislation. What is new in Xanthaki's approach is that it redefines this relationship not in terms of hierarchy but as one where EU and national legislators have a complementary role, each dealing with a different part of the puzzle. In this way, the symbiotic relationship between EU and national legislators does not have to be a 'blame game' but a team building exercise where the actions of all players matter equally and can make a difference. Xanthaki's approach offers a fresh look into this relationship: the focus is no longer on 'who sits where' or 'who is to blame' but on the dilemmas that each co-legislator has to address. This new understanding of the relationship is fundamental, if we want to do things differently from now on. Because every new approach needs a new mindset.

5. Good as it may sound, is such a reform feasible?

In the European continent legislation is highly venerated and lawmaking is seen as (very) serious business. The mere quantity of laws at EU and national levels proves beyond any doubt the reliance on the law as an instrument of reform. Acknowledging that the way things are at the moment is not ideal, is a good starting point for self-reflection. Is there an alternative? Xanthaki tells us, quite convincingly, that yes, things can be done differently. But even if we take her word for it, is such a change feasible?

Legal systems are associated to specific form and function of rules and distinct regulatory cultures and traditions are linked to distinct legislative styles. Style is an 'inherent quality' of legislation that includes wording, structure, superstructure and legal-cultural identity, and drafting conventions. The latter are born from experience and prescribe principles upon which structure, form and style are based with the aim to capture best drafting practice and bring coherence and consistency. Both legislative styles and conventions are very influential in the way legislation is designed and drafted. There is no doubt that good style is important but let's not forget that its function is to help communication – not to dictate substantive choices. Legal scholars and drafters tend to stick religiously to drafting styles and 'to the way things are done'. Which brings us to the inevitable question: how realistic and feasible it is to change the way in which we legislate at EU and national levels?

Path dependence, the costs associated to it, the fact that people learn and invest in a given way of doing things, regulatory culture, tradition and resistance to change often come in the way of any legislative reform. Legislation is, to an important extent, bound to its historical evolution, and to its past, and resistance to change is one of the main barriers to legislative reform. Even if this is not a 'healthy' attitude it cannot be ignored and Xanthaki's approach will probably generate resistance at different levels. Can this model have a chance?

Xanthaki does not leave this question without an answer. She addresses the technicalities and the pathways on how this new approach can be injected into existing agendas. She offers a practical way forward. She highlights, time and time again, that her approach does not interfere with the decision making powers of any of the actors involved. It does not tell them what to do but it proposes a different way of thinking about how to do it. It is inevitable that leadership, political will be necessary. In the current 'crazy' world we live in and with the current turmoil is there time, energy and political appetite for reforming the way in which legislative drafting is done at EU and national levels?

There is no way to know if something can be effective, unless it is subjected to the cruel test of reality. If this new approach can deliver the change it claims, it might be worth investing in it. Experimentation could be a good way to test its potential. Devising a series of pilot projects involving EU and national levels, with consistent measuring of impact might be a way of small scale testing that could show if it is worth pursuing further. It would also be a way to refine the approach, convince sceptics and gather evidence about the value of this approach. It is my belief that Xanthaki's approach deserves a chance to prove its potential.

6. Conclusions

Legislative Drafting for the EU achieves a fine balance between theory and practice and examines the transposition of EU legislation as a series of drafting dilemmas. It adds to legislative studies and lawmaking theory, enriches drafting practice and takes a fresh approach on an 'old' and tired issue. Xanthaki actively demonstrates not just how this new approach is feasible but also how the 'revamped' legislative instruments will look. This book bears gifts for different audiences: EU lawmakers can reflect on what they do and how to do it better; policy officers and legislative drafters at national level can redefine the job description of their transposition tasks and specify the type of decision making they have to engage with. Last but not least, stakeholders and other groups now have a clear agenda on what to lobby for when demanding legislative reform. No new and complex processes, we have enough of that, but a new way of thinking about legislation and about who it talks to.

References

- Mousmouti, M. (2012). Operationalising Quality of Legislation through the Effectiveness Test. *Legisprudence*, 6(2), 191–205.
<https://doi.org/10.5235/175214612803596686>.
- Mousmouti, M. (2014). Effectiveness as an Aspect of Quality of EU Legislation: Is it Feasible? *The Theory and Practice of Legislation*, 2(3), 309–327.
<https://doi.org/10.5235/12050-8840.2.3.309>.
- Mousmouti, M. (2019). *Designing Effective Legislation*, Elgar.

¿‘Reinventar’ la legislación de la UE para revivir la Unión Europea? Comentario a Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU**

(2024) Edward Elgar
Cheltenham, UK., 368 pp.

Maria Mousmouti

Institute of Advanced Legal Studies, University of London – Centre for European Constitutional Law

ORCID ID 0000-0001-6160-5511

Maria.mousmouti@sas.ac.uk.

Cita recomendada:

Mousmouti, M. (2026). ¿‘Reinventar’ la legislación de la UE para revivir la Unión Europea? Comentario a Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 418-427.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10396>

Recibido / received: 13/04/2026
Aceptado / accepted: 15/04/2026

Sumario. 1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly.* 2. El enfoque de Xanthaki hacia una legislación de la UE eficaz y centrada en el usuario. 3. ¿Puede el planteamiento de Xanthaki promover una legislación de la UE más efectiva? 4. Después de todos estos años, ¿acaso no sabemos ya todo lo necesario sobre la transposición? 5. Por convincente que pueda parecer, ¿es viable una reforma de esta naturaleza? 6. Conclusiones.

* Traducción a cargo de Germán J. Arenas Arias y revisión general de Benito Grisanti.

1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*

It is time for the EU to talk to its citizens. Directly. Blocking the populist voices of the past. It can do so via its policies using EU legislation as a tool. It is time for change. For better transposition legislation. For better EU legislation. Let's do this. Starting with transposition. (Xanthaki, 2024, p. 24).

Este libro constituye una propuesta orientada a impulsar un cambio en la Unión Europea por parte de Helen Xanthaki a través de una nueva forma de redactar los textos legislativos de la UE y de su transposición. A primera vista, la propuesta puede parecer compleja, excesivamente ambiciosa, incluso poco realista o difícilmente viable. Sin embargo, Xanthaki sostiene que la legislación de la Unión puede desempeñar un papel decisivo en el proyecto europeo si se utiliza de manera deliberada como instrumento para comunicarse de forma más directa con los ciudadanos y los Estados miembros. Su planteamiento es directo: si se aspira a una Unión Europea sostenible, los Estados miembros y la ciudadanía deben ser considerados socios en el proceso y asumir un papel activo. Para ello, la Unión debe emplear sus instrumentos –en particular, la legislación– de modo que comuniquen directamente a todos ellos qué beneficios obtienen, qué se espera que hagan y por qué. El argumento de Xanthaki va más allá de las meras cuestiones técnicas de la transposición: se trata de replantear la técnica legislativa de la Unión Europea de forma que permita revitalizar la cooperación y la relación entre las instituciones de la UE, los Estados miembros y la ciudadanía europea.

El análisis inicia recordando que la medida del éxito de la regulación y de la legislación (en cualquier nivel) viene definida por el tríptico de la eficacia, la efectividad y la eficiencia. La legislación de la UE es eficaz si alcanza los resultados regulatorios deseados; es efectiva si se aplica y funciona; y es eficiente si resulta razonable desde una perspectiva de coste-beneficio. Igualmente relevante es el reconocimiento de que «legislation is simply a tool for regulation», esto es, un mecanismo del que se sirven los reguladores de la Unión para lograr los resultados que pretenden alcanzar. Y es aquí donde se sitúa la aportación de Helen Xanthaki acerca de cómo los textos legislativos y la manera en que se redactan pueden marcar una diferencia en el esquema del sistema:

For the purposes of achieving the desired regulatory results ... EU law-makers communicate the regulatory message to all of the nations and peoples of the EU. They express what rights and obligations EU citizens acquire by virtue of the legislative text, and they state what modification of action or behaviour is sought by the EU for the purposes of achieving efficacy of regulation. This communication is crucial. (p. 2-3)

¿Es esto realmente novedoso? ¿No es acaso lo que la Unión Europea, o los Estados miembros, ya tratan de hacer? Entonces, ¿en qué sentido es novedosa esta idea? En efecto, la idea central de que la legislación es una forma específica de comunicación no es, en sí misma, nueva. Sin embargo, «rediseñar» o «repensar» la legislación de la UE en torno a esta idea, así como replantear el proceso de transposición, no solo es novedoso, sino que resulta revolucionario. Para justificar esta afirmación, conviene contextualizarla: pocos negarían que la legislación de la UE es burocrática, rígida, costosa, de carácter descendente (top down) y poco accesible, y que lo ha sido durante años. ¿Qué se ha hecho al respecto? Lamentablemente, no mucho. El volumen del Derecho de la Unión no deja de aumentar, mientras que su estructura, su presentación y su densidad siguen siendo tan opacas, incomprensibles y confusas como siempre. Incluso juristas de reconocido nivel pueden tener dificultades para comprender el alcance de un Reglamento o de una Directiva si no se inscriben en su ámbito específico de especialización. Pero ¿es necesario contar

con un premio Nobel o un doctorado en Derecho para comprender la legislación? Más allá de ello, no se observa ningún cambio o mejora significativa orientada a hacer la legislación más accesible o comprensible, especialmente para quienes carecen de formación especializada. La agenda de «Better Regulation», pese a sus indudables méritos, se centra fundamentalmente en los procedimientos (evaluación de impacto, consultas, evaluación, etc.) y ni siquiera identifica la accesibilidad y comprensibilidad del texto como un problema. En un segundo plano, existe abundante evidencia de la relación «dysfunctional» entre los textos legislativos de la UE y la legislación de transposición, así como de su impacto en el proceso de integración europea. En este ámbito, la Unión se muestra más activa, mediante procedimientos de infracción, seguimiento y control periódicos o medidas relativas a la transposición, entre otros instrumentos. Sin embargo, ninguna de estas actuaciones parece producir una mejora tangible en términos de una integración europea más efectiva. Así pues, «rethinking» la legislación de la UE y la legislación de transposición desde la perspectiva de los usuarios constituye, en efecto, un planteamiento novedoso que ocupa un espacio disciplinar hasta ahora inexplorado.

Entonces, ¿puede la legislación de la UE ser renovada en profundidad de modo que envíe una señal de cambio y ofrezca una base sólida para una Unión Europea sostenible y duradera? Helen Xanthaki sostiene que sí, y le tomamos la palabra. Pero veamos cómo propone que esto pueda hacerse.

2. El enfoque de Xanthaki hacia una legislación de la UE eficaz y centrada en el usuario

Este libro trata de cómo la legislación de la UE puede convertirse en una fuerza impulsora del cambio, en lugar de una carga administrativa en constante aumento. Helen Xanthaki, una destacada académica en el ámbito de los estudios legislativos y de la técnica legislativa, aporta su experiencia disciplinar y brillantez en el campo de la redacción normativa de la UE y de la transposición, colmando así un vacío importante. En términos de literatura académica, va más allá de los enfoques descriptivos sobre cómo se llevan a cabo estos procesos en el ámbito de la Unión y en los ordenamientos nacionales, así como de los estudios comparados sobre la transposición, para situarse en un plano distinto: el de analizar cómo pueden hacerse las cosas de manera diferente o mejor. En el plano del debate disciplinar, el Derecho europeo y la agenda europea de «Better Regulation» han prestado hasta ahora una atención meramente marginal a las cuestiones relativas a la técnica legislativa. Ambos campos han evolucionado en paralelo, con escasos puntos de contacto y una limitada fertilización cruzada. Xanthaki rompe con esta dinámica, y lo hace abordando y analizando la transposición como una tarea propia de técnica legislativa.

El enfoque de Xanthaki se asienta sobre una sólida base metodológica: aplica las cinco etapas de la técnica legislativa de Thornton a la tarea de la transposición. El recorrido comienza con la comprensión de la tarea de transposición (capítulo 2), continúa con su análisis (capítulo 3), el diseño de las medidas de transposición (capítulo 4), la redacción y desarrollo de la normativa de transposición (capítulo 5) y la verificación de su efectividad (capítulo 6). La obra pasa después a examinar la relevancia de esta metodología en contextos de adhesión a la Unión (capítulo 7) o incluso de retirada de la misma (capítulo 8). Por último, este enfoque se aplica a la redacción de Reglamentos y Directivas. Pero sobre ello volveré a continuación.

Permítaseme comenzar con una observación sobre el método: las cinco etapas de la técnica legislativa de Thornton constituyen un proceso de pensamiento escalonado, práctico (*phronetic*), incremental y reflexivo sobre cómo abordar las

tareas de redacción normativa. El acierto del enfoque de Thornton radica en la manera en que progresa gradualmente desde el «contexto» para abordar cuestiones cada vez más detalladas o especializadas, y hacerlo en el momento oportuno. ¿Por qué es esto importante? Porque arrancar de una visión de conjunto y, a partir de ahí, descender progresivamente al detalle es la única forma de permitir a quienes redactan normas adoptar decisiones basadas en evidencia que favorezcan en la mayor medida posible la efectividad y la eficacia. Cuando, por el contrario, se entra directamente en los aspectos más técnicos de la redacción —como sucede con frecuencia en la práctica cuando no se sigue este enfoque por etapas—, se pasan por alto elementos esenciales de diseño, con el consiguiente impacto negativo en la efectividad del texto. Este método, contrastado y consolidado, se aplica ahora a los complejos procesos que intervienen en la transposición de la legislación de la UE. Veamos con mayor detenimiento cómo funciona.

La etapa 1 se centra, en esencia, en la comprensión del contexto y de los objetivos regulatorios de la legislación. En los ordenamientos nacionales, ello se materializa en las instrucciones de redacción normativa. En el contexto de la UE, dichas «instrucciones de redacción» están constituidas por el propio texto legislativo de la Unión. Helen Xanthaki subraya la necesidad de que quien redacta la norma comprenda los objetivos generales de política pública, ya que, de lo contrario, resulta imposible captar el contexto normativo del texto legislativo. «El contexto es importante para comprender cuál es el objetivo del esfuerzo regulatorio de la UE, como medio para evaluar si dichos objetivos coinciden con los del contexto nacional, si ya se han alcanzado en ese contexto nacional, o si se han alcanzado solo parcialmente». Esta tarea inicial resulta compleja en la medida en que el texto de la legislación de la UE no presenta de forma sistemática objetivos de política suficientemente concretos ni claramente formulados. Xanthaki aboga por reformar las actuales cláusulas de finalidad en esta dirección. Un ejemplo reciente lo ofrece la Directiva UE 2022/2381 relativa a la mejora del equilibrio de género entre los administradores de las sociedades cotizadas y medidas conexas, que muestra que aquello a lo que se refiere Xanthaki está presente en algunos textos legislativos, si bien constituye la excepción más que la regla.

Artículo 5

Objetivos en materia de equilibrio de género en los órganos de administración

1. Los Estados miembros garantizarán que las sociedades cotizadas estén sujetas a alguno de los siguientes objetivos, que deberán alcanzarse antes del 30 de junio de 2026:
 - (a) Los miembros del sexo infrarrepresentado ocupan al menos el 40 % de los puestos de administrador no ejecutivo;
 - (b) Los miembros del sexo infrarrepresentado ocupan al menos el 33 % de la totalidad de los puestos de administrador, tanto ejecutivos como no ejecutivos.
2. Los Estados miembros garantizarán que las sociedades cotizadas que no estén sujetas al objetivo establecido en el apartado 1, letra b), fijen objetivos cuantitativos individuales con vistas a mejorar el equilibrio de género entre los administradores ejecutivos. Los Estados miembros garantizarán que dichas sociedades cotizadas procuren alcanzar esos objetivos cuantitativos individuales antes del 30 de junio de 2026.
3. El número de puestos de administrador no ejecutivo que se considere necesario para alcanzar el objetivo establecido en el apartado 1, letra a, será el número más próximo a la proporción del 40 %, sin superar el 49 %. El número de la totalidad de los puestos

de administrador que se considere necesario para alcanzar el objetivo establecido en el apartado 1, letra b), será el número más próximo a la proporción del 33 %, sin superar el 49 %. Dichos números figuran en el anexo.

Con cláusulas de finalidad como la anterior, los Estados miembros saben qué deben alcanzar y cuál es el parámetro de referencia para evaluar su desempeño (legislativo) y la efectividad de la Directiva. Las empresas también saben qué se espera de ellas y por qué. Asimismo, son conscientes de que se trata de un objetivo común en toda la Unión y de que sus homólogos en Europa deben cumplir las mismas metas. Estos elementos, en apariencia sencillos, transforman de inmediato el escenario: una vez que el objetivo regulatorio es claro, todos los actores implicados pasan a formar parte de una comunidad en la que cada uno contribuye a un objetivo común valioso. Desde la perspectiva de la transposición, el objetivo regulatorio que debe alcanzarse queda claramente definido, sin necesidad de interpretación. De este modo, quienes redactan la normativa a nivel nacional pueden pasar a la siguiente fase, centrada en determinar cuál es la mejor manera de lograr dicho objetivo.

Tras la comprensión de la tarea de transposición, se aborda el análisis de las posibles soluciones legislativas. Se trata, fundamentalmente, de una tarea de análisis jurídico que implica examinar tanto las disposiciones legislativas de la Unión como las nacionales, a fin de determinar si existen ya mecanismos aplicables, cómo funcionan, en qué medida pueden utilizarse y de qué modo pueden alinearse para alcanzar los objetivos, o si, por el contrario, resulta necesario introducir nuevas soluciones (disposiciones). Es en este momento cuando quienes redactan la normativa a nivel nacional, a la luz del objetivo y del contexto regulatorio, pueden traducir las orientaciones de política pública en soluciones legislativas concretas y seleccionar la más eficaz. En esta fase, Helen Xanthaki propone un examen exhaustivo previo a la adopción de la legislación de los siguientes elementos:

1. Eficacia conceptual de la solución
2. Eficacia del concepto legislativo
3. Eficacia de la comunicación legislativa
4. Eficacia de la expresión legislativa
5. Eficacia de la presentación
6. Eficacia del seguimiento

A continuación, se aborda el diseño de la normativa de transposición. El diseño conceptual consiste en decidir qué conceptos formarán parte del texto y en qué orden deben presentarse para favorecer su efectividad. Aquí radica la clave de lo que distingue a los enfoques modernos de técnica legislativa. Como señala Helen Xanthaki, «... pese a la visión extendida —aunque errónea— de que la técnica legislativa se reduce a escribir y elegir palabras, es el diseño el que constituye el núcleo de la redacción normativa». Una vez definido el diseño, las palabras y la sintaxis encajan por sí solas. En cambio, si el diseño no es adecuado, por muy cuidada que sea la redacción, el texto no contribuirá a alcanzar los resultados regulatorios y, por tanto, será ineficaz. Por el contrario, cuando el diseño es sólido, incluso deficiencias en la expresión (palabras o sintaxis) pueden compensarse mediante la claridad del contexto, de la estructura y de los objetivos. En definitiva, es el diseño el que determina cómo interactúan los distintos elementos del texto legislativo para producir los resultados deseados.

En este punto, Xanthaki presenta su revolucionario «layered approach» (enfoque por capas) a la estructura y explica cómo un texto técnicamente preciso y comprensible puede resultar relevante tanto para usuarios no especializados como para profesionales y expertos a los que se dirige. En sus propios términos, quienes redactan normas pueden comenzar a reflexionar sobre qué mensaje regulatorio o jurídico es relevante para cada grupo y estructurar el texto en consecuencia. La aplicación de este enfoque por capas resulta transformadora, ya que sitúa al usuario en el centro del texto legislativo y prioriza el contexto y los mensajes normativos clave frente al detalle y el procedimiento. Sin perder en absoluto su contenido ni su rigor, este enfoque estructural permite priorizar los mensajes legislativos de modo que cualquier destinatario pueda encontrar lo que necesita. Sencillamente brillante.

La siguiente etapa se centra en la redacción y desarrollo de la normativa de transposición. Es el momento en que quienes redactan normas comienzan propiamente a elaborar el texto y a desarrollar su contenido. Aquí entran en juego las palabras, la sintaxis y la gramática, es decir, las herramientas habituales de la técnica legislativa al servicio de la claridad. Una vez estructurado el texto conforme a un enfoque por capas, una parte del trabajo ya está hecha. No obstante, sigue siendo esencial utilizar una expresión legislativa que permita comunicar eficazmente cada mensaje regulatorio de transposición a cada grupo concreto de destinatarios.

La etapa 5 del proceso de redacción se refiere a la detección temprana de posibles errores regulatorios y normativos mediante mecanismos de verificación interna y externa, incluidas pruebas con usuarios, con el fin de garantizar la efectividad del texto legislativo.

La lógica de las etapas de redacción de Thornton y la exposición de Helen Xanthaki resultan convincentes. Pero surge la cuestión clave: ¿pueden aplicarse en la práctica? A lo largo de la obra, Xanthaki recurre a diversos ejemplos y estudios de caso para ilustrar sus planteamientos. Un estudio sobre la Directiva de víctimas y las dificultades que plantean las definiciones, tanto para la Unión como para los ordenamientos nacionales, pone de relieve la complejidad de estos problemas. Sin embargo, el ejemplo más revelador aparece cuando reelabora íntegramente un Reglamento y una Directiva para mostrar cómo puede aplicarse su enfoque. Mediante un análisis detallado de todos los elementos de ambos textos, empezando por el título, Xanthaki explica qué haría de manera distinta y reelabora íntegramente su contenido. El resultado es un texto más breve, más claro y más directo, con encabezados que responden a los distintos grupos de destinatarios y un lenguaje centrado en el mensaje, en lugar de en la jerga jurídica especializada. En sus propias palabras, ello refleja un cambio de enfoque en la redacción normativa, en el que los usuarios orientan las decisiones de redacción, y no la tradición ni un lenguaje jurídico excesivamente técnico. Y, en efecto, el planteamiento resulta verdaderamente innovador.

3. ¿Puede el planteamiento de Xanthaki promover una legislación de la UE más efectiva?

Hace unos años abordé el análisis del concepto de eficacia de la legislación de la UE utilizando como caso de estudio las Directivas europeas en materia de igualdad (Mousmouti, 2014). Como metodología, empleé la denominada «prueba de eficacia» (Mousmouti, 2012 y 2019), una herramienta analítica que permite examinar el potencial de eficacia de la legislación a partir de cuatro elementos clave: la finalidad, el contenido, el contexto y los resultados. La legislación en materia de igualdad constituía un campo especialmente interesante, en la medida en que reflejaba la

tensión entre la necesidad de regular relaciones y comportamientos sociales complejos y la exigencia de garantizar una eficacia tangible y medible.

Mi análisis puso de relieve una serie de retos asociados a la forma en que se habían conceptualizado, diseñado y redactado las Directivas sobre igualdad y, de forma bastante sorprendente, muchos de ellos coinciden con el análisis de Helen Xanthaki sobre los retos de la transposición. Permítanme resumirlos.

El primer conjunto de retos se refería a la claridad del objetivo general de la legislación europea. El análisis mostró que, si bien las Directivas pretenden establecer resultados comunes y orientar a los Estados miembros hacia su consecución mediante normas mínimas, dichos resultados rara vez se formulan de manera explícita. Las cláusulas de finalidad no los expresan con la claridad necesaria para orientar su transposición, interpretación y aplicación, y parecen desempeñar un papel más bien secundario que sustantivo, contribuyendo solo de forma limitada a la correcta aplicación del Derecho de la Unión.

Una segunda serie de retos se refiere a las decisiones de diseño y redacción. Muchos conceptos del Derecho de la Unión se introducen mediante definiciones u otras formulaciones jurídicas que, con frecuencia, resultan excesivamente amplias o abiertas. Ello puede deberse a la falta de consenso sobre su contenido, al deseo de dejar margen a distintos enfoques o, en ocasiones, a la utilización deliberada de la ambigüedad. En otras palabras, las definiciones pueden presentar un contenido más o menos determinado. Aunque se trata de una práctica relativamente habitual –y en cierto modo realista–, especialmente en el contexto europeo, la necesidad de garantizar niveles mínimos y homogéneos de protección en toda la UE plantea dudas legítimas, sobre todo cuando se trata de conceptos esenciales para el cumplimiento de los objetivos de la legislación. De lo contrario, los Estados miembros pueden adoptar soluciones muy divergentes. Ello implica además que, debido a la frecuente utilización de técnicas de transposición por «copia literal», muchas de estas definiciones se incorporan prácticamente sin modificaciones a los ordenamientos nacionales. Y aunque esto pueda facilitar la transposición formal, no contribuye a la eficacia de la legislación. Aunque las directivas no siempre persiguen una armonización plena, resulta esencial –desde la perspectiva de la eficacia– que los estándares mínimos, las normas y los conceptos básicos que introducen sean suficientemente claros.

Una tercera serie de retos se refería al escaso esfuerzo dedicado no solo a recopilar información sobre los resultados de las Directivas, sino también a identificar los avances logrados en la práctica y el grado de consecución de sus objetivos. Las obligaciones de información existentes para la Comisión se orientan principalmente a supervisar la transposición y aplicación de la normativa, más que a evaluar sus resultados y efectos más amplios. En otras palabras, la atención se centra en si la legislación de la Unión ha sido incorporada al ordenamiento de los Estados miembros y en qué términos, más que en si ha producido los resultados perseguidos. Si se considera que el objetivo de la legislación se alcanza con su correcta transposición, este enfoque puede resultar suficiente. Sin embargo, si se pretende analizar las posibles divergencias entre las disposiciones normativas y la protección efectiva en la práctica, o comprender el impacto real de la legislación europea, resulta claramente insuficiente y exige un mayor esfuerzo analítico.

¿Se habrían abordado estas cuestiones si se hubiera seguido el enfoque de Helen Xanthaki? Cabe pensar que sí. La necesidad de definir objetivos claros y medibles se habría tratado en la fase 1 de su enfoque; los problemas conceptuales, jurídicos y de seguimiento se habrían identificado en las fases 2 y 3; y estas y otras

posibles deficiencias habrían salido a la luz en la fase 5. En otras palabras, los problemas que mi análisis retrospectivo pone de relieve se habrían detectado y abordado ya en las fases de conceptualización y redacción de la normativa, en lugar de hacerlo a posteriori. Así pues, y en respuesta a la cuestión planteada, el enfoque de Xanthaki muestra un claro potencial para promover una legislación de la UE más eficaz.

4. Después de todos estos años, ¿acaso no sabemos ya todo lo necesario sobre la transposición?

La transposición se sitúa en el núcleo del complejo ecosistema jurídico de la Unión Europea: constituye la «simpraxis» entre el ordenamiento jurídico de la UE y los ordenamientos nacionales orientada a la consecución de los objetivos políticos perseguidos. Requiere la intervención legislativa tanto del legislador europeo como del nacional, vinculados en una relación de interdependencia. En este marco relacional singular, el primero define los resultados que deben alcanzarse y establece las normas mínimas que deben respetarse, mientras que el segundo determina las formas y los medios más adecuados para transponer las directivas y garantizar su correcta aplicación y ejecución. Si la eficacia es el objetivo de la legislación, ambos legisladores –europeo y nacional– desempeñan un papel esencial, aunque diferenciado, en la realización efectiva del Derecho de la Unión. El legislador europeo fija los resultados y los estándares mediante un conjunto determinado de reglas y mecanismos previstos en las directivas; el legislador nacional, por su parte, transpone esas disposiciones de modo que dichos resultados se alcancen efectivamente en el contexto jurídico y las condiciones propias de cada Estado miembro.

El análisis de la práctica de la transposición muestra que los legisladores nacionales han desarrollado, a lo largo del tiempo, diversas técnicas para incorporar las directivas a sus ordenamientos. En el marco de una tendencia reciente hacia opciones de transposición más «claras», algunos legisladores optan por «copiar» en lugar de «reescribir» las directivas, lo que pone aún más de manifiesto el vínculo entre las decisiones normativas del legislador europeo y del nacional: disposiciones concebidas para operar en el contexto de un instrumento jurídico de la Unión pueden incorporarse casi sin modificaciones al Derecho interno. ...La colegislación implica, en este sentido, una corresponsabilidad en cuanto a la eficacia de los textos tanto europeos como nacionales.

Sin embargo, esta relación dinámica entre el legislador europeo y el nacional, así como el estrecho vínculo entre la legislación de la Unión y la nacional, no se reflejan en el enfoque actual, centrado a posteriori en el cumplimiento, la aplicación y la ejecución del Derecho de la Unión. La aportación de Helen Xanthaki consiste en replantear esta relación no en términos jerárquicos, sino como una relación de complementariedad, en la que cada legislador aborda una parte distinta del conjunto. Desde esta perspectiva, la relación simbiótica entre ambos niveles no debe entenderse como un «juego de atribución de culpas», sino como una tarea compartida en la que las decisiones de todos los actores son igualmente relevantes y pueden resultar determinantes. El enfoque de Xanthaki introduce así un cambio de perspectiva: la atención deja de centrarse en «quién ocupa qué posición» o «a quién corresponde la responsabilidad» para dirigirse a los problemas que cada colegislador debe resolver. Este cambio resulta esencial si se pretende transformar la manera de legislar, ya que todo nuevo enfoque exige también una nueva forma de pensar.

5. Por convincente que pueda parecer, ¿es viable una reforma de esta naturaleza?

En el continente europeo, la legislación goza de gran prestigio y la elaboración de leyes se considera un asunto muy serio. La propia cantidad de normas, tanto a nivel de la UE como nacional, demuestra sin lugar a dudas la dependencia de la legislación como instrumento de reforma. Reconocer que la situación actual no es ideal constituye un buen punto de partida para la autorreflexión. ¿Existe una alternativa? Helen Xanthaki sostiene, de manera convincente, que sí: que las cosas pueden hacerse de otro modo. Pero incluso si aceptamos esta premisa, surge una cuestión inevitable: ¿es viable un cambio de esta naturaleza?

Los sistemas jurídicos están asociados a formas y funciones específicas de las normas, y las distintas culturas y tradiciones regulatorias se reflejan en estilos legislativos diversos. El estilo es una «cualidad inherente» de la legislación que abarca la redacción, la estructura, la superestructura, la identidad jurídico-cultural y las convenciones de redacción. Estas últimas se desarrollan a partir de la experiencia y establecen principios que orientan la forma, la estructura y el estilo, con el objetivo de recoger buenas prácticas y garantizar coherencia y consistencia. Tanto los estilos legislativos como las convenciones influyen de manera decisiva en el diseño y la redacción de las normas. No cabe duda de que el estilo es importante, pero conviene recordar que su función es facilitar la comunicación, no determinar el contenido de las decisiones. Sin embargo, juristas y redactores tienden a adherirse de forma casi religiosa a los estilos establecidos y a «la forma en que se hacen las cosas». De ahí surge la pregunta clave: ¿hasta qué punto es realista y factible modificar la manera en que se legisla, tanto a nivel de la UE como nacional?

La dependencia de la trayectoria, los costes asociados a ella, la inversión de tiempo y esfuerzo en formas de trabajo consolidadas, la cultura regulatoria, la tradición y la resistencia al cambio constituyen obstáculos habituales para cualquier reforma legislativa. La legislación está profundamente vinculada a su evolución histórica y a su pasado, y la resistencia al cambio es uno de los principales frenos a su transformación. Aunque esta actitud no sea necesariamente deseable, no puede ignorarse, y es previsible que el enfoque de Xanthaki encuentre resistencias en distintos niveles. ¿Tiene, entonces, este modelo posibilidades reales de prosperar?

Xanthaki no elude esta cuestión. Aborda tanto los aspectos técnicos como las vías para integrar este enfoque en las agendas existentes, ofreciendo una propuesta operativa para avanzar. Insiste, una y otra vez, en que su planteamiento no interfiere en las competencias decisorias de los distintos actores: no pretende decirles qué deben hacer, sino ofrecer una forma distinta de abordar cómo hacerlo. Es evidente que su implementación requiere liderazgo y voluntad política. En el contexto actual, marcado por la incertidumbre y la presión institucional, cabe preguntarse si existen el tiempo, la energía y la voluntad política necesarios para reformar la manera en que se redactan las leyes, tanto en el ámbito de la UE como en el nacional.

No es posible determinar la eficacia de un enfoque sin someterlo a la prueba de la práctica. Si este planteamiento es capaz de generar el cambio que promete, podría justificar la inversión necesaria para su desarrollo. La experimentación se presenta como una vía adecuada para evaluar su potencial. El diseño de proyectos piloto que involucren tanto al nivel europeo como al nacional, acompañados de una evaluación rigurosa de su impacto, permitiría comprobar su viabilidad a pequeña escala y determinar si merece la pena seguir avanzando en esta dirección. Al mismo tiempo, contribuiría a perfeccionar el modelo, a persuadir a los escépticos y a generar evidencia sobre su valor. Es mi convicción de que el enfoque de Xanthaki merece una oportunidad para demostrar su potencial.

6. Conclusiones

Legislative Drafting for the EU logra un equilibrio especialmente logrado entre teoría y práctica, al abordar la transposición de la legislación de la Unión como una serie de dilemas propios de la técnica legislativa. La obra aporta elementos novedosos tanto a los estudios legislativos como a la teoría de la elaboración normativa, enriquece la práctica de la redacción y ofrece una nueva perspectiva sobre un tema clásico y ampliamente tratado. Helen Xanthaki no solo demuestra que este enfoque es viable, sino que muestra de forma concreta cómo podrían ser unos instrumentos legislativos «renovados».

El libro resulta útil para distintos públicos. Para los legisladores de la UE, constituye una invitación a reflexionar sobre sus prácticas y sobre posibles vías de mejora; para los responsables políticos y los *drafters* a nivel nacional, ofrece un marco para replantear la función de la transposición y precisar el tipo de decisiones que esta exige. Por último, también proporciona a las partes interesadas y a otros actores una agenda clara desde la que articular demandas de reforma legislativa.

No se trata de añadir nuevos procesos –de los que ya existe abundancia–, sino de proponer una forma distinta de concebir la legislación y de pensar en sus destinatarios.

Bibliografía

- Mousmouti, M. (2012). Operationalising Quality of Legislation through the Effectiveness Test. *Legisprudence*, 6(2), 191–205.
<https://doi.org/10.5235/175214612803596686>.
- Mousmouti, M. (2014). Effectiveness as an Aspect of Quality of EU Legislation: Is it Feasible? *The Theory and Practice of Legislation*, 2(3), 309–327.
<https://doi.org/10.5235/12050-8840.2.3.309>.
- Mousmouti, M. (2019). *Designing Effective Legislation*, Elgar.

La forma de la norma, la tarea de la transposición y la legitimidad europea. Comentario a Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU**

(2024) Edward Elgar
Cheltenham, UK., 368 pp.

Germán J. Arenas Arias

Fundación Hay Derecho

Grupo de Investigación sobre el Derecho y la Justicia GIDYJ - UC3M

ORCID ID 0000-0003-1526-7181

germanarenas@hayderecho.com

Cita recomendada:

Arenas Arias, G. J. (2026). La forma de la norma, la tarea de la transposición y la legitimidad europea. Comentario a Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 428-440.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10397>

Recibido / received: 08/04/2026
Aceptado / accepted: 14/04/2026

Resumen

Helen Xanthaki examina en *Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU* el papel de la redacción legislativa y de las técnicas de transposición en la calidad y eficacia del Derecho de la Unión Europea. A partir de una concepción que integra claridad, precisión y ausencia de ambigüedad como condiciones de la efectividad normativa, la autora propone entender el *drafting* no solo como una práctica técnica, sino como un elemento estructural del funcionamiento regulatorio europeo y de su sostenibilidad política. Su análisis articula una relación entre calidad legislativa, cumplimiento del Derecho y confianza ciudadana que sitúa la 'forma de la norma' en el centro de la reflexión sobre legitimidad institucional. Desde este planteamiento, la obra permite reabrir el debate sobre la 'legibilidad' de la ley y su impacto en la cultura de la legalidad, en un contexto marcado por tensiones entre complejidad normativa, déficits de comunicación y desafección institucional. La experiencia española en la transposición de directivas —y, en

* Este trabajo se enmarca en el Convenio entre la entidad pública empresarial Red.es, M.P. y la agrupación de entidades formada por la Fundación Hay Derecho, la Fundación Salvador Soler (Political Watch) y Fundación Haz/Ethosfera para impulsar la implementación de la carta de derechos digitales en el ámbito de los derechos de participación (ámbito 3), ref. C038/23-OT.

particular, las dificultades observadas en la incorporación de la normativa sobre protección de denunciantes— ilustra los problemas que acompañan la recepción del Derecho de la Unión y refuerza la relevancia de las cuestiones planteadas por la autora. En este marco, el libro ofrece una base fértil para interrogar los alcances y límites de la técnica legislativa como instrumento de legitimación democrática.

Palabras clave

Calidad legislativa, transposición normativa, legitimidad democrática.

Abstract

In Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU, Helen Xanthaki examines the role of legislative drafting and transposition techniques in shaping the quality and effectiveness of European Union law. By linking clarity, precision and unambiguity to legislative effectiveness, the author presents drafting not merely as a technical exercise, but as a structural component of regulatory performance and the political sustainability of the European project. Her analysis establishes a connection between legislative quality, legal compliance and citizens' trust, placing the form of the law at the centre of contemporary debates on institutional legitimacy. From this perspective, the book reopens broader discussions on the 'legibility' of law and its implications for the culture of legality, particularly in a context characterised by increasing regulatory complexity, communication deficits and institutional disaffection. The Spanish experience with the transposition of EU directives –notably the challenges surrounding the implementation of whistleblower protection rules– illustrates the practical tensions inherent in the reception of EU law and underscores the relevance of the author's claims. Within this framework, the book provides a fertile ground for questioning both the potential and the limits of legislative drafting as a tool for democratic legitimisation.

Keywords

Legislative quality; legal transposition; democratic legitimacy.

SUMARIO. 1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly.* 2. Sobre el argumento de Xanthaki. 3. A vueltas con la tarea de la transposición. 4. La transposición en la práctica: entre método, urgencia y capacidad estatal. 5. De nuevo: ¿puede la ley hablar directamente al ciudadano?

1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*

«*It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*» (Xanthaki, 2024, p. 24). Con esta sugerente y provocadora afirmación, la profesora Helen Xanthaki sitúa en el centro de su reciente libro una preocupación que trasciende la técnica legislativa y su dimensión comúnmente denominada minimalista, para dedicarse a la tarea de cómo se redactan las normas europeas, y escudriñar qué tipo de relación establecen con quienes están llamados a cumplirlas. Nos encontramos, con su lectura, ante una obra que, en su extenso 'tejido' (368 páginas), tanto práctico como teórico, exalta la 'confección' legislativa como un hilo interno del proceso normativo con capacidad de proyectarse sobre capas más amplias vinculadas a la legitimidad, la confianza y la sostenibilidad del proyecto europeo.

Este planteamiento adquiere una especial relevancia si se atiende el contexto reciente de aplicación del Derecho de la Unión. En los últimos años, la Comisión Europea ha intensificado los procedimientos de infracción contra los Estados miembros por retrasos o deficiencias en la transposición de directivas, y España no ha sido ajena a esta dinámica. Más allá de sus consecuencias jurídicas, estos hechos ponen de manifiesto una dificultad persistente, a saber, la de integrar de manera

coherente, comprensible y efectiva las normas europeas en los ordenamientos nacionales. No se trata, pues, únicamente de un problema de cumplimiento, sino de una tensión en la forma en que el Derecho de la Unión es incorporado, interpretado y, en último término, comprendido¹.

Al respecto, aunque sea brevemente, conviene recuperar un par de breves citas textuales para situarnos y saber de qué hablamos cuando nos referimos a directivas europeas y su respectiva transposición. Por un lado, siguiendo a Martínez López-Muñiz, directivas comunitarias son:

normas de resultado que, como dice expresamente el Tratado, deben dejar a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo. Regulan e imponen, pues, un resultado normativo a garantizar, pero han de hacerlo limitándose a determinar lo que se considere necesario para el objetivo o finalidad que marque el Tratado al habilitar la competencia de que se trate, sin descender a más detalles y sin pretender uniformar los ordenamientos estatales más allá de lo requerido estrictamente por dicha finalidad, siempre bajo los principios de subsidiariedad y proporcionalidad (TUE, art. 5). Ha de ser posible que cada Estado garantice el resultado normativo finalista integrándolo en su ordenamiento interno del modo más pertinente y sin alterarlo en lo que no resulte imprescindible. (Martínez López-Muñiz, 2017, p. 17)

Por el otro lado, de acuerdo con Valle-Inclán Rodríguez De Miñón:

[la] norma [de transposición] debe contribuir a la materialización del principio de seguridad jurídica y evitar la promulgación de legislación confusa, oscura, incompleta o ilegal, por contravenir el ordenamiento jurídico de la UE. La finalidad primordial de este proceso es lograr una convergencia entre las legislaciones o las políticas de los Estados miembros que impacten directamente en el establecimiento del mercado común. La directiva, en este contexto, se presenta como una norma orientada al resultado, la cual no proporciona directrices específicas sobre los elementos formales o materiales del proceso mediante el cual cada Estado miembro debe alcanzar el objetivo propuesto. (Valle-Inclán Rodríguez De Miñón, 2024, p. 247)

En este último trabajo, se destaca, además, que de las:

normas que han salido adelante en el Congreso y el Senado en los últimos cinco años, 51 aplican reglamentos europeos o transponen directivas y otras 81 contienen referencias a recomendaciones, programas o iniciativas comunitarias. En 2023, el 72% de las leyes aprobadas en España tuvieron origen europeo. De las 25 aprobadas, siete respondieron a la aplicación de reglamentos comunitarios o al mandato de transposición al ordenamiento jurídico español de directivas europeas. En 2022, el porcentaje de leyes con influencia europea fue el 57%. En 2021, el 51% de las leyes tuvieron origen comunitario. En 2020, el 50%. En 2019, el 42%. (Valle-Inclán Rodríguez De Miñón, 2024, p. 248)

Tal y como se recoge en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, estamos ante un procedimiento complejo. «La transposición en plazo de directivas de la Unión Europea constituye en la actualidad uno de los objetivos prioritarios establecidos por el Consejo Europeo. La Comisión Europea somete informes periódicos al Consejo de Competitividad, a los

¹ Sobre este último extremo, me he referido en Arenas Arias (2023).

que se les da un alto valor político en cuanto que sirven para medir la eficacia y la credibilidad de los Estados miembros en la puesta en práctica del mercado interior».

Precisamente, en la intersección entre obligaciones de resultado, márgenes nacionales de configuración y exigencia creciente de cumplimiento, el libro de Xanthaki cobra sentido y reclama atención. Es en ese punto donde la transposición se configura como una pieza clave de la arquitectura de la teoría y la práctica de la legislación europea. A partir de aquí, por tanto, sería oportuno presentar a la autora y reconstruir su argumento con cierto detenimiento.

Sobre la autora y su obra. La trayectoria académica de Helen Xanthaki permite situar con mayor precisión el alcance de su planteamiento. Profesora de Derecho en University College London y durante años vinculada al Sir William Dale Centre for Legislative Studies, ha desempeñado un papel especialmente relevante en la consolidación de la legislación como campo autónomo de estudio en el ámbito europeo y del Commonwealth. A ello se suma su labor como Presidenta de la International Association of Legislation (IAL), desde donde ha contribuido a articular una comunidad epistémica y profesional dedicada al análisis de la calidad normativa y de los procesos de elaboración de la ley.

Más en concreto, su trabajo se ha desarrollado de forma sostenida en torno a la relación entre técnica legislativa y efectividad del Derecho. Tanto sus aportaciones teóricas como su actividad práctica –en la formación de *drafters* y en procesos de reforma normativa en distintos países– han girado en torno a una misma preocupación: cómo se traduce una decisión política en una norma capaz de producir efectos en contextos jurídicos diversos. Obras iniciáticas como *Thornton's Legislative Drafting* (2013), referencia para la práctica profesional, o *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules and Regulation* (2014) han contribuido a estructurar este campo desde una perspectiva que combina análisis metodológico y experiencia institucional.

La obra de Xanthaki se inscribe con claridad, además, en el desarrollo reciente de la jurisprudencia como campo que trata de recuperar la producción normativa como objeto central de la teoría jurídica. Frente a una tradición que, como recuerda Oliver Lalana (2019), ha tendido a concentrarse en la interpretación, sistematización y aplicación del derecho ya dado, dejando en segundo plano su elaboración, este enfoque propone volver la mirada hacia las condiciones de racionalidad, calidad y legitimidad de las leyes mismas. En ese desplazamiento, la legislación ya no es un resultado de la política –algo previo y/o ajeno o externo al derecho– sino una práctica jurídicamente estructurada, susceptible de evaluación y crítica desde parámetros normativos. En nuestro ámbito, sirva, por todos, mencionar sucintamente a Virgilio Zapatero (2009), Gema Marcilla (2005), el precitado Oliver Lalana (2019; 2022; 2024) entre quienes han contribuido a consolidar este campo, dotándolo de herramientas conceptuales para analizar la legislación como debido y buen proceso normativo.

Dicho lo anterior, este artículo propone una lectura crítica de *Legislative Drafting for the EU* de Helen Xanthaki pero, eso sí, desde una perspectiva que no se circunscribe estrictamente al campo jurídico de quien escribe, pero sí está atravesada por su experiencia profesional en la producción normativa y por una preocupación académica por el lenguaje de la ley y por la ley a través del lenguaje. El punto de partida es una intuición sencilla, aunque, creo, de largo alcance. En contextos de creciente complejidad regulatoria, la forma en que las normas son articuladas, traducidas y comunicadas no solo condiciona su eficacia, sino también las condiciones mismas de su inteligibilidad pública y, con ello, su legitimidad.

La propuesta de Xanthaki reubica el *drafting* en el corazón del rendimiento normativo, por así decir, de la Unión Europea. Sin embargo, este trabajo sostiene que dicha propuesta adquiere pleno sentido solo cuando se la inscribe en un problema que considero, si he entendido bien su lectura, más amplio: la distancia entre instituciones y ciudadanía que se genera cuando el derecho deviene opaco, técnicamente sobrecargado o comunicativamente inaccesible.

Esta preocupación por la inteligibilidad del Derecho de la Unión encuentra respaldo en evidencia empírica sobre el modo en que las instituciones europeas comunican su acción. Algunos estudios han puesto de manifiesto que el lenguaje institucional de la Comisión Europea presenta niveles de complejidad significativamente superiores a los de los ejecutivos nacionales, reproduciendo patrones discursivos marcadamente tecnocráticos que dificultan su accesibilidad para el público general. En la medida en que los mensajes institucionales requieren un esfuerzo cognitivo elevado o se perciben como alejados de los registros habituales de comunicación política, se reduce su capacidad para estructurar el debate público y para sostener narrativas institucionales creíbles en contextos de creciente polarización. Desde esta perspectiva, la tesis de Xanthaki puede leerse también como una respuesta –aunque no explícitamente formulada en estos términos– a un problema de mediación discursiva, en el que la forma del lenguaje jurídico incide directamente en la posibilidad de articular vínculos de confianza entre instituciones y ciudadanía².

Esta cuestión se puede examinar a la luz de experiencias concretas de transposición en los Estados miembros, donde las tensiones entre exigencias europeas, técnicas de articulación normativa y contextos nacionales se hacen especialmente visibles. El caso de la Directiva sobre protección de denunciantes (whistleblowing) por poner solamente un ejemplo sirve como ilustración paradigmática de estas fricciones, en la medida en que pone de relieve cómo la transposición es un espacio en el que se decide (y se juega), en buena medida, el grado de comprensibilidad, coherencia y aceptabilidad de una norma.

En definitiva, este artículo, desde una modesta postura, se adhiere a la idea de que la redacción legislativa opera como un dispositivo, efectivamente, mediador entre decisión política y recepción social del derecho, con implicaciones directas para la confianza institucional y la cultura de la legalidad. No obstante, también advierte del riesgo de atribuir al *drafting* una capacidad explicativa excesiva, sugiriendo que sus aportaciones deben ser situadas en un entramado más amplio de condiciones políticas, comunicativas e institucionales. El objetivo no es, por tanto, reducir la legitimidad del derecho a su forma lingüística, sino mostrar que, en contextos de fragmentación discursiva y competencia por el sentido de las cosas y los hechos de la política, dicha forma se convierte en un terreno decisivo de disputa.

2. Sobre el argumento de Xanthaki

La arquitectura argumental de Xanthaki se organiza, desde sus primeras páginas, en demostrar cómo el *legislative drafting* consiste en una cuestión interna del proceso

² Christian Rauh (2023), a partir de un análisis cuantitativo de casi 45.000 comunicados de prensa de la Comisión Europea comparados con más de 90.000 comunicados de gobiernos nacionales (Reino Unido e Irlanda), concluye que la comunicación de la Comisión es sistemáticamente menos clara y más exigente desde el punto de vista cognitivo, aproximándose a registros propios de la prosa académica. En una línea convergente, Christoph Meyer (1999) ha identificado un «déficit de comunicación estructural y de larga duración» en la Comisión, señalando su tendencia a dirigirse a élites políticas y a emplear un lenguaje tecnocrático que dificulta la comprensión pública y debilita el apoyo ciudadano a la integración europea.

normativo vinculada a un problema político de primer orden, a saber, la fragilidad del vínculo entre la Unión y sus ciudadanos.

Los datos del Eurobarómetro que introduce la autora –con el contraste entre el bajo nivel de confianza registrado en 2017 y su recuperación parcial en mediciones más recientes– sirven como índice de una inestabilidad estructural que obliga a reconsiderar qué instrumentos están efectivamente en juego cuando se habla de legitimidad europea. La «norma», en este marco, no es simplemente una forma de regulación, sino uno de los lugares donde esa relación se produce, se deteriora o eventualmente se recompone.

El Derecho de la Unión –y en particular su formulación legislativa– constituye el medio más inmediato a través del cual esa interlocución puede tener lugar. La ley deja de ser un artefacto técnico dirigido a operadores especializados para ser pensada como un dispositivo de enunciación dirigido a una pluralidad de destinatarios cuya relación con el texto no puede darse por supuesta. En este punto, la redacción legislativa se convierte en un problema de inteligibilidad política. Este giro se apoya en una comprensión estrictamente instrumental de la legislación. Xanthaki sitúa la actividad normativa en el marco de la persecución de objetivos regulatorios amplios –los «*benevolent policy super-goals*» (p. 2)– y subraya que tales fines se materializan a través de elecciones regulatorias concretas. De ahí la afirmación de que la legislación no es más que un instrumento: «*legislation is simply a tool for regulation*» (p. 2). Lejos de empobrecer el «estatuto» de la ley, esta formulación la inserta en una cadena de mediaciones donde su valor se mide por su capacidad de producir efectos. El interés se desplaza así desde la corrección formal hacia el rendimiento normativo.

Ahora bien, ese rendimiento no puede entenderse al margen de las condiciones de recepción del mensaje normativo. En uno de los pasajes más insistentes del inicio del libro, Xanthaki formula una idea cuya simplicidad es engañosa: la comunicación es decisiva. Si los destinatarios no comprenden el contenido de la norma, no pueden internalizarla ni aplicarla; y sin esa internalización, la eficacia regulatoria queda comprometida. La secuencia que traza –comunicación accesible, comprensión, aplicación– sitúa la claridad del lenguaje como la clave de bóveda del funcionamiento del Derecho. De ahí que la exigencia de accesibilidad no se agote en un criterio estilístico, sino que se proyecte sobre la propia sostenibilidad de la Unión como «*union of States and peoples*» (p. 3).

Este énfasis obliga a revisar el lugar tradicionalmente asignado a la transposición. En el modelo clásico, los Estados miembros actuaban como intermediarios encargados de traducir el mensaje normativo europeo a sus respectivos contextos nacionales. Xanthaki recoge esta idea para, acto seguido, ponerla en cuestión. La evolución del Derecho de la Unión –en particular a través de la aplicabilidad directa y el efecto directo– ha erosionado ese esquema de mediación. En determinados ámbitos, el Derecho de la Unión ya no necesita ser interpretado o reformulado para llegar a sus destinatarios sino que se presenta como un discurso normativo que los interpela de manera inmediata. La consecuencia es de doble filo. Por un lado, se reduce el margen de intermediación estatal; por otro, se intensifica la responsabilidad de la propia formulación europea.

Sin embargo, este debilitamiento del modelo intermediado no elimina la centralidad de la transposición, sino que la reconfigura. Xanthaki insiste en que la elaboración de medidas nacionales de ejecución sigue siendo «*crucial for the success of the EU regulatory package as a whole*», y lo hace introduciendo una noción significativa, la de los legisladores nacionales como «*co-legislators*». Esta categoría señala una forma de co-responsabilidad en la que la efectividad del Derecho de la

Unión depende de su capacidad para ser rearticulado en contextos jurídicos, políticos y culturales específicos. La llamada «*nationalisation*» (p. 25) del Derecho europeo se erige como una condición de su operatividad.

La dificultad de esta tarea se manifiesta en varios planos que la autora identifica con precisión. Por un lado, la naturaleza dinámica del acervo europeo implica que el punto de llegada de la transposición no es fijo. El marco normativo se modifica constantemente, desplazando los parámetros sobre los que debe operar el legislador nacional. Por otro, los conceptos jurídicos empleados en los instrumentos europeos no son fácilmente trasladables a los ordenamientos internos, en la medida en que arrastran connotaciones propias que no coinciden necesariamente con las categorías nacionales. La transposición se presenta, así, como un ejercicio de ajuste continuo en el que intervienen no solo técnicas jurídicas, sino también decisiones interpretativas de alcance estructural. En este contexto, la autora recurre a una sistematización metodológica que pretende dotar de orden a una práctica particularmente compleja. La referencia a las cinco etapas del *drafting* —desde la comprensión de la propuesta hasta la verificación del texto—³ funciona como un intento de descomponer un proceso que, en la práctica, tiende a desarrollarse de manera fragmentaria y, en ocasiones, desarticulada.

El problema se agrava cuando la transposición se convierte en un ejercicio de reproducción literal. La ausencia de claridad sobre los fines perseguidos, unida a la presión por cumplir con plazos y requisitos formales, favorece lo que la autora describe como una suerte de copia mecánica del texto europeo. En ese desplazamiento, la comprensión del propósito normativo cede terreno frente a la fidelidad formal, con el consiguiente empobrecimiento del resultado. La técnica legislativa se ve entonces reducida a un ejercicio de transferencia textual que pierde de vista su función. Frente a este conjunto de tensiones, Xanthaki propone una reconstrucción del *drafting* que integra valores, método y juicio práctico. La pirámide que organiza los principios de la redacción legislativa —desde la accesibilidad del lenguaje hasta la eficacia regulatoria— no debe leerse como una jerarquía rígida, sino como una estructura orientativa que permite situar las distintas exigencias en juego. En su base, elementos como la claridad, la precisión y la ausencia de ambigüedad son condiciones operativas de la efectividad normativa. En su cúspide, la eficacia regulatoria se presenta como el criterio último que da sentido al conjunto.

Esta articulación no elimina la dimensión prudencial del *drafting*. Xanthaki subraya que la redacción legislativa no puede reducirse ni a un conocimiento teórico ni a una técnica aplicable de manera automática. Requiere un ejercicio de juicio situado —una *phronesis*— capaz de ponderar los distintos elementos en juego en contextos concretos.

3. A vueltas con la tarea de la transposición

Retomando una Voz de Cultura de la Legalidad —*Directivas comunitarias*— publicada en esta misma revista, resulta oportuno recuperar, un breve pasaje de aquel texto para abordar la tarea de la transposición:

La directiva es el instrumento armonizador por excelencia de las legislaciones internas de los Estados miembros por cuanto que, lejos de sustituir el poder legislativo de los Estados, necesita de él para establecer una legislación armonizada entre los diferentes países miembros. Aparecen así los dos elementos que explican la naturaleza de la directiva: el objetivo de armonización de las diferentes legislaciones

³ Al respecto, véase el comentario de la profesora Maria Mousmouti en este mismo número de *Eunomia*.

nacionales, es decir, la consecución de un mismo resultado fijado por la UE, pero a través de diferentes mecanismos normativos utilizados por los Estados. De otro, esta figura supone el respeto a las competencias legislativas de los Estados miembros.

Estamos, pues, ante un acto que: a) no tiene, en principio, alcance general porque, a diferencia del reglamento que tiene por destinatario a todos (Estados miembros y particulares), la directiva tiene como destinatario a uno, a determinados de ellos o a la totalidad de los Estados miembros; b) impone una obligación de resultado, dejando a los Estados miembros la elección de la forma y de los medios. En este sentido, no tiene aplicabilidad directa como los reglamentos, sino que requiere de un acto normativo interno (transposición) para el cumplimiento del objetivo previsto en la directiva; c) los Estados miembros tienen que elegir la forma que consideren más adecuada para la transposición de la directiva, interpretar correctamente el objeto que esta persigue y hacerlo en el plazo consignado en la misma, sin demoras y sin que sus destinatarios puedan distorsionar, eludir o tergiversar las obligaciones de resultado que establece la directiva. (Martínez Caballero, 2021, p. 336)

Desde esta perspectiva, la transposición no puede ser entendida como una operación de mera traslación. La advertencia de Xanthaki resulta aquí decisiva: «*This is not a matter of translation, the drafter is not just a scribe*» (Xanthaki, 2024, p. 43). La actividad del redactor, más bien, implica necesariamente un conjunto de decisiones interpretativas y constructivas, esto es, delimitar el alcance del objetivo europeo, seleccionar los instrumentos normativos adecuados y articularlos de forma coherente dentro del sistema interno. No se trata, se insiste reiteradamente, de reproducir un contenido preexistente, sino de conferirle forma jurídica en condiciones determinadas. El primer momento crítico de ese proceso es el de la comprensión del encargo normativo. El «resultado» al que obliga la directiva no se presenta como una instrucción unívoca, sino como una exigencia que debe ser reconstruida. Ello implica identificar el problema que la norma europea pretende abordar y confrontarlo con su configuración en el contexto nacional. Esta operación exige discriminar elementos relevantes, determinar equivalencias funcionales y, en su caso, introducir ajustes que permitan la inserción del mandato europeo en un sistema ya existente. A esta dificultad se añade una segunda dimensión, derivada de la coexistencia de dos marcos normativos. Xanthaki lo formula como «*the parallel presence of two contexts, namely the EU and the national one*» (Xanthaki, 2024, p. 51). La transposición se desarrolla, así, en un espacio de doble referencia: el del ordenamiento europeo, que fija objetivos y estructuras, y el del ordenamiento nacional, que condiciona su recepción.

La transposición exige, por tanto, una evaluación previa sobre la idoneidad de la intervención legislativa, que no puede darse por supuesta. Y esta evaluación se vincula, además, con una consideración más amplia sobre el efecto de la legislación. Cada intervención normativa incide sobre el espacio de actuación de los destinatarios y altera el equilibrio del sistema jurídico. Cuando la transposición se resuelve mediante acumulación normativa carente de justificación suficiente, el resultado puede ser no solo ineficaz, sino contraproducente en términos de claridad y aplicabilidad.

4. La transposición en la práctica: entre método, urgencia y capacidad estatal

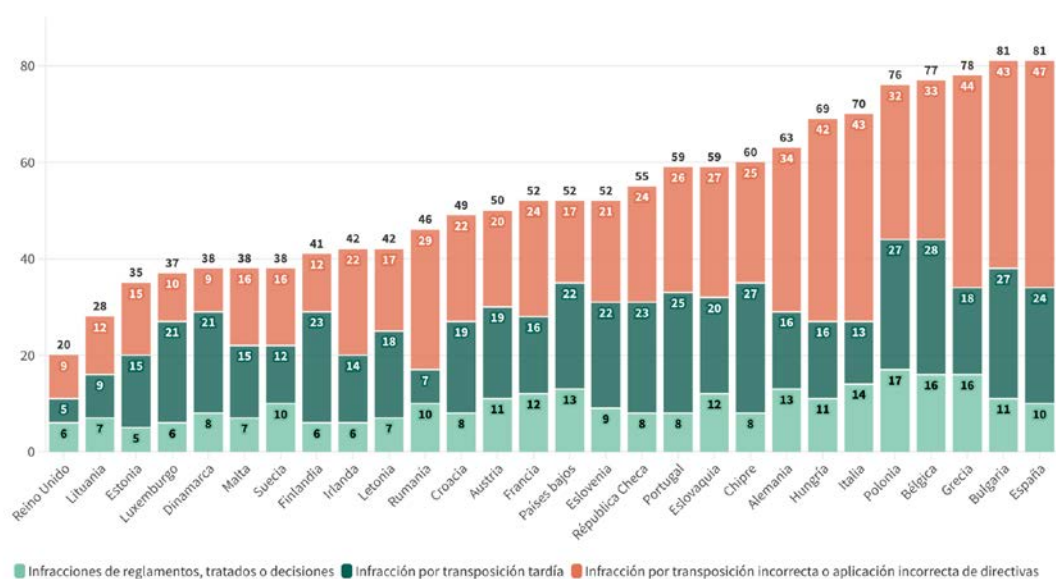
En abstracto, la propuesta de Xanthaki resulta convincente. Transponer bien exige comprender el objetivo regulatorio, discriminar qué debe conservarse y qué debe adaptarse, resistirse a la facilidad del mimetismo y reconstruir el mandato europeo en términos compatibles con el propio ordenamiento. Pero, en un país como España, esa exigencia metodológica tropieza con realidades inquietantes. La transposición se desarrolla dentro de una cultura administrativa y legislativa que a menudo trabaja bajo

presión, con déficit de planificación, coordinación irregular y recursos escasos. Ahí la cuestión deja de ser únicamente cómo debería redactarse una buena norma de incorporación, para convertirse en otra más incómoda: si las condiciones materiales del sistema permiten realmente hacer aquello que la teoría de la transposición exige.

José Luis Martínez López-Muñoz formuló una crítica que sigue conservando una fuerza poco común para describir este punto. A su juicio, en España se observa el hábito de incorporar literalmente el contenido de las directivas, «sin el más leve ejercicio crítico» acerca de su finalidad, del resultado normativo perseguido, de la situación preexistente del ordenamiento y del nivel en el que los cambios deberían producirse; y, por eso mismo, advertía contra el «simple y acrítico ‘corta y pega’» (2017, p. 18) como técnica de incorporación. La observación es importante porque denuncia una patología de método y señala un problema que tiene que ver con la renuncia a pensar la relación entre el resultado exigido por la directiva y la arquitectura concreta del derecho nacional.

Ese diagnóstico se hace más palpable cuando se contrasta con la práctica reciente de cumplimiento. La gráfica sobre procedimientos de infracción abiertos a finales de 2023, procedente del Informe elaborado por la Fundación Hay Derecho sobre Estado de Derecho en 2024, sitúa a España en el extremo más problemático del conjunto comparado, con 81 procedimientos abiertos, de los cuales 47 corresponden a infracciones por transposición incorrecta o aplicación incorrecta de directivas, 24 a transposición tardía y 10 a infracciones de reglamentos, tratados o decisiones. La composición misma del dato importa tanto como su volumen. No estamos solo ante retrasos; estamos, sobre todo, ante un patrón de incorporación defectuosa. Dicho de otra forma, el problema español no consiste únicamente en llegar tarde, sino en llegar mal. Y eso obliga a leer la transposición no ya como una obligación europea más o menos incómoda, sino como una zona donde se revelan debilidades más hondas del proceso legislativo interno, es decir, improvisación, precipitación, fragmentación y dificultades para traducir una obligación de resultado en una solución normativa coherente.

Tipos de procedimientos de infracción abiertos a fin del año 2023 de los Estados Miembros de la UE



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Informe anual sobre la aplicación del derecho de la UE 2023

Fuente: Informe Estado de Derecho de la Fundación Hay Derecho, 2024.

El ámbito de la protección de denunciantes (whistleblowing) ilustra bien la tensión entre método exigible y condiciones reales de cumplimiento. Javier Sierra Rodríguez advirtió ya en 2020 que la Directiva 1937/2019 obligaba a España a construir algo más que una norma específica. Exigía, más bien, un sistema completo de canales internos y externos, un régimen de protección del denunciante y una determinación institucional clara de las autoridades competentes. La dificultad, sin embargo, no era menor. España carecía de una normativa estatal general de protección de denunciantes, arrastraba una fragmentación autonómica relevante y llegaba a la transposición con experiencias territoriales desiguales, grados de protección distintos y un trasfondo cultural poco favorable al denunciante, todavía percibido con frecuencia como ‘chivato’ antes que como garante de la integridad pública (Sierra, 2020, p. 65 y ss.). En ese terreno, la técnica de transposición no podía limitarse a reproducir la directiva sino que tenía que coser piezas institucionales, cerrar lagunas y hacerlo sin agravar la fragmentación preexistente.

A la luz de todo ello, la propuesta de Xanthaki merece una objeción amistosa, o quizá una simple precisión. Su insistencia en la metodología, en la claridad de las instrucciones, en el análisis del contexto y en la articulación cuidadosa del texto sigue siendo, a mi juicio, enteramente válida; el problema es que, en un caso como el español, esos presupuestos no siempre están disponibles cuando la transposición se pone en marcha. Los ciclos políticos abreviados, el recurso recurrente a instrumentos de urgencia, la complejidad del reparto competencial y la insuficiencia de capacidades administrativas convierten muchas veces la incorporación del Derecho de la Unión en una carrera contra el tiempo. En esas condiciones, aumenta considerablemente la distancia entre una transposición pensada y una transposición hecha a la defensiva. El caso español obliga, pues, a añadir algo a su planteamiento: no basta con mejores técnicas de *drafting* si no concurren también condiciones elementales de capacidad estatal para sostenerlas.

Todavía puede añadirse una cautela más, particularmente pertinente en un tiempo de traducciones aceleradas, armonizaciones semánticas defectuosas y creciente dependencia de herramientas automáticas de tratamiento textual. Una parte de los problemas de la transposición contemporánea no proviene ya solo del ‘corta y pega’ tradicional, sino también del espejismo de que la equivalencia terminológica basta para producir equivalencia jurídica. Sin embargo, la experiencia española muestra una y otra vez que el problema no se agota en encontrar palabras equivalentes, sino en preservar coherencia sistemática, identidad conceptual y adecuación institucional. En un ámbito tan delicado como el de la protección de denunciantes –donde se cruzan procedimiento administrativo, garantías laborales, potestades de investigación, protección de datos, sanciones y canales institucionales de integridad–, una mala traducción del propósito normativo o una mala articulación interna del texto puede desactivar la promesa protectora de la directiva incluso cuando formalmente parece haberse cumplido. Leída desde la práctica, la lección quizá sea la siguiente. Xanthaki tiene razón al exigir más método, más claridad y más conciencia del resultado; pero un caso como el español enseña que, junto a esa exigencia, hace falta también una teoría menos complaciente de las condiciones políticas y administrativas sin las cuales la buena transposición sigue siendo, con demasiada frecuencia, una aspiración bien formulada y mal realizada.

5. De nuevo: ¿puede la ley hablar directamente al ciudadano?

Si se toma en serio la ambición que recorre la obra de Xanthaki –esto es, que la Unión Europea pueda «hablar directamente a sus ciudadanos» a través de su legislación–, conviene detenerse un instante en las condiciones reales en las que ese supuesto

diálogo tendría lugar. La idea resulta, en principio, difícil de objetar. La inteligibilidad normativa se presenta como un presupuesto del cumplimiento, y este, a su vez, como una condición de legitimidad. Sin embargo, trasladada al funcionamiento efectivo del sistema jurídico europeo, esa aspiración exige ser matizada. No tanto porque sea incorrecta, sino porque puede resultar insuficiente para describir –y explicar– lo que ocurre en la práctica.

El problema no es nuevo. Desde hace décadas, una parte significativa de la doctrina ha insistido en que el acceso a la ley y su comprensión forman parte del núcleo del Estado de Derecho. La exigencia de claridad no se agota en un criterio técnico, sino que se proyecta sobre valores democráticos elementales: publicidad, previsibilidad, orientación de la conducta. En este sentido, la idea de que los ciudadanos tienen derecho a entender las normas que les obligan deviene en una condición de posibilidad de la obediencia jurídica en contextos no coercitivos.

Ahora bien, el desplazamiento problemático se produce cuando esa exigencia se transforma en una expectativa demasiado fuerte: que la ley, por el mero hecho de estar mejor redactada, pueda ser comprendida directamente por sus destinatarios finales. Es aquí donde la literatura crítica –y en particular las objeciones formuladas frente al *Plain Language Movement*– introduce una advertencia que resulta difícil de ignorar. El lenguaje claro mejora la inteligibilidad, pero no elimina la complejidad inherente de los sistemas normativos. En palabras sintéticas, hace la ley más accesible, pero no necesariamente comprensible para todos. Esta distinción permite situar con mayor precisión el alcance de la propuesta de Xanthaki. Su insistencia en la claridad, la precisión y la ausencia de ambigüedad como condiciones de la efectividad normativa resulta plenamente defendible en el marco de una concepción ‘minimalista’ de la racionalidad legislativa, centrada en la optimización de los medios. En ese plano, el derecho se concibe fundamentalmente como un acto de comunicación, y su éxito depende de la calidad del mensaje que transmite. Una ley que no se entiende fracasa, en efecto, como instrumento de orientación de la conducta.

Sin embargo, esa misma concepción encuentra sus límites cuando se confronta con la estructura real de los destinatarios del derecho. No todas las normas están dirigidas –ni pueden estarlo– a un público general. Buena parte del ordenamiento jurídico opera a través de destinatarios mediatos: profesionales, operadores especializados, intermediarios institucionales. En estos casos, la inteligibilidad no se mide en función de la comprensión inmediata del ciudadano medio, sino de la capacidad del sistema para traducir, interpretar y aplicar el contenido normativo de manera coherente⁴.

La experiencia histórica a la que aludía Lon Fuller (1964) en su conocida alegoría del Rey Rex resulta, en este punto, particularmente elocuente. El intento de producir normas plenamente accesibles para todos los ciudadanos terminó comprometiendo la coherencia interna del sistema y la capacidad de los tribunales para aplicarlas de forma consistente. La lección no es que la claridad sea indeseable, sino que no puede perseguirse al margen de otras exigencias estructurales del derecho como sistematicidad, estabilidad, previsibilidad. Cuando se desatienden estas dimensiones, la claridad puede convertirse en una forma de simplificación que debilita, en lugar de reforzar, la racionalidad del sistema jurídico.

Pero no nos desviemos y volvamos a la práctica de la transposición. La pretensión de que la Unión pueda dirigirse directamente a los ciudadanos a través de

⁴ Al respecto, creo que es imprescindible la lectura de Calsamiglia (1993).

su legislación parece entrar en tensión con el propio diseño de la directiva, que presupone mediación, adaptación y reconstrucción normativa en el ámbito nacional. Pretender eliminar o minimizar ese espacio intermedio equivale, en cierta medida, a desconocer la lógica de funcionamiento del Derecho de la Unión.

A ello se añade un dato empírico que conviene no soslayar. El déficit de transposición en España –situado en torno al 1,3%, frente al 0,7% de media europea–, el volumen de procedimientos por transposición tardía o incorrecta, así como la recurrencia de condenas del Tribunal de Justicia, sugieren que el problema no radica exclusivamente en la fase final del proceso. La acumulación de retrasos, la utilización recurrente de instrumentos de urgencia como el decreto-ley y las dificultades de coordinación entre niveles territoriales configuran un escenario en el que la transposición aparece como una tarea estructuralmente tensionada.

Desde esta perspectiva, la propuesta de Xanthaki adquiere un valor distinto. Más que ofrecer una solución directa al problema de la comunicación entre la Unión y sus ciudadanos, pone de relieve la importancia de un eslabón intermedio que con frecuencia permanece invisibilizado. La calidad de la transposición condiciona no solo la eficacia normativa, sino también la forma en que el derecho es percibido, interpretado y aplicado en el ámbito nacional. Sin embargo, atribuir a la técnica legislativa la capacidad de cerrar por sí sola la distancia entre instituciones y ciudadanía puede resultar, en última instancia, excesivo.

La cuestión no es, por tanto, negar la relevancia del lenguaje claro, sino situarlo en sus justas proporciones. Como instrumento, resulta indispensable para mejorar la inteligibilidad y facilitar la aplicación del derecho. Como solución global al problema de la legitimidad o de la confianza, muestra límites evidentes. La ley puede –y debe– ser más clara, pero ello no implica que pueda sustituir las condiciones políticas, institucionales y comunicativas que hacen posible una relación efectiva entre el poder normativo y sus destinatarios.

En este punto, la tesis de Xanthaki puede leerse menos como una afirmación cerrada y más como una provocación analítica. Obliga a reconsiderar el papel de la redacción legislativa en el funcionamiento del sistema jurídico europeo, pero también invita a preguntarse hasta qué punto es razonable esperar que la ley, incluso en su forma más depurada, pueda asumir funciones que desbordan su propia naturaleza. Entre la aspiración de una comunicación directa y la complejidad real del derecho, la transposición sigue siendo el lugar donde esa tensión se hace visible –y donde, en gran medida, se decide su resultado.

En definitiva, *Legislative Drafting for the EU* es una obra de gran calado, escrita con ambición intelectual, rigor metodológico y un conocimiento excepcional de la legislación europea y de sus problemas de realización práctica. El libro no solo ofrece una reflexión exigente sobre la redacción legislativa y la transposición, sino que aborda también otras dimensiones relevantes –como la verificación del cumplimiento, la elaboración normativa en contextos de ampliación de la Unión o los desafíos derivados de procesos como la retirada del Reino Unido– que, por razones de enfoque, no han sido objeto de análisis detallado en este comentario. Ello no responde a una falta de interés, sino a la voluntad de concentrar la discusión en aquellos aspectos que podían ser tratados con mayor cuidado. Desde esta perspectiva, Xanthaki devuelve a la teoría de la legislación un objeto que con demasiada frecuencia ha permanecido subestimado; la forma concreta en que las normas se construyen, circulan y llegan –o no– a producir los efectos que prometen. Se trata, en suma, de una obra llamada a convertirse en referencia para quienes se ocupan de la calidad normativa, la transposición del Derecho de la Unión y, en un sentido más

amplio, de la relación entre técnica legislativa, capacidad institucional y legitimidad democrática. Incluso allí donde suscita dudas o reclama matices, el libro muestra su mayor virtud: la de obligar a pensar mejor.

Bibliografía

- Arenas Arias, G. (2023). Publish, explain, understand, and comply: Legislation in Plain Language. *The Theory and Practice of Legislation*, 11(2), 107-135. doi: <https://doi.org/10.1080/20508840.2023.2182980>
- Calsamiglia, A. (1993). ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? *Doxa*, 161-178.
- Fuller, L. (1964). *The morality of Law*. Yale University Press.
- Fundación Hay Derecho. (2024). Informe del Estado de Derecho 2024.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. CEPC.
- Martínez Caballero, J. (2021). Directivas comunitarias (efectos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 334-347. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6080>
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2017). Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública). *Revista de Administración Pública*, 202, 13-41. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.01>
- Meyer, C. (1999). Political Legitimacy and the Invisibility of Politics: Exploring the European Union's Communication Deficit. *Journal of Common Market Studies*, 37(4), 617-639.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2019). *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Tirant lo blanch.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2022). *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*. Dykinson.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2024). *Debating Laws. Studies on Parliamentary Justification of Legislation*. Springer.
- Rauh, C. (2023). Clear messages to the European public? The language of European Commission press releases 1985–2020. *Journal of European Integration*, 45(4), 683-701. doi: <https://doi.org/10.1080/07036337.2022.2134860>
- Sierra Rodríguez, J. (2020). Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 64-85. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5703>
- Xanthaki, H. (2024). *Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. Edward Elgar.
- Valle-Inclán Rodríguez Miñón, D. (2024). Mecanismos de garantía de la transposición de directivas europeas en España. En Gutiérrez Roa, T. (ed. lit.). *Europa en transformación: análisis de los desafíos internos y geopolíticos de cara al inicio del nuevo ciclo político europeo*, (pp. 247-269). Sindéresis.
- Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Aranzadi.

The form of the Law, the task of transposition, and European legitimacy. Review of Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU**

(2024) Edward Elgar
Cheltenham, UK., 368 pp.

Germán J. Arenas Arias**
Fundación Hay Derecho
Research Group on Law and Justice (GIDYJ) – UC3M
ORCID ID 0000-0003-1526-7181
germanarenas@hayderecho.com

Cita recomendada:

Arenas Arias, G. J. (2026). The Form of the Law, the Task of Transposition, and European legitimacy: A Review of Helen Xanthaki, *Legislative Drafting for the EU. Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 441-453.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10397>

Recibido / received: 11/02/2026
Aceptado / accepted: 09/04/2026

Resumen

Helen Xanthaki examina en *Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU* el papel de la redacción legislativa y de las técnicas de transposición en la calidad y eficacia del Derecho de la Unión Europea. A partir de una concepción que integra claridad, precisión y ausencia de ambigüedad como condiciones de la efectividad normativa, la autora propone entender el *drafting* no solo como una práctica técnica, sino como un elemento estructural del funcionamiento regulatorio europeo y de su sostenibilidad política. Su análisis articula una relación entre calidad legislativa, cumplimiento del Derecho y confianza ciudadana que sitúa la 'forma de la norma' en el centro de la reflexión sobre legitimidad institucional. Desde este planteamiento, la obra permite reabrir el debate sobre la 'legibilidad' de la ley y su impacto en la cultura de la

* This work is carried out within the framework of the agreement between the public state-owned entity Red.es (M.P.) and the consortium composed of Fundación Hay Derecho, Fundación Salvador Soler (Political Watch), and Fundación Haz/Ethosfera, to promote the implementation of the Charter of Digital Rights in the area of participation rights (Area 3), ref. C038/23-OT.

** Traducción a cargo de Germán J. Arenas Arias y revisión general de Benito Grisanti.

legalidad, en un contexto marcado por tensiones entre complejidad normativa, déficits de comunicación y desafección institucional. La experiencia española en la transposición de directivas –y, en particular, las dificultades observadas en la incorporación de la normativa sobre protección de denunciantes– ilustra los problemas que acompañan la recepción del Derecho de la Unión y refuerza la relevancia de las cuestiones planteadas por la autora. En este marco, el libro ofrece una base fértil para interrogar los alcances y límites de la técnica legislativa como instrumento de legitimación democrática.

Palabras clave

Calidad legislativa, transposición normativa, legitimidad democrática.

Abstract

In Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU, Helen Xanthaki examines the role of legislative drafting and transposition techniques in shaping the quality and effectiveness of European Union law. By linking clarity, precision and unambiguity to legislative effectiveness, the author presents drafting not merely as a technical exercise, but as a structural component of regulatory performance and the political sustainability of the European project. Her analysis establishes a connection between legislative quality, legal compliance and citizens' trust, placing the form of the law at the centre of contemporary debates on institutional legitimacy. From this perspective, the book reopens broader discussions on the 'legibility' of law and its implications for the culture of legality, particularly in a context characterised by increasing regulatory complexity, communication deficits and institutional disaffection. The Spanish experience with the transposition of EU directives –notably the challenges surrounding the implementation of whistleblower protection rules– illustrates the practical tensions inherent in the reception of EU law and underscores the relevance of the author's claims. Within this framework, the book provides a fertile ground for questioning both the potential and the limits of legislative drafting as a tool for democratic legitimation.

Keywords

Legislative quality; legal transposition; democratic legitimacy.

SUMMARY. 1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly.* 2. Xanthaki's argument. 3. Revisiting the task of transposition. 4. Transposition in practice: Between method, urgency, and State capacity. 5. Once again: Can legislation speak directly to the citizen?

1. *It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*

«*It is time for the EU to talk to its citizens. Directly*» (Xanthaki, 2024, p. 24). With this suggestive and provocative statement, Professor Helen Xanthaki places at the centre of her recent book a concern that transcends legislative technique and its commonly termed minimalist dimension, turning instead to the task of how European norms are drafted and examining the kind of relationship they establish with those who are called upon to comply with them. Through her work, we are presented with a volume which, across its extensive *fabric* (368 pages), both theoretical and practical, elevates legislative *crafting* as an internal thread of the normative process– one capable of

extending into broader layers associated with the legitimacy, trust, and sustainability of the European project.

This approach acquires particular significance when considered in light of the recent context of the application of European Union law. In recent years, the European Commission has intensified infringement proceedings against Member States for delays or deficiencies in the transposition of directives, and Spain has not been immune to this trend. Beyond their legal consequences, these developments reveal a persistent difficulty, namely, that of coherently, comprehensibly, and effectively integrating European norms into national legal orders. It is not, therefore, merely an issue of compliance, but rather a tension inherent in the way in which European Union law is incorporated, interpreted, and, ultimately, understood¹.

In this regard, even if only briefly, it is useful to recall a couple of short textual excerpts in order to situate the discussion and clarify what is meant when referring to European directives and their transposition. On the one hand, following Martínez López-Muñiz, European directives are understood as:

rules of result which, as the Treaty expressly states, must leave to the Member States the choice of form and means for their achievement. They thus regulate and impose a normative outcome to be ensured, but must do so by limiting themselves to determining what is deemed necessary for the objective or purpose defined by the Treaty when conferring the relevant competence, without descending into further detail and without seeking to harmonise national legal orders beyond what is strictly required by that purpose, always in accordance with the principles of subsidiarity and proportionality (TEU, Art. 5). It must be possible for each State to guarantee the final, purposive normative outcome by integrating it into its domestic legal order in the most appropriate manner, without altering it beyond what is strictly necessary (Martínez López-Muñiz, 2017, p. 17)²

On the other hand, according to Valle-Inclán Rodríguez de Miñón:

[the] transposing measure must contribute to the realisation of the principle of legal certainty and avoid the enactment of legislation that is confusing, obscure, incomplete, or unlawful, by virtue of contravening the EU legal order. The primary aim of this process is to achieve convergence between the laws or policies of the Member States that directly affect the establishment of the common market. In this context, the directive appears as a result-oriented norm which does not provide specific guidance on the formal or substantive elements of the process through which each Member State is to achieve the intended objective. (Valle-Inclán Rodríguez De Miñón, 2024, p. 247)³

In the latter work, it is further emphasized that of the:

of the legislative acts adopted by the Congress and the Senate over the past five years, 51 implement European regulations or transpose directives, while a further 81 contain references to recommendations, programmes, or EU initiatives. In 2023, 72% of the laws adopted in Spain had a European origin. Of the 25 laws enacted, seven were adopted in order to implement EU regulations or to comply with the obligation to transpose European directives into the Spanish legal order. In 2022, the percentage of laws with European influence was 57%; in 2021, 51%; in 2020, 50%; and in 2019, 42%. (Valle-Inclán Rodríguez De Miñón, 2024, p. 248)⁴

As stated in the explanatory memorandum to Royal Decree-Law 7/2021 of 27 April, on the transposition of European Union directives in the areas of competition,

¹ On this point, I have worked in Arenas Arias (2023).

² Adapted translations from the text originally written in Spanish.

³ Adapted translations from the text originally written in Spanish.

⁴ Adapted translations from the text originally written in Spanish.

anti-money laundering, credit institutions, telecommunications, tax measures, the prevention and remediation of environmental damage, the posting of workers in the provision of transnational services, and consumer protection, we are faced with a complex procedure. «The timely transposition of European Union directives currently constitutes one of the priority objectives established by the European Council. The European Commission submits periodic reports to the Competitiveness Council, to which significant political value is attached insofar as they serve to measure the effectiveness and credibility of the Member States in the implementation of the internal market».

It is precisely at the intersection between obligations of result, national margins of discretion, and an increasing demand for compliance that Xanthaki's book acquires its full significance and calls for attention. It is at this point that transposition emerges as a key component in the architecture of both the theory and practice of European legislation. From this perspective, it is therefore appropriate to introduce the author and to reconstruct her argument in some detail.

On the author and her work. Helen Xanthaki's academic trajectory allows for a more precise understanding of the scope of her approach. A Professor of Law at University College London and for many years affiliated with the Sir William Dale Centre for Legislative Studies, she has played a particularly significant role in consolidating legislation as an autonomous field of study within the European and Commonwealth contexts. This is complemented by her work as President of the International Association of Legislation (IAL), from which she has contributed to shaping an epistemic and professional community devoted to the analysis of legislative quality and law-making processes.

More specifically, her work has developed consistently around the relationship between legislative technique and the effectiveness of law. Both her theoretical contributions and her practical activities –particularly in the training of drafters and in processes of legislative reform in different countries– have revolved around a common concern: how a political decision is translated into a norm capable of producing effects across diverse legal contexts. Foundational works such as *Thornton's Legislative Drafting* (2013), a key reference for professional practice, and *Drafting Legislation: Art and Technology of Rules and Regulation* (2014) have contributed to structuring this field from a perspective that combines methodological analysis with institutional experience.

Xanthaki's work also clearly fits within the recent development of legisprudence as a field that seeks to recover law-making as a central object of legal theory. In contrast to a tradition which, as Oliver Lalana (2019) recalls, has tended to focus on the interpretation, systematisation, and application of already existing law –thus relegating its creation to the background– this approach proposes redirecting attention towards the conditions of rationality, quality, and legitimacy of legislation itself. In this shift, legislation is no longer understood as a mere outcome of politics –something prior to and/or external to law– but rather as a legally structured practice, open to evaluation and critique on normative grounds. Within our context, it suffices to mention, among others, Virgilio Zapatero (2009), Gema Marcilla (2005), and the aforementioned Oliver Lalana (2019; 2022; 2024), as contributors to the consolidation of this field, equipping it with conceptual tools to analyse legislation as a proper and sound normative process.

Against this background, this article offers a critical reading of *Legislative Drafting for the EU* by Helen Xanthaki, albeit from a perspective that does not strictly belong to the author's own legal field, but is nonetheless shaped by professional

experience in law-making and by an academic concern with the language of the law—and with law as mediated through language. The starting point is a simple intuition—one that, I would argue, has far-reaching implications. In contexts of increasing regulatory complexity, the way in which norms are articulated, translated, and communicated not only shapes their effectiveness, but also the very conditions of their public intelligibility and, consequently, their legitimacy.

Xanthaki's proposal repositions drafting at the very heart of the normative performance, so to speak, of the European Union. However, this paper argues that such a proposal acquires its full meaning only when situated within what I take to be, if I have understood her argument correctly, a broader problem: the distance between institutions and citizens that arises when law becomes opaque, technically overloaded, or communicatively inaccessible.

This concern with the intelligibility of European Union law finds support in empirical evidence regarding the way in which European institutions communicate their action. Some studies have shown that the institutional language of the European Commission displays significantly higher levels of complexity than that of national executives, reproducing markedly technocratic discursive patterns that hinder accessibility for the general public. To the extent that institutional messages require a high cognitive effort or are perceived as distant from the usual registers of political communication, their capacity to structure public debate and to sustain credible institutional narratives in contexts of increasing polarisation is diminished. From this perspective, Xanthaki's thesis may also be read as a response—albeit not explicitly formulated in these terms—to a problem of discursive mediation, in which the form of legal language directly affects the possibility of articulating relationships of trust between institutions and citizens⁵.

This issue can be examined in light of concrete experiences of transposition in the Member States, where tensions between European requirements, techniques of legislative articulation, and national contexts become particularly visible. The case of the Whistleblowing Directive, to take just one example, provides a paradigmatic illustration of these frictions, insofar as it highlights how transposition constitutes a space in which the degree of a norm's comprehensibility, coherence, and acceptability is, to a large extent, determined—and contested.

In sum, this article, from a modest standpoint, aligns with the view that legislative drafting operates as a mediating device between political decision-making and the social reception of law, with direct implications for institutional trust and the culture of legality. At the same time, it cautions against attributing excessive explanatory power to drafting, suggesting that its contributions must be situated within a broader constellation of political, communicative, and institutional conditions. The aim is not, therefore, to reduce the legitimacy of law to its linguistic form, but to show that, in contexts of discursive fragmentation and competition over the meaning of political facts and realities, that form becomes a decisive terrain of contestation.

⁵ Christian Rauh (2023), drawing on a quantitative analysis of nearly 45,000 European Commission press releases compared with more than 90,000 issued by national governments (the United Kingdom and Ireland), concludes that the Commission's communication is systematically less clear and more cognitively demanding, often approximating the registers of academic prose. In a convergent vein, Christoph Meyer (1999) identifies a «structural and long-standing communication deficit» within the Commission, highlighting its tendency to address political elites and to employ technocratic language that hampers public understanding and weakens citizen support for European integration.

2. Xanthaki's argument

From its opening pages, Xanthaki's argumentative architecture is structured around demonstrating how legislative drafting constitutes an internal dimension of the law-making process, one that is intrinsically linked to a first-order political problem—namely, the fragility of the relationship between the Union and its citizens.

The Eurobarometer data she introduces— with the contrast between the low levels of trust recorded in 2017 and their partial recovery in more recent measurements— serve as an index of a structural instability that calls for a reconsideration of which instruments are effectively at stake when European legitimacy is invoked. Within this framework, the «norm» is not merely a regulatory form, but one of the sites where this relationship is constituted, eroded, or potentially reconfigured.

European Union law— and in particular its legislative formulation— constitutes the most immediate medium through which such interlocution may take place. Law thus ceases to be a technical artefact addressed to specialised operators and is instead conceived as an enunciative device directed at a plurality of addressees whose relationship to the text cannot be taken for granted. At this point, legislative drafting becomes a matter of political intelligibility. This shift rests on a strictly instrumental understanding of legislation. Xanthaki situates law-making within the pursuit of broad regulatory objectives— «benevolent policy super-goals» (p. 2)— and emphasises that such aims are realised through concrete regulatory choices. Hence her assertion that legislation is nothing more than an instrument: «legislation is simply a tool for regulation» (p. 2). Far from diminishing the status of law, this formulation embeds it within a chain of mediations in which its value is measured by its capacity to produce effects. The analytical focus thus shifts from formal correctness to normative performance.

That normative performance, however, cannot be understood independently of the conditions under which the normative message is received. In one of the most insistent passages at the beginning of the book, Xanthaki advances a deceptively simple claim: communication is decisive. If addressees do not understand the content of a norm, they cannot internalise or apply it; and without such internalisation, regulatory effectiveness is compromised. The sequence she outlines— accessible communication, understanding, application— positions linguistic clarity as the keystone of the functioning of law. Accordingly, the requirement of accessibility does not merely amount to a stylistic criterion, but extends to the very sustainability of the Union as a «union of States and peoples» (p. 3).

This emphasis calls for a reconsideration of the place traditionally assigned to transposition. Under the classical model, Member States acted as intermediaries tasked with translating the European normative message into their respective national contexts. Xanthaki invokes this idea only to immediately call it into question. The evolution of European Union law— particularly through the doctrines of direct applicability and direct effect— has eroded this mediating framework. In certain areas, EU law no longer requires interpretation or reformulation in order to reach its addressees; rather, it presents itself as a normative discourse that addresses them directly. The implications are twofold. On the one hand, the scope for State mediation is reduced; on the other, the responsibility borne by the European legislator in shaping that message is correspondingly intensified.

However, this weakening of the mediated model does not eliminate the centrality of transposition, but rather reconfigures it. Xanthaki insists that the drafting

of national implementing measures remains «crucial for the success of the EU regulatory package as a whole», and does so by introducing a significant notion, that of national legislators as «co-legislators». This category points to a form of co-responsibility in which the effectiveness of European Union law depends on its capacity to be rearticulated within specific legal, political, and cultural contexts. The so-called «nationalisation» (p. 25) of European law thus emerges as a condition of its operability.

The difficulty of this task manifests itself across several dimensions that the author identifies with precision. On the one hand, the dynamic nature of the EU *acquis* means that the endpoint of transposition is not fixed. The normative framework is in constant flux, shifting the parameters within which the national legislator must operate. On the other hand, the legal concepts employed in European instruments are not easily transferable to domestic legal orders, insofar as they carry specific connotations that do not necessarily align with national categories. Transposition thus emerges as an exercise in continuous adjustment, involving not only legal techniques but also interpretative decisions of structural significance. In this context, the author turns to a methodological systematisation aimed at bringing order to a particularly complex practice. The reference to the five stages of drafting— from understanding the proposal to verifying the text— functions as an attempt to break down a process that, in practice, tends to unfold in a fragmented and, at times, disjointed manner.

The problem is exacerbated when transposition turns into an exercise in literal reproduction. The absence of clarity as to the objectives pursued, combined with the pressure to comply with deadlines and formal requirements, encourages what the author describes as a form of mechanical copying of the European text. In this shift, an understanding of the normative purpose gives way to formal fidelity, with a corresponding impoverishment of the outcome. Legislative technique is thus reduced to an exercise in textual transfer that loses sight of its function.

Faced with this set of tensions, Xanthaki proposes a reconstruction of drafting that integrates values, method, and practical judgment. The pyramid that organises the principles of legislative drafting— from the accessibility of language to regulatory effectiveness— should not be read as a rigid hierarchy, but rather as a guiding structure that allows the various demands at stake to be situated in relation to one another. At its base, elements such as clarity, precision, and the absence of ambiguity function as operational conditions of normative effectiveness. At its apex, regulatory effectiveness appears as the ultimate criterion that lends coherence to the whole.

This articulation does not eliminate the prudential dimension of drafting. Xanthaki emphasises that legislative drafting cannot be reduced either to theoretical knowledge or to a technique applied automatically. It requires an exercise of situated judgment— a form of *phronesis*— capable of weighing the various elements at stake in specific contexts.

3. Revisiting the task of transposition

Returning to a *Voz de Cultura de la Legalidad (Voices on Lawfulness)*— «Directivas comunitarias»— published in this same journal, it is apposite to recall a brief passage from that text to address the task of transposition:

The directive is the harmonising instrument *par excellence* of the domestic legislation of the Member States, insofar as, far from replacing their legislative power, it depends upon it in order to establish harmonised legislation among the different Member States. Two elements thus emerge that explain the nature of the directive: first, the objective

of harmonising the various national legal systems— that is, the achievement of a common result set by the EU, albeit through different normative mechanisms employed by the States; second, this instrument entails respect for the legislative competences of the Member States. We are thus faced with a measure that: (a) does not, in principle, have general application because, unlike regulations— which are addressed to all (Member States and individuals)— directives are addressed to one, to some, or to all Member States; (b) imposes an obligation of result, leaving to the Member States the choice of form and means. In this respect, it does not have direct applicability like regulations, but rather requires a domestic normative act (transposition) in order to achieve the objective set out in the directive; (c) requires Member States to choose the form they consider most appropriate for transposition, to interpret correctly the objective pursued by the directive, and to do so within the prescribed time limits, without delay and without allowing addressees to distort, circumvent, or misrepresent the obligations of result laid down therein. (Martínez Caballero, 2021, p. 336)⁶

From this perspective, transposition cannot be understood as a mere exercise in transfer. Xanthaki's warning is decisive here: «This is not a matter of translation, the drafter is not just a scribe» (Xanthaki, 2024, p. 43). The drafter's activity, rather, necessarily entails a set of interpretative and constructive decisions: delimiting the scope of the European objective, selecting the appropriate normative instruments, and articulating them coherently within the domestic legal system. It is not, as is repeatedly emphasised, a matter of reproducing a pre-existing content, but of giving it legal form under specific conditions. The first critical moment in this process is that of understanding the normative mandate. The «result» required by the directive does not present itself as a univocal instruction, but as a demand that must be reconstructed. This involves identifying the problem that the European norm seeks to address and confronting it with its configuration in the national context. Such an operation requires distinguishing relevant elements, determining functional equivalents, and, where necessary, introducing adjustments that allow the European mandate to be integrated into an already existing system. A further layer of complexity arises from the coexistence of two normative frameworks. Xanthaki captures this as «the parallel presence of two contexts, namely the EU and the national one» (Xanthaki, 2024, p. 51). Transposition thus unfolds within a space of dual reference: that of the European legal order, which sets objectives and structures, and that of the national legal order, which conditions their reception.

Transposition therefore requires a prior assessment of the appropriateness of legislative intervention, which cannot be taken for granted. This assessment is also linked to a broader consideration of the effects of legislation. Each normative intervention shapes the scope of action available to its addressees and alters the balance of the legal system. Where transposition takes the form of an accumulation of normative provisions lacking sufficient justification, the result may be not only ineffective, but also counterproductive in terms of clarity and applicability.

4. Transposition in practice: Between method, urgency, and State capacity

In the abstract, Xanthaki's proposal is compelling. Sound transposition requires a proper understanding of the regulatory objective, the ability to distinguish what must be preserved from what may be adapted, a resistance to the ease of mimetic reproduction, and the reconstruction of the European mandate in terms compatible with the domestic legal order.

Yet, in a country such as Spain, this methodological demand runs up against more troubling realities. Transposition takes place within an administrative and

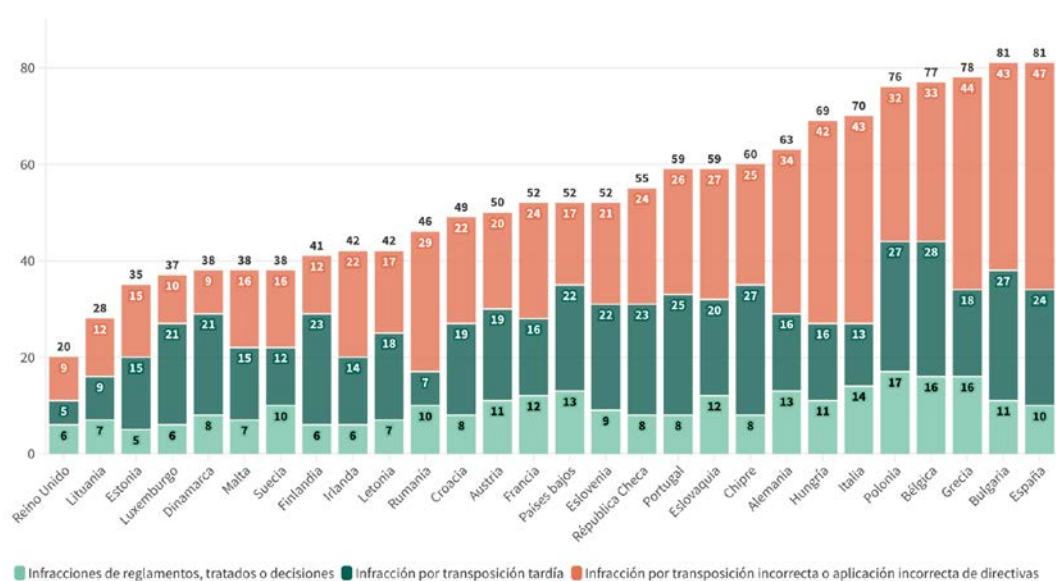
⁶ Adapted translations from the text originally written in Spanish.

legislative culture that often operates under pressure, with deficits in planning, uneven coordination, and limited resources. At this point, the issue ceases to be simply how a sound implementing measure ought to be drafted and instead becomes a more uncomfortable question: whether the material conditions of the system allow for the kind of transposition that theory prescribes.

José Luis Martínez López-Muñoz articulated a critique that retains a striking degree of force in capturing this issue. In his view, Spain tends to incorporate the content of directives verbatim, «sin el más leve ejercicio crítico» regarding their purpose, the normative result pursued, the pre-existing configuration of the legal order, and the level at which changes ought to be introduced; accordingly, he warned against the «simple y acrítico ‘corta y pega’» (2017, p. 18) as a technique of incorporation. This observation is significant because it diagnoses a methodological pathology and points to a deeper problem: the abandonment of any serious reflection on the relationship between the result required by the directive and the concrete architecture of domestic law.

That diagnosis becomes even more tangible when contrasted with recent compliance practice. The graph on infringement proceedings open at the end of 2023, drawn from the report on the rule of law in 2024 prepared by the Fundación Hay Derecho, places Spain at the most problematic end of the comparative spectrum, with 81 proceedings pending. Of these, 47 relate to incorrect transposition or misapplication of directives, 24 to late transposition, and 10 to infringements concerning regulations, treaties, or decisions. The composition of the data is as revealing as its overall volume. This is not merely a question of delay; it points, above all, to a pattern of defective incorporation. Put differently, the Spanish problem lies not only in arriving late, but in arriving poorly. This, in turn, compels us to understand transposition not simply as a more or less burdensome European obligation, but as a site where deeper weaknesses in the domestic legislative process become visible— namely, improvisation, haste, fragmentation, and persistent difficulties in translating an obligation of result into a coherent normative solution.

Tipos de procedimientos de infracción abiertos a fin del año 2023 de los Estados Miembros de la UE



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos contenidos en el Informe anual sobre la aplicación del derecho de la UE 2023

30 de noviembre

Fuente: Informe Estado de Derecho de la Fundación Hay Derecho, 2024.

The field of whistleblower protection aptly illustrates the tension between the methodological demands of transposition and the real conditions under which compliance takes place. As early as 2020, Javier Sierra Rodríguez warned that Directive 2019/1937 required Spain to construct something more than a discrete legislative measure. It called, rather, for a comprehensive system of internal and external reporting channels, a protective regime for whistleblowers, and a clear institutional allocation of competent authorities. The difficulty, however, was considerable. Spain lacked a general national framework for whistleblower protection, faced significant territorial fragmentation, and approached transposition with uneven regional experiences, differing levels of protection, and a cultural backdrop that remained largely unfavourable to whistleblowers, who are still often perceived as ‘informants’ rather than as guarantors of public integrity (Sierra, 2020, p. 65 ff.). In such a context, transposition could not be confined to reproducing the directive; it had to stitch together institutional components, close regulatory gaps, and do so without exacerbating existing fragmentation.

In light of the foregoing, Xanthaki’s proposal invites a friendly objection— or perhaps a modest qualification. Her insistence on methodology, on the clarity of instructions, on contextual analysis, and on the careful structuring of legislative texts remains, in my view, entirely sound; the difficulty is that, in a case such as Spain, these preconditions are not always in place when transposition is set in motion. Shortened political cycles, the recurrent use of emergency instruments, the complexity of the distribution of competences, and limited administrative capacity often turn the incorporation of EU law into a race against time. Under such conditions, the gap between a carefully conceived transposition and one carried out defensively widens considerably. The Spanish case therefore suggests an additional point: better drafting techniques are not sufficient unless they are accompanied by the basic conditions of state capacity required to sustain them.

A further caution may be added, particularly apposite in an era of accelerated translations, defective semantic harmonisations, and an increasing reliance on automated text-processing tools. Some of the problems of contemporary transposition no longer stem solely from the traditional ‘copy-and-paste’ approach, but also from the illusion that terminological equivalence suffices to produce legal equivalence. Yet the Spanish experience repeatedly shows that the issue does not lie merely in finding equivalent words, but in preserving systemic coherence, conceptual integrity, and institutional fit. In a field as sensitive as whistleblower protection— where administrative procedure, labour guarantees, investigative powers, data protection, sanctions, and institutional integrity channels intersect— a flawed translation of the normative purpose or a poorly structured internal articulation of the text may undermine the directive’s protective promise even where formal compliance appears to have been achieved. Read from the standpoint of practice, the lesson may be this. Xanthaki is right to call for more method, greater clarity, and a stronger awareness of outcomes; but a case such as Spain shows that, alongside these demands, there is also a need for a less complacent account of the political and administrative conditions without which sound transposition remains, all too often, a well-formulated aspiration poorly realised.

5. Once again: Can legislation speak directly to the citizen?

If one takes seriously the ambition that runs through Xanthaki’s work— namely, that the European Union might «speak directly to its citizens» through its legislation— it is worth pausing to consider the actual conditions under which such a dialogue would take place. The idea is, at first sight, difficult to contest. Normative intelligibility appears as a precondition for compliance, and compliance, in turn, as a condition of legitimacy.

Yet, when transposed to the effective functioning of the European legal system, this aspiration calls for qualification. Not because it is mistaken, but because it may prove insufficient to describe— and explain— what occurs in practice.

The problem is not new. For decades, a significant strand of legal scholarship has insisted that access to the law and its intelligibility form part of the very core of the rule of law. The requirement of clarity is not exhausted as a technical criterion; it extends to fundamental democratic values: publicity, foreseeability, and the guidance of conduct. In this sense, the idea that citizens have a right to understand the norms that bind them becomes a condition of possibility for legal compliance in non-coercive contexts.

The problematic shift arises, however, when this requirement is transformed into an overly demanding expectation: that the law, simply by being better drafted, can be directly understood by its ultimate addressees. It is at this point that critical scholarship— and in particularly the objections raised against the Plain Language Movement— introduces a warning that is difficult to ignore. Plain language enhances intelligibility, but it does not eliminate the inherent complexity of normative systems. Put succinctly, it makes the law more accessible, but not necessarily comprehensible to all. This distinction allows for a more precise assessment of the scope of Xanthaki's proposal. Her insistence on clarity, precision, and the absence of ambiguity as conditions of normative effectiveness is entirely defensible within a 'minimalist' conception of legislative rationality, focused on the optimisation of means. At that level, legislation is understood primarily as an act of communication, and its success depends on the quality of the message it conveys. A law that is not understood does, indeed, fail as an instrument for guiding conduct.

That same conception, however, reaches its limits when confronted with the actual structure of the law's addressees. Not all norms are addressed— nor can they be— to the general public. A significant portion of the legal order operates through mediated addressees: professionals, specialised operators, and institutional intermediaries. In such cases, intelligibility is not measured by the immediate comprehension of the average citizen, but by the system's capacity to translate, interpret, and apply normative content in a coherent manner⁷.

The historical experience to which Lon Fuller (1964) alluded in his well-known allegory of King Rex is, in this respect, particularly instructive. The attempt to produce norms fully accessible to all citizens ultimately undermined both the internal coherence of the system and the courts' ability to apply them consistently. The lesson is not that clarity is undesirable, but that it cannot be pursued in isolation from other structural requirements of law, such as systematicity, stability, and foreseeability. When these dimensions are neglected, clarity may become a form of simplification that weakens, rather than reinforces, the rationality of the legal system.

But let us not lose sight of our main line of inquiry and return to the practice of transposition. The claim that the Union can address citizens directly through its legislation appears to sit uneasily with the very design of the directive, which presupposes mediation, adaptation, and normative reconstruction at the national level. To seek to eliminate or minimise that intermediate space is, to some extent, to overlook the operating logic of European Union law.

This is compounded by an empirical point that should not be overlooked. The transposition deficit in Spain— at around 1.3%, compared with an EU average of 0.7%—

⁷ In this regard, the work of Calsamiglia (1993) is indispensable.

the volume of proceedings for late or incorrect transposition, and the recurrence of condemnations by the Court of Justice all suggest that the problem does not lie exclusively at the final stage of the process. The accumulation of delays, the recurrent use of emergency instruments such as the decree-law, and the difficulties of coordination across territorial levels together create a scenario in which transposition appears as a structurally strained undertaking.

From this perspective, Xanthaki's proposal takes on a different significance. Rather than offering a direct solution to the problem of communication between the Union and its citizens, it highlights the importance of an intermediate link that often remains overlooked. The quality of transposition shapes not only normative effectiveness, but also the way in which law is perceived, interpreted, and applied at the national level. At the same time, attributing to legislative technique the capacity, on its own, to bridge the gap between institutions and citizens may ultimately be overstated.

The point, therefore, is not to deny the relevance of plain language, but to place it in proper perspective. As an instrument, it is indispensable for enhancing intelligibility and facilitating the application of law. As a comprehensive solution to problems of legitimacy or trust, however, it reveals clear limits. Law can— and should— be clearer, but this does not mean that it can substitute for the political, institutional, and communicative conditions that make an effective relationship between normative authority and its addressees possible.

At this point, Xanthaki's thesis may be read less as a definitive claim than as an analytical provocation. It compels us to reconsider the role of legislative drafting in the functioning of the European legal system, while also inviting reflection on the extent to which it is reasonable to expect that law, even in its most refined form, can assume functions that exceed its own nature. Between the aspiration to direct communication and the actual complexity of law, transposition remains the site where this tension becomes visible— and where largely determined.

In sum, *Legislative Drafting for the EU* is a work of considerable depth, written with intellectual ambition, methodological rigour, and an exceptional command of European legislation and the challenges of its practical implementation. The book not only offers a demanding reflection on legislative drafting and transposition, but also addresses other relevant dimensions— such as compliance verification, law-making in the context of EU enlargement, and the challenges arising from processes such as the United Kingdom's withdrawal— which, for reasons of focus, have not been examined in detail in this commentary. This does not reflect a lack of interest, but rather a deliberate choice to concentrate on those aspects that could be treated with greater care. From this perspective, Xanthaki restores to the theory of legislation an object that has too often been underestimated: the concrete ways in which norms are constructed, circulate, and come— or fail— to produce the effects they promise. In short, this is a work destined to become a reference point for those concerned with legislative quality, the transposition of European Union law, and, more broadly, the relationship between legislative technique, institutional capacity, and democratic legitimacy. Even where it raises doubts or calls for qualification, the book displays its greatest virtue: that of compelling us to think more rigorously.

References

- Arenas Arias, G. (2023). Publish, explain, understand, and comply: Legislation in Plain Language. *The Theory and Practice of Legislation*, 11(2), 107-135. doi: <https://doi.org/10.1080/20508840.2023.2182980>



- Calsamiglia, A. (1993). ¿Debe ser la moral el único criterio para legislar? *Doxa*, 161-178.
- Fuller, L. (1964). *The morality of Law*. Yale University Press.
- Fundación Hay Derecho. (2024). Informe del Estado de Derecho 2024.
- Marcilla Córdoba, G. (2005). *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*. CEPC.
- Martínez Caballero, J. (2021). Directivas comunitarias (efectos). *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 20, 334-347. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2021.6080>
- Martínez López-Muñiz, J. L. (2017). Sentido y alcance de la transposición de las directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública). *Revista de Administración Pública*, 202, 13-41. doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.202.01>
- Meyer, C. (1999). Political Legitimacy and the Invisibility of Politics: Exploring the European Union's Communication Deficit. *Journal of Common Market Studies*, 37(4), 617-639.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2019). *La legislación en serio. Estudios sobre derecho y jurisprudencia*. Tirant lo blanch.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2022). *Debatiendo leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación*. Dykinson.
- Oliver-Lalana, A. (ed.). (2024). *Debating Laws. Studies on Parliamentary Justification of Legislation*. Springer.
- Rauh, C. (2023). Clear messages to the European public? The language of European Commission press releases 1985–2020. *Journal of European Integration*, 45(4), 683-701. doi: <https://doi.org/10.1080/07036337.2022.2134860>
- Sierra Rodríguez, J. (2020). Impulso europeo al whistleblowing y las autoridades de integridad. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 19, pp. 64-85. doi: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2020.5703>
- Xanthaki, H. (2024). *Legislative Drafting for the EU: Transposition Techniques as a Roadmap for Better Legislation and a Sustainable EU*. Edward Elgar.
- Valle-Inclán Rodríguez Miñón, D. (2024). Mecanismos de garantía de la transposición de directivas europeas en España. En Gutiérrez Roa, T. (ed. lit.). *Europa en transformación: análisis de los desafíos internos y geopolíticos de cara al inicio del nuevo ciclo político europeo*, (pp. 247-269). Sínderesis.
- Zapatero, V. (2009). *El arte de legislar*. Aranzadi.

Más allá del diálogo sobre la igualdad. Observaciones críticas sobre la diferencia y la desigualdad en *Equality* de Michael Sandel y Thomas Piketty

(2025) Polity Press
Cambridge, 128 pp.

Eduardo García Ortiz
Universidad Veracruzana
ORCID ID 0009-0008-2259-044X
eduargarcia@uv.mx

Cita recomendada:

García Ortiz, E. (2026). Más allá del diálogo sobre la igualdad. Observaciones críticas sobre la diferencia y la desigualdad en *Equality* de Michael Sandel y Thomas Piketty. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 454-464.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10398>

Recibido / received: 19/03/2026
Aceptado / accepted: 06/04/2026

Resumen

La reseña analiza *Equality: What It Means and Why It Matters*, un diálogo entre Thomas Piketty y Michael Sandel y derivado de una conversación académica previa. El presente texto sitúa la discusión contemporánea sobre igualdad más allá del lema «igualdad de oportunidades», proponiendo tres dimensiones articuladas: igualdad económica (ingreso, riqueza, tributación), igualdad política (capacidad efectiva de incidir en decisiones colectivas frente a asimetrías materiales) e igualdad de dignidad/respeto/estima (reconocimiento social del trabajo y de las personas). Con apoyo en debates clásicos –bienes primarios y justicia distributiva, así como el giro hacia capacidades– se enfatiza que la desigualdad no es natural sino una construcción institucional sujeta a corrección democrática. La reseña concluye que el mérito, cuando se impone como un criterio distributivo, erosiona la solidaridad y la función comunitaria de la ciudadanía. Así, la agenda pública enfrenta la tensión entre la ética pública de la distribución justa y el bien común con la eficiencia global del mérito.

Palabras clave

Igualdad, desigualdad, justicia distributiva, meritocracia, democracia, fiscalidad, dignidad del trabajo.



Abstract

The review analyzes Equality: What It Means and Why It Matters, a dialogue between Thomas Piketty and Michael Sandel and derived from a prior academic conversation. The present text situates the contemporary discussion on equality beyond the slogan of «equality of opportunity», proposing three articulated dimensions: economic equality (income, wealth, and taxation); political equality (the effective capacity to influence collective decisions in the face of material asymmetries); and equality of dignity/respect/esteem (the social recognition of work and of persons). Drawing on classical debates—primary goods and distributive justice, as well as the turn toward capabilities—the review emphasizes that inequality is not natural but rather an institutional construction subject to democratic correction. The review concludes that merit, when imposed as a distributive criterion, erodes solidarity and the communal function of citizenship. Thus, the public agenda confronts the tension between the public ethics of just distribution and the common good, on the one hand, and the global efficiency of merit, on the other.

Keywords

Equality, inequality, distributive justice, meritocracy, democracy, taxation, dignity of work.

SUMARIO. 1. Introducción. 2. Tres formas de desigualdad en discusión. 2.1. Las desigualdades económicas. 2.2. La desigualdad política. 2.3. Igualdad humana: dignidad, respeto, reconocimiento y estima. 3. Análisis crítico. 3.1. Mérito vs. meritocracia. 3.2. Contrastes de la igualdad: solidaridad comunitaria y cooperación frente al individualismo competitivo

1. Introducción

Se ha dicho que los pueblos existen en la historia cuando consolidan instituciones y valores que representan al progreso. Esta es una idea muy cuestionable en la actualidad, especialmente porque simplifica las desigualdades sociales como meras expresiones del determinismo natural, al tiempo que admite jerarquías occidentales históricamente establecidas como el destino de los pueblos. La idea de que los ganadores cuentan la historia tácitamente excluye a los perdedores. Esta idea eurocentrista es atribuida fundamentalmente a G. W. F. Hegel, quien en las *Lecciones sobre filosofía de la Historia Universal* señaló que: «Lo que entendemos propiamente por Africa es algo aislado y sin historia, sumido todavía por completo en el espíritu natural, y que solo puede mencionarse aquí, en el umbral de la historia universal» (Hegel, 2005, p. 298).

Lo complejo de la igualdad no depende solo del narrador y sus circunstancias, sino también de la diversidad de categorías que involucra un análisis profundo sobre el tema. En su crítica a Rawls, Amartya Sen propone una ampliación del espectro limitado de los bienes primarios. Sen advierte que hay múltiples variables que intervienen en las condiciones de justicia e igualdad más allá de los bienes básicos y que pueden representarse con capacidades básicas como el autorrespeto. Los factores involucrados en la distribución justa y equitativa son diversos, no solo como bienes, sino también como capacidades que abarcan a los derechos, las oportunidades, los ingresos, la riqueza, o las bases del autorrespeto. Todas estas capacidades básicas constituyen algunas categorías útiles para aproximarse a la idea de la justicia como igualdad (Sen, 2003). Así, el título de referencia usado por Sen, *Equality of what?*, es definitivamente un encabezado provocador que manifiesta

los numerosos y distintos aspectos que abarcan las condiciones de un estudio detallado sobre la igualdad.

La diferencia y la desigualdad están estrechamente relacionadas en distintos sentidos: las desigualdades salariales son particularmente visibles en las bolsas de trabajo internacionales, la brecha nutricional entre los países de Oriente y Occidente es una muestra contundente de las desventajas estructurales entre los pueblos. Del mismo modo la diversidad genética, los entornos de crianza y desarrollo, la contaminación, las oportunidades de trabajo, los salarios, las condiciones de sanidad y vivienda, el nivel de desgaste laboral, e incluso la adscripción a los feudos tecnológicos (Varoufakis, 2024) o la personalización algorítmica (Zuboff, 2021) son solo algunos ejemplos que reflejan la constante diferencia entre las cualidades y entornos de oportunidad en los que se desarrollan los individuos.

Dentro de todas estas variables hay algo seguro: la desigualdad social crea una brecha que se extiende constante y consistentemente con un crecimiento fuera de control. El aislamiento de los ganadores tiene como consecuencia la exclusión de los perdedores. Los ricos se atrincheran en condiciones de vida, ocio y lujo que son inimaginables para los pobres; al tiempo que las condiciones fácticas de supervivencia de estos últimos son prácticamente imperceptibles en el marco epistemológico de los ricos (Stiglitz, 2024, p. 143). Desde esta óptica resulta muy natural que muchos individuos queden desdibujados en la historia, particularmente cuando es escrita por los ganadores del progreso y la modernidad.

En esta coyuntura, Michael Sandel, un filósofo norteamericano, miembro de la academia de la Ivy League, doctorado en Oxford, discípulo de Charles Taylor y profesor de Harvard, reformula, en compañía del reconocido economista francés, Thomas Piketty, un breve diálogo casi platónico, dedicado a la igualdad y acompañado de un sugerente y prometedor subtítulo: qué es y por qué importa.

Valdría la pena comenzar esta reseña advirtiendo que el propósito central, como puede sospechar algún perspicaz lector, no se alcanza a consolidar en su totalidad. Difícilmente un diálogo con poco más de cien páginas habría de alcanzar ese ambicioso propósito, pero al menos deja constancia de una ruta debidamente trazada.

En su *Manifiesto por la igualdad*, Luigi Ferrajoli advierte que el análisis de la desigualdad resulta paradójico porque la diferencia es el fundamento de la dignidad; pero a la vez, la búsqueda de la igualdad se deriva precisamente de los problemas provocados por esas diferencias (Ferrajoli, 2019, p. 13). Esta idea, breve pero contundente, podría haber ampliado los márgenes del debate entre Sandel y Piketty, pero debido a la deliberada decisión de los autores, el enfoque en este comentario se limita a reseñar la interconexión de las tres formulaciones de la igualdad sugeridas en el diálogo.

2. Tres formas de desigualdad en discusión

La discusión parte de una cuestión central: si los derechos sociales básicos estuvieran garantizados y si los derechos civiles y políticos fueran accesibles para todos en condiciones de igualdad, ¿habría todavía algún problema? Este cuestionamiento representa la *raison d'être* de las teorías de la justicia contemporáneas. Particularmente, la pregunta se sitúa en el marco de los dos principios de la justicia de John Rawls.

El texto aborda distintas dimensiones de la igualdad poniendo especial énfasis en indagar si persiste un problema filosófico cuando coexiste la igualdad formal y fáctica de los derechos con la desigualdad económica, del ingreso, la renta y la riqueza. Los autores coinciden en que el problema persiste debido a que la dignidad no solo se reconoce con derechos, sino que se deriva también de las relaciones humanas de poder, como por ejemplo aquellas que permiten comprar el tiempo de otros.

Esta conclusión sintetiza el comunitarismo de Sandel que atribuye una carga moral importante a los valores sociales de la cooperación y la solidaridad, al tiempo que revela un enfoque estructural del poder económico sostenido por Piketty: los procesos de alienación se derivan siempre de la estructura económica y no de la superestructura (Piketty y Sandel, 2025, p. 5). Desde esta perspectiva, si alguien puede comprar con un solo día de sus ingresos el año entero de un empleado suyo, la relación entre las condiciones de igualdad en la dignidad del empleado y su patrón manifiesta un desequilibrio franco, no solamente en el ámbito específico de la desigualdad económica, sino por la lógica interna de las relaciones de poder que mantienen y amplían en el tiempo la tendencia creciente de exacerbar las desigualdades sociales.

Así, los autores distinguen que hay tres aspectos centrales que involucran a la desigualdad: la económica, la desigualdad política y la desigualdad en el honor, la dignidad, el estatus y el reconocimiento (Piketty y Sandel, 2025, p. 114). En el avance de la discusión puede advertirse cómo los autores van separando cada una de las dimensiones temáticas para reflexionar las características en lo particular, aunque poniendo especial énfasis en los resultados de la interacción de una con las demás.

2.1. Las desigualdades económicas

Si bien la pregunta sobre los márgenes de interferencia que tienen la desigualdad económica y de relaciones humanas parece retadora (Piketty y Sandel, 2025, p. 9), la respuesta de Piketty se mantiene consistente con la línea discursiva de su corpus académico. En un opúsculo titulado *Naturaleza, cultura y desigualdades*, publicado en 2023, Piketty rechaza que la desigualdad dependa de factores naturales como los talentos, las habilidades individuales o el carácter.

No obstante, Piketty sostiene que la desigualdad en la distribución de la renta encuentra algunas variantes relevantes en las desigualdades naturales del entorno y la genética de los pueblos. A juicio de Piketty, estas diferencias no explican con suficiencia por qué la renta es mayor en países nórdicos en comparación con países del Medio Oriente, sólo sobre la base de una determinación natural. La tesis central se dirige a aquello que Rousseau habría distinguido como desigualdad política, en oposición a la desigualdad natural. Así lo señalaba Rousseau: «Concibo en la especie humana dos maneras de desigualdad: una que llamo natural o física [...] y otra que puede llamarse desigualdad moral o política, porque depende de una especie de convención, y se halla establecida, o al menos autorizada por el consenso de los hombres. Consiste ésta en los distintos privilegios de que gozan unos en detrimento de otros, como el ser más ricos, más distinguidos, más poderosos, o incluso el disponer de autoridad sobre los demás» (Rousseau, 2019). Piketty rechaza cualquier perspectiva del determinismo naturalista sobre la desigualdad social (Piketty, 2023, p. 21). A lo largo de su obra, distingue dos tipos de desigualdades económicas que bien pueden reducirse al rendimiento y la propiedad.

Piketty es consistente con su argumento: la desigualdad económica funciona distinto cuando se trata de la distribución de la renta en contraste con la distribución

de la riqueza. La primera corresponde al ingreso que se gana a lo largo de un año mediante el trabajo propio, el arrendamiento de propiedades, ganancias de dividendos por acciones, etcétera. Conviene traer a cuenta la útil distinción de Joseph Stiglitz sobre el concepto de renta: «La palabra ‘renta’ se utilizaba al principio, y todavía hoy, para designar lo que recibía una persona por el uso de una tierra suya; es el ingreso obtenido por poseer algo, no por hacer ni producir nada. En contraste con ‘salario’, por ejemplo, que connota una compensación por el trabajo hecho. El término ‘renta’ pasó después a englobar los beneficios del monopolio, los ingresos que uno recibe por controlar un monopolio» (Stiglitz, 2024, p. 119). Piketty sostiene que la distribución de la riqueza implica directamente a las posesiones y la herencia, por lo que tiende a distribuirse de formas menos equitativas que la renta porque la riqueza influye invariablemente en ella (Piketty, 2023, p. 16) debido a que el poder adquisitivo interfiere directamente en la posibilidad de comprar el tiempo, y consecuentemente el trabajo de los demás, desarrollando con esto condiciones de alienación y dependencia estructural e intergeneracional, que eventualmente provocan desigualdades exponenciales sobre la explotación de la propiedad privada, el lujo y el ocio (Piketty y Sandel, 2025, p. 6).

Estos factores afectan a las condiciones sociales porque determinan los márgenes de acción de los sujetos enajenados. Esto se ve reflejado en los distintos fenómenos sociales que condenan el destino de la movilidad social intergeneracional de grupos enteros.

En *Repensar la pobreza*, Abhijit Banerjee y Esther Duflo identificaron que los efectos de este fenómeno tienen distintas configuraciones y que se manifiestan incluso como consecuencia fáctica de algunos derechos cuando se constituyen en trampas de la pobreza (Banerjee y Duflo, 2023, p. 123). Las desigualdades económicas están ciertamente determinadas por las condiciones previas. Piketty, afirma que «el pasado tiende a devorar el porvenir: las riquezas resultantes del pasado progresan mecánicamente más rápido, sin trabajar, que las producidas por el trabajo y a partir de las cuales es posible ahorrar» (Piketty, 2015, p. 416).

Por otro lado, como es costumbre en la obra de Sandel, la discusión parte de un dilema: el primer cuerno tiene un componente central de naturaleza igualitaria y refiere a las implicaciones de la desmercantilización de los derechos. Según esto, cualquiera tiene las mismas oportunidades de acceso a los bienes a pesar de que no haya redistribución de la riqueza. Sandel advierte que si se garantiza el acceso libre a los bienes básicos, entonces se desmercantilizan las desigualdades provocadas por la disparidad del ingreso económico, por lo que en teoría, pagar por algo que es gratuito se vuelve irrelevante. Sin embargo, se plantea también la hipótesis de corte liberal que propone la redistribución de la riqueza como condición para acceder a los bienes mercantilizados, esto es, redistribuir la riqueza manteniendo el acceso a bienes sociales primarios mediante el libre comercio. Ambas opciones parecen una alternativa sensata para disolver la desigualdad pero enfrentan dificultades individuales por igual.

No obstante, la mercantilización de bienes sociales funciona por la lógica interna que acompaña a las leyes de oferta y demanda. Convertir bienes sociales en mercancías tiende a vaciar el contenido sustantivo de aquellos bienes sociales cuyo propósito originario es trascendente para los individuos y para el colectivo social, tal es el caso de la educación. En el diálogo, Piketty y Sandel coinciden en que los principios de la educación se corrompen cuando se involucran incentivos económicos debido a la búsqueda indiscriminada de los operadores educativos por resultados en indicadores concretos. Si se trata, por ejemplo, de mejorar los índices de aprobación mediante incentivos económicos a los maestros, es muy probable que estos se

enfocan en cumplir los objetivos cuantitativos dejando de lado las condiciones cualitativas que posiblemente les inspiraban a desempeñar una función social tan relevante. Así, cuando se mercantilizan los bienes, resulta más sencillo poner buenas notas aunque sean innecesarias y ello conlleva a promover condiciones de indiferencia por la razón sustantiva y social de los bienes y valores públicos. En definitiva, la lógica del mercado corrompe el significado de los bienes, al tiempo que los desnaturaliza cuando los convierte en una mercancía, tal es el caso de la educación o la salud (Piketty y Sandel, 2025, pp. 19–21). Ciertamente, el costo de producción de la salud o de la educación concebido como un derecho y no como un objeto del mercado es el resultado del consenso político que se ve reflejado en los impuestos y éstos son resultado del ingreso y de los sueldos, por lo que cualquier proceso de desmercantilización es necesariamente un producto de la deliberación política con las implicaciones que esto tiene.

2.2. La desigualdad política

En este contexto cobran especial relevancia las aportaciones sobre la insuficiencia doctrinal de tratar los aspectos más relevantes de la igualdad sólo bajo el escrutinio de la libertad negativa y sin la intervención estatal de libertad positiva. Esta idea propuesta por Constant y Berlin tiene ecos relevantes en las aportaciones contemporáneas de Van Parijs, quien sobre la base de estas dificultades formula la idea de renta básica universal para afirmar la libertad positiva (Berlin, 1998).

No obstante, estos temas son tocados apenas superficialmente en la discusión. Sandel mantiene la línea discursiva que ha plasmado en su obra. A lo largo de la discusión Sandel da la impresión de guiar el discurso mediante el planteamiento de una serie de dudas maduras sobre sus trabajos previos, y en concreto a partir de dos ejes constantes en su pensamiento: el mérito y los límites sociales del mercado. Cabe señalar que resulta muy atractiva la inclusión del fenómeno populista contemporáneo que se manifiesta en la discusión de forma novedosa como una reacción inmunitaria de las clases obreras en contra de los embates de las élites plutocráticas (Piketty y Sandel, 2025, p. 37). Así, el diálogo se ve engarzado con estos tres temas aunque el punto de partida siempre es el mismo: ¿la igualdad se consigue mejorando los ingresos o desmercantilizando los bienes sociales? En cualquiera de los casos, hay algunas constantes. Primero, las leyes del mercado naturalmente caóticas y desordenadas se enfrentan a los límites morales del consenso social: la moral comunitaria y la finalidad de los bienes sociales que construyen y cohesionan las identidades colectivas plasmadas en derechos. En segundo lugar, la pérdida de estos valores tiene consecuencias inmediatas: el mercado presiona y desgasta los significados sociales de los bienes y derechos relativizando el contenido de los significados de los bienes establecidos como una expresión de la identidad comunitaria. En tercer lugar, en esta inopia axiológica de los significados sociales, la meritocracia encuentra un caldo de cultivo idóneo y se incrusta con la lógica interna y perversa del individualismo meritocrático, haciendo de los incentivos y las recompensas instrumentos que legitiman la soberbia de los ganadores y la humillación de los perdedores. En este contexto el populismo florece como una respuesta autoinmune de la base obrera, que a juicio de Piketty no es otra cosa que un llamado de auxilio de la socialdemocracia del siglo XXI, aunque la figura de los populistas se mantiene en una posición debidamente cuestionable.

Sobre los límites morales del mercado Sandel retoma discusiones previamente analizadas en *What Money Can't Buy*. En este trabajo Sandel concluye que hay cosas que el dinero no puede comprar como amigos y premios Nobel, pero que institucionalmente puede comprar, como órganos o tiempo ajeno, aunque quizá no debería (Sandel, 2013, p. 96). La tendencia privatizadora de los bienes

correspondientes a derechos fundamentales como la salud, la educación o la vivienda, ha provocado fenómenos sociales que Sandel procura explorar con precisión. Desmercantilizar los derechos tiene sin duda implicaciones en torno a la igualdad, pero esto no resuelve el problema de las fronteras donde los derechos se convierten en lujos. La mercantilización de los derechos, como los salarios excesivos a los médicos de los Estados Unidos, contrastan con los sistemas de salud europeos donde los médicos hacen un buen trabajo aunque su ingreso no es igual de exagerado. Desde luego, la crítica radica en los valores que compromete mercantilizar derechos sociales como la educación, la salud, o la vivienda. Otorgar incentivos a los profesores por las calificaciones que asignan a sus estudiantes compromete seriamente la calidad académica que se sacrifica por las métricas de efectividad institucional. Las cifras cualitativas de las instituciones privadas se maquillan fácilmente cuando están supeditadas a las métricas de efectividad, pero aún con ello logran superar las condiciones precarias que supone la enseñanza pública con extenuantes trabajos administrativos y de gestión.

Ciertamente la desigualdad política está directamente relacionada con la desigualdad económica y es resultado de varios factores tanto internos como externos. Los internos pueden ser tantos como las cualidades individuales y no dependen directamente de la voluntad deliberada de los individuos, sino que resultan de las condiciones genéticas, culturales, y sociales que constituyen a cada uno, aquello que Bourdieu habría referido con distintos tipos de capital (Bourdieu y Passeron, 1996). Los externos se deben a las reglas públicas en las que se desarrollan estas condiciones individuales. Dworkin pone un buen ejemplo para proyectar la cantidad de ámbitos en los que los contextos predisponen las circunstancias de desigualdad: incluso si todos los ciudadanos de una comunidad tuvieran la misma probabilidad de cometer un delito, las condiciones variarían: los ricos serían blanco fácil para ser acusados de actos monopólicos, mientras que los pobres de vivir debajo de puentes. Si se distingue a las personas por su temperamento, los pasionales cometerían ciertos delitos mientras que los codiciosos otros (Dworkin, 2017, p. 121).

2.3. Igualdad humana: dignidad, respeto, reconocimiento y estima

Sandel sostiene una crítica sistemática en contra de la meritocracia por razones de dignidad. Si bien no desarrolla en profundidad una teoría del mérito en la discusión del diálogo, hay que reconocer que en *El liberalismo y los límites de la justicia* ya había detallado varias consideraciones sobre el mérito institucional coincidiendo en alguna medida con la propuesta de Rawls (Rawls, 2001, p. 72). Una vez que las reglas de competencia han sido debidamente reconocidas e institucionalizadas, existe el deber formal de cumplir con las expectativas que legítimamente han sido formuladas en los individuos (Sandel, 2000, pp. 116–117). No obstante, desde su propuesta más reciente, Sandel ha mantenido abierto un espacio indeterminado entre la cualificación necesaria para conseguir buenos resultados con la desigualdad sustantiva que impide acceder a condiciones de igualdad en la competencia a algunos de sus miembros. En *La tiranía del mérito*, Sandel es frontal y apuesta abiertamente por desmantelar la máquina clasificadora y destinar la función clasificadora a la suerte (Sandel, 2020, pp. 235–243).

Ciertamente la falta de movilidad social intergeneracional es un problema relevante, pero su ofensiva contra la meritocracia como sistema de distribución y asignación de bienes se dirige hacia la corrupción de los valores sociales y del deterioro que ello provoca en la moral pública. El coste de este enfoque es que por ahora Sandel no parece haberse comprometido con una postura sobre cómo se puede resolver la asignación de posiciones técnicas sin remitir el proceso a preceptos de mérito. Queda

pendiente cómo se han de garantizar los procesos de asignación sin tomar como referencia las condiciones mínimas de cualificación que deben de garantizarse en el ejercicio de un determinado campo científico o social.

Prescindir de los méritos para evaluar la formación académica de un piloto implica aceptar que un improvisado conduzca un vuelo solo sobre la base de las desigualdades sustantivas que le han negado el acceso a esa formación. La complejidad de concluir el grado de medicina no faculta a un suspenso de las asignaturas elementales a justificar la mala praxis o la negligencia. Parece pues, que hay una laguna en el discurso debido a que no se alcanzan a distinguir las consecuencias fácticas del mérito como cualificación respecto del mérito como reconocimiento moral.

Es verdad que Rawls habría allanado el camino para rechazar cualquier forma de merecimiento moral. En *A Theory of Justice* el rechazo al mérito parecía más radical cuando Rawls sentenció que: «Nadie merece el lugar que ocupa en la distribución de activos naturales, como tampoco merece su lugar inicial en la sociedad» (Rawls, 2012, p. 288). Posteriormente, Rawls añadió un matiz importante: Si bien es consistente en deslegitimar los merecimientos individuales, admite a las expectativas legítimas o a las reglas públicas de competencia como elementos necesarios para el ejercicio de la libertad individual (Rawls, 2001).

3. Análisis crítico

Ahora bien, no hay que obviar que en el diálogo la tesis de Sandel se mantiene guarecida en el polo del comunitarismo, enfocando los esfuerzos en una crítica abierta a la corrupción de los valores sociales colectivos como resultado de las desigualdades provocadas por la lógica perversa de la meritocracia. No obstante, ante estos presupuestos hay que mantener bajo alerta ciertas cautelas: la intención de reivindicar un modelo de vida buena que limite *ex ante* las distintas configuraciones de la libertad corre siempre el peligro de servir como un preludio para consolidar posiciones ultraconservadoras con un riesgo latente de imponer ideales autoritarios que faculden a los déspotas a ejercer el monopolio de la fuerza con una justificación material de fondo. Esta estructura ideológica con frecuencia parte del supuesto de una evidente interferencia de principios colectivos en el texto constitucional en conjunto con los valores morales del bien común, con el fin de que los gobernantes puedan ejercer su dominio sin las restricciones de los jueces o los funcionarios que, en el afán de proteger libertades individuales, poco representativas, contribuyen a erosionar los valores esenciales de la comunidad y por tanto, las bases del pacto social expresado en los textos constitucionales (Vermeule, 2020).

Ante estos embates al liberalismo, hay que reconocer que ciertamente ha permitido la construcción de nichos que resguardan las desigualdades provocadas por las diferencias raciales, las distintas formas de orientación sexual, así como las condiciones sociales; al tiempo que ha puesto en la mesa problemas de índole mundial que afectan a todos como el calentamiento global, o del teletrabajo *offshore*. Con todo, esta crisis no encuentra una solución, de manera que este gradual incremento en la influencia del liberalismo en el mundo, o incrementalismo liberal en términos de Fukuyama, ha resultado en un fracaso a la hora de aportar soluciones a los desafíos que enfrenta la sociedad (Fukuyama, 2022, pp. 138–139). Ciertamente una de las deudas más representativas del liberalismo radica en ofrecer soluciones para garantizar las libertades en igualdad de oportunidades. Este vacío es sin duda el origen del problema entre el mérito y la meritocracia.

3.1. Mérito vs. meritocracia

En la discusión con Piketty, Sandel no distingue con detalle al mérito como un criterio de eficiencia pública, respecto de la meritocracia como un sistema clasificador y corrosivo de los valores comunitarios. La solución del azar ofrecida como criterio de asignación de bienes y posiciones en *La tiranía del mérito* parece insuficiente aun a seis años de su publicación y de la pandemia.

Esto puede explicarse debido a que la asignación de bienes, recompensas y posiciones basada en el mérito mantiene un esquema regulatorio de prelación entre la capacidad, el esfuerzo, los resultados, que en algunos casos incluye también el nivel de riesgo para el desempeño de algunas actividades. Sandel denuncia razonablemente que si la lógica de este esquema permea en la estructura básica de la sociedad, este sistema de distribución agudiza y amplía la brecha de la desigualdad social intergeneracional debido a que corrompe los valores de la comunidad, a la par que incrementa las desigualdades estructurales intergeneracionales en términos de renta y riqueza. La suerte, el entorno e incluso la genética tienen una carga importante que desestabiliza los postulados de la responsabilidad moral individual sobre los logros personales. Con todo ello, Sandel se posiciona en contra de la idea de que los individuos son responsables del producto de sus buenas o malas decisiones. Sin embargo, rechazar la responsabilidad moral involucra una crítica importante que ha recibido Rawls primordialmente por parte de Dworkin. Como advierte Rodolfo Vázquez, hay un déficit de responsabilidad que se reprocha a la idea del acervo común propuesta por Rawls (Vázquez, 2019, p. 66) y que tanto Sandel, como Dworkin y Sadurski reprochan a Rawls (Sadurski, 1950). No obstante, el sistema meritocrático promueve la creencia de que el éxito personal se debe a decisiones deliberadas y rehuye a la carga importante que tiene sobre ellos el azar, el entorno o la genética, por lo que este ideal meritocrático representa un efecto nocivo y patológico. Esto explica la dureza expresada en la crítica de Sandel a la meritocracia como sistema de distribución, al grado de que considera a los valores meritocráticos del éxito como «el acompañamiento moral de la globalización neoliberal» (Piketty y Sandel, 2025, p. 51). No obstante, la discusión no resuelve el cuestionamiento sobre las condiciones mínimas de cualificación que debe tener el navegante de un barco, el tripulante de un avión, o el cirujano en el quirófano, de quienes se exige un nivel de precisión técnica que sólo es posible asignar en términos de competencia.

3.2. Contrastes de la igualdad: solidaridad comunitaria y cooperación frente al individualismo competitivo

Los postulados del mérito son compatibles con los ideales del liberalismo particularmente por el componente de imparcialidad y trato igual en las reglas de competencia. En contraste, la cooperación materializa el deber moral del igualitarismo, o los valores solidarios del comunitarismo, por ello las reglas estructurales de la competencia son a menudo incompatibles con los valores de la cooperación. Ciertamente la disparidad salarial entre las profesiones que demandan cualificación técnica frente a las artes y los oficios mantiene un margen de arbitrariedad que debe ser analizado con cautela. Sandel denuncia la falta de interés en la inversión de escuelas de plomeros, electricistas o herreros con el mismo nivel de interés que se invierte en la investigación o enseñanza pública.

A juicio de Sandel la preconización de la formación académica sobre los oficios abona a exacerbar el discurso meritocrático que divide a inferiores y superiores a partir de las habilidades que se derivan de las oportunidades. Esta patología expresa

el malestar social que Sandel critica y discute porque prolonga los malestares colectivos que provoca la meritocracia (Piketty y Sandel, 2025, pp. 68–69).

Esta crítica es la expresión del punto de quiebre que hace incompatible el pensamiento de Sandel con el liberalismo de Rawls. De hecho, la falta de una concepción de vida buena en Rawls es quizá el reproche más representativo por el que se desechan los dos principios de la justicia como solución a este problema. Sandel sostiene que no es posible separar los principios de la justicia distributiva de cuestionamientos sobre vida buena (Piketty y Sandel, 2025, p. 76).

Esta discusión es abundante y copiosa en *El liberalismo y los límites de la justicia* (Sandel, 2000), aunque en este breve diálogo quedan confusos y pendientes algunos de los principales temas que doctrinal y teóricamente fueron planeados previamente por Sandel en su obra escrita. Al término del diálogo y a manera de un epílogo, quedan en el tintero brevemente esbozados algunos temas abordados periféricamente: la migración, el cambio climático, e incluso el futuro de la izquierda. Sin embargo estos asuntos no reciben proporcionalmente la relevancia que tienen las variantes de la igualdad económica o política, o de dignidad.

No obstante, de todo el debate algo resulta evidente: el concepto de igualdad no puede deslindarse de sus tres formas sino que estas se mantienen estrechamente relacionadas. La renta y la riqueza se vinculan con las capacidades de ejercer libremente los derechos civiles y políticos y el ejercicio de estos queda abiertamente acotado por criterios distintos y difíciles de conciliar como la igualdad de oportunidades, la necesidad, o el mérito. Al final, las condiciones de igualdad están determinadas por las diferencias, y son precisamente estas diferencias las que mediante los derechos persisten en la búsqueda incesante por la igualdad.

Bibliografía

- Banerjee, A.V., y Duflo, E. (2023). *Repensar la pobreza*. Taurus.
- Berlin, I. (1998). *Cuatro ensayos sobre la libertad*. Alianza.
- Bourdieu, P., y Passeron, J. C. (1996). *La Reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*. Fontamara.
- Dworkin, R. (2017). *Una cuestión de principios*. Siglo XXI. Buenos Aires.
- Ferrajoli, L. (2019). *Manifiesto por la igualdad*. Trotta.
- Fukuyama, F. (2022). *El liberalismo y sus desencantados*. Ariel.
- Hegel, G.W.F. (2005). *Lecciones sobre filosofía de la Historia Universal*. Tecnos.
- Piketty, T. (2015). *El capital en el siglo XXI*, trad. de Eliane Cazenave-Tapie Isoard. FCE.
- Piketty, T. (2023). *Naturaleza, cultura y desigualdades*. Anagrama.
- Piketty, T. y Sandel, M. (2025). *Equality. What It Means, and Why It Matters*, Polity Press.
- Rawls, J. (2001). *Justice as Fairness. A Restatement*, Harvard University Press.
- Rawls, J. (2012). *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores González. FCE. [1971].
- Rousseau, J.-J. (2019). *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*. Gredos.
- Sadurski, W. (1950). *Giving Desert is Due*. Reidel Publishing Company. Dordrecht.
- Sandel, M. (2000). *El liberalismo y los límites de la justicia*. Gedisa.
- Sandel, M. (2013). *What Money Can't Buy. The Moral Limits of Markets*. FSG.
- Sandel, M. (2020). *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Penguin.
- Sen, A. (2003). "Equality of What?", en *Inequality Reexamined*. Oxford Academic.
- Stiglitz, J. (2024). *La gran brecha. Qué hacer con las desigualdades sociales*. Taurus.
- Varoufakis, Y. (2024). *Tecnofeudalismo*. Deusto.

- Vázquez, R. (2019). *Teorías contemporáneas de la justicia*. IJ UNAM.
- Vermeule, A. (2020). "Beyond Originalism". *The Atlantic*, 31 de marzo, disponible en: <https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2020/03/common-good-constitutionalism/609037/> (fecha de consulta: 02 de marzo de 2026).
- Zuboff, S. (2021). *La era del capitalismo de la vigilancia*. Paidós.

Entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada a la educación. Notas críticas sobre Educar para pensar. Del Emilio a la era digital, de Rodolfo Vázquez

(2025) Trotta
Madrid, 319 pp.

Juan Jesús Garza Onofre
*Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Nacional Autónoma de México (IIJ-UNAM)*
ORCID ID 0000-0002-3011-1014
garza.onofre@unam.mx

Ainhoa Suárez Gómez
*Centro de Estudios Mexicanos
Universidad Nacional Autónoma de México-Francia (UNAM-Francia)*
ORCID ID 0000-0002-1402-5052
asuarez@francia.unam.mx

Cita recomendada:

Garza Onofre, J.J. y Suárez Gómez, A. (2025). Entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada a la educación. Notas críticas sobre Educar para pensar. Del Emilio a la era digital, de Rodolfo Vázquez. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 30, pp. 465-484.

DOI: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2026.10399>

Recibido / received: 10/03/2026
Aceptado / accepted: 06/04/2026

Resumen

Este artículo ofrece una lectura crítica de *Educación para pensar, Del Emilio a la era digital*, el reciente libro de Rodolfo Vázquez –figura central de la filosofía jurídica latinoamericana contemporánea– situándolo en la frontera entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada al campo educativo. A partir del análisis de los apartados dedicados a Kant, Arendt y Nussbaum, se reconoce la solidez normativa del proyecto liberal igualitario que articula la obra, aunque, al mismo tiempo, se advierte que varias de sus tesis permanecen en un plano prescriptivo y que su traducción pedagógica e institucional aparece menos desarrollada. El texto cuestiona, además, si el liberalismo es suficiente para responder a



desigualdades estructurales, transformaciones tecnológicas y crisis contemporáneas de la universidad.

Palabras clave

Filosofía, filosofía del derecho, Rodolfo Vázquez, educación, liberalismo, Kant, Arendt, Nussbaum.

Abstract

This article offers a critical reading of Educar para pensar, Del Emilio a la era digital, the recent book by Rodolfo Vázquez—a leading figure in contemporary Latin American legal philosophy—placing it at the intersection between a philosophy of education and a philosophy of law applied to the educational sphere. Focusing on the sections devoted to Kant, Arendt, and Nussbaum, the article acknowledges the normative strength of the egalitarian liberal project that structures the work. However, it argues that several of its central theses remain at a largely prescriptive level, while their pedagogical and institutional translation is less fully developed. The article further questions whether liberalism, in its current formulation, is sufficient to address structural inequalities, technological transformations, and the contemporary crises facing the university.

Keywords

Philosophy, philosophy of law, Rodolfo Vázquez, education, liberalism, Kant, Arendt, Nussbaum.

SUMARIO. 1. Introducción. Esto no es una reseña ni un *laudatio*. 2. «Educar para pensar. Del Emilio a la era digital». Estructura y metodología de la obra. 3. Nuestro recorrido. 4. Kant. 5. Arendt. 6. Nussbaum. 7. Algo que decir sobre educar en la era digital. 8. Conclusión: Entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada a la educación en el liberalismo.

1. Introducción. Esto no es una reseña ni un *laudatio*

Tanto por razones sustantivas como adjetivas que conviene hacer explícitas desde el inicio, es pertinente advertir que cualquier persona que se adentre en las siguientes páginas no encontrará en las mismas una reseña del libro *Educar para pensar. Del Emilio a la era digital* (Vázquez, 2025), tampoco un *laudatio* de quien lo escribió, el profesor Rodolfo Vázquez.

Respecto a la primera dimensión, es decir, en cuanto a la noble labor de reseñar textos académicos en revistas científicas, habrá que mencionar que materialmente resulta un tanto contraintuitivo describir de forma sucinta una obra cuya principal reflexión se trata sobre un proceso que invita a la formación del juicio, antes que la simple recopilación de contenidos. Esto, en todo caso, es lo menos educativo que existe para alguien que intente aproximarse a un proyecto que pretende despertar la capacidad de pensar por cuenta propia, ejercitar la autonomía crítica y resistir la comodidad intelectual de fórmulas preestablecidas. A las razones sustantivas se suman las formales. Desde hace varios meses —concretamente a partir del número 26—, esta revista ha transformado sus criterios y expectativas editoriales en torno al género de la reseña. Los motivos, quizá, no puedan ser otros que la facilidad e incluso la trampa con la que se podría realizar una reseña de cualquier texto que exista sin que necesariamente se haya leído o analizado. Esto, claramente, en ocasión de la intempestiva irrupción de la inteligencia artificial generativa en el mundo académico, así como de la sorprendente sencillez con la que un conjunto de códigos y algoritmos pueden arrojar síntesis, paráfrasis o comentarios plausibles a partir de unos cuantos comandos programados de forma previa. Sin entrar, por ahora, en las implicaciones

éticas y epistémicas de tal fenómeno (ni en el modo en que esto reconfigura las condiciones mismas de la escritura universitaria e incluso de la educación en un plano más general), lo cierto es que la nueva exigencia editorial obliga a repensar el sentido de la reseña como ejercicio intelectual, antes que como un producto automático; como práctica de lectura responsable, situada y genuinamente crítica.

En cuanto a la segunda dimensión que niega el género del *laudatio*, conviene igualmente precisar que estas páginas no pueden ni deben decantarse por el homenaje. Como se sigue de una larga tradición en la elaboración de reseñas, no siempre resulta sencillo trazar la línea que separa a estas del tributo, pues lo más fácil, frente a un proyecto que ha llevado años de reflexión y elaboración intelectual, es ceder a la lógica celebratoria y clausurar prematuramente el ejercicio crítico. En todo caso, para eso están los seminarios previos, los consejos, las charlas y los cafés con colegas en los que quien redacta va sedimentando ideas, contrastando argumentos y afinando posiciones antes de exponerlas públicamente. Pero por el peso y la densidad de ese proceso, lo que a continuación se escribe no puede renunciar a su función evaluativa, pues su sentido busca someter la obra a una nueva interpretación, a la luz de las trayectorias y contextos culturales de quien la lee.

Cuando la lectura se entrelaza con una trayectoria como la de Rodolfo Vázquez, no se espera sumarse a una lógica de reconocimiento acrítico, ni elaborar una pieza destinada a subrayar méritos personales. Y es que la integridad de su obra ha sido, durante décadas, un esfuerzo sostenido por vincular la filosofía del Derecho con una preocupación cívica por la educación, la democracia y la justicia. De ahí que cualquier aproximación que se limite al elogio resultaría insuficiente y, en cierto sentido, impropia de aquellas personas que hemos encontrado en su pensamiento un referente académico y una invitación permanente a ejercer la crítica como forma de responsabilidad intelectual.

A estas razones sustantivas se añaden otras de orden más concreto. La obra de Rodolfo Vázquez ha sido objeto de constantes homenajes académicos y su trayectoria ha recibido, con justicia, diversos reconocimientos institucionales. Basta recordar que hace diez años el Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (IIJ-UNAM) organizaron un coloquio académico dedicado al análisis y la discusión de su obra, con motivo de sus más de veinticinco años de vida intelectual. Aquel encuentro reunió a juristas, filósofos y académicos de diversas instituciones nacionales e internacionales, quienes reflexionaron sobre los múltiples registros y alcances de su pensamiento. Fruto de ese encuentro fue la publicación, al año siguiente, de *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez* (AA. VV., 2017) una obra homenaje en varios tomos que reúne una selección de textos estructurándolos a partir de diversos ejes temáticos. A ello se suma que en el último Congreso de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino, celebrado en Lima, Perú, el año pasado, una de las personas que suscriben este texto, presentó en el apartado denominado «Nuestros clásicos» (dedicado a la reivindicación de la tradición iusfilosófica latinoamericana y de aquellas figuras que han contribuido de manera decisiva a su consolidación) una ponencia titulada: *¿Cómo Rodolfo Vázquez se convirtió en Rodolfo Vázquez?* (Garza Onofre, 2025), lo que confirma que ese momento de reconocimiento y reconstrucción de una trayectoria ya ha sido transitado y que, por el momento, no es el propósito de estas páginas volver a recorrerlo.

A la luz de lo anterior, y para ubicar con mayor precisión el género del presente texto, conviene decir que se trata de una lectura situada, deliberadamente parcial y consciente de su punto de enunciación, que busca dialogar críticamente con una obra ya madura desde una tradición intelectual compartida. Resulta importante subrayar

que el objetivo es abrir un espacio de discusión que permita poner en tensión algunas de las tesis centrales del libro, contrastarlas con otros desarrollos contemporáneos y, sobre todo, evaluar su relevancia para los desafíos actuales de la educación. Lo que nos reúne es la voluntad de sostener un debate para pensar con y desde la obra, prolongando ese gesto crítico que la atraviesa y que constituye, quizá, una de las enseñanzas más perdurables del profesor Vázquez.

Tras estas advertencias, nuestro texto se organiza de manera sencilla. Primero reconstruimos la estructura y la estrategia argumentativa de *Educación para pensar*, con el fin de precisar sus supuestos y su modo de proceder. Enseguida exponemos el recorrido propio que adoptamos y, en apartados sucesivos, abordamos de manera específica a Immanuel Kant, Hannah Arendt y Martha Nussbaum, deteniéndonos en los núcleos conceptuales que consideramos decisivos en cada caso, además de incorporar una sección dedicada a la tecnología y la era digital. Finalmente, cerramos con una conclusión que recoge nuestras coincidencias y discrepancias, al tiempo que vuelve sobre la tensión de fondo que atraviesa la lectura.

2. «Educar para pensar. Del Emilio a la era digital». Estructura y metodología de la obra

En la antesala de su jubilación, Rodolfo Vázquez ha vuelto a reflexionar sobre el proceso educativo dentro de los marcos contemporáneos y modernos de la historia de la filosofía política occidental. El gesto no es casual, puede leerse como un retorno y, en cierto sentido, un cierre de su vasta trayectoria intelectual. No en vano habría que recordar que su tesis doctoral fue un estudio dedicado a fundamentar normativamente la educación desde una perspectiva liberal igualitaria, publicada más tarde bajo el título *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático* (1997).

Así, después de décadas dedicadas a la filosofía jurídica, las teorías de la justicia, los derechos humanos, la bioética y la laicidad, Vázquez retoma un tema que, aunque siempre estuvo latente en su obra –tanto por su sostenida preocupación por la autonomía moral y la formación de ciudadanía, como por la coherencia de una vida consagrada a la universidad–, adquiere ahora un estatuto explícito. Si la educación ha funcionado como presupuesto de sus constantes reflexiones, hoy se coloca al centro de su indagación en un escenario particularmente vulnerable y convulso, marcado, entre otras causas, por una esfera pública atravesada por el auge de pulsiones populistas, por la velocidad informativa que erosiona la mismísima noción de verdad y por una arquitectura digital que reconfigura los modos de atención, aprendizaje y juicio crítico.

Para hacer frente a este panorama tan complejo y enmarañado, Rodolfo encuentra en el regreso a los clásicos una respuesta coherente, pues se trata de textos que, en sus propias palabras, «te interpela[n] siempre, también hoy» (2025, p. 15). Se trata de obras que han trascendido épocas, ciclos y coyunturas, y que ofrecen esquemas conceptuales útiles para comprender las dificultades de fondo que reaparecen cada cierto tiempo bajo formas distintas. No es un determinismo histórico que acude a un repertorio de recetas prefabricadas, es la posibilidad de inscribir los dilemas del presente en una línea argumentativa más amplia y actualizarlos a la luz de los desafíos contemporáneos.

De modo que antes que invocación genérica a la tradición, a esa tentación de corte conservadora que postula que «los tiempos pasados siempre fueron mejor», el profesor Vázquez realiza una relectura de aquellas autoras y autores que delinearon su propio horizonte intelectual y refuerzan sus convicciones ideológicas, es decir, realiza una relectura de *sus* clásicos. Al reinterpretarlos, Rodolfo reconstruye una

genealogía personal y reactiva en el formato de una perspicaz conversación articulada a través de duplas de referentes teóricos que han sido fundamentales en la construcción y trayectoria de una visión que, aun sin tematizar siempre la educación de manera directa, ha configurado el marco conceptual desde el cual resulta posible comprenderla, evaluarla y transformarla.

Educación para pensar avanza a través de contrapuntos, organizados en tres grandes momentos del pensamiento occidental de los últimos siglos. El primero se sitúa entre las postrimerías de la Ilustración y la segunda mitad del siglo XIX, y pone en diálogo a Jean-Jacques Rousseau con Immanuel Kant; a Friedrich Schiller con Benjamin Constant; y a Alexis de Tocqueville con John Stuart Mill. El segundo se despliega desde antes siglo XX hasta el periodo de posguerra, convocando las interlocuciones entre Émile Durkheim y John Dewey; José Ortega y Gasset y Bertrand Russell; y Hannah Arendt e Isaiah Berlin. Finalmente, el tercer momento nos conduce hasta la actual era tecnológica, abordándose a partir de Luis Villoro y Ernesto Garzón Valdés, así como de Martha Nussbaum y Amy Gutmann. La estrategia es abiertamente comparativa, pues cada dúo permite iluminar problemas compartidos desde ángulos distintos y, a la vez, evidenciar desacuerdos relevantes sobre temas como la autonomía, la comunidad, la libertad o la educación cívica.

Cabe mencionar que trabajar en pares no es un recurso metodológico nuevo en la obra de Vázquez. Esto ya lo había ensayado en *No echar de menos a Dios. Itinerario de un agnóstico* (2021), donde el diálogo entre dos figuras servía tanto para articular una reflexión relativa a alguna temática en específico como para dar cuenta de la trama de influencias, rupturas y continuidades que configuran su propia ruta filosófica. Destacaba en esa obra, en particular, la creatividad para vincular autores que rara vez se leen de manera conjunta. Basta recordar los últimos capítulos, en los que Max Horkheimer y Albert Camus, o Ronald Dworkin y Octavio Paz, eran puestos en conversación, mostrando afinidades inesperadas entre la teoría crítica y la ética de la rebeldía, o entre la filosofía jurídica y la reflexión poética; evidenciando, más allá de sus diferencias disciplinares y contextuales, preocupaciones comunes en torno a la dignidad, la responsabilidad moral, la fe, el sentido de la justicia y la vida misma.

En continuidad con ello, este nuevo libro otorga a ese procedimiento un propósito más explícito, ya que uno de los méritos más visibles –aunque algunos puedan considerarlo excesivamente dicotómico– es su capacidad para mostrar tensiones entre visiones contemporáneas que suelen presentarse como excluyentes. La fricción entre autonomía y comunidad, entre universalismo y particularismo, atraviesa varios capítulos y funciona como hilo conductor de una reflexión que busca precisar qué significa, hoy, educar para pensar en sociedades plurales. De ahí que destaque la vocación integradora, ecléctica y hasta conciliadora del proyecto de Vázquez, cuyo propósito consiste en tender puentes y explorar puntos de convergencia que permitan enriquecer la comprensión de los dilemas educativos actuales. Nuestro autor realiza, en ese sentido, una lectura generosa y cuidadosa de las posiciones que examina, procurando analizar sus clásicos bajo su mejor luz; con un cariz interpretativo que privilegia la coherencia interna y la potencia de sus propuestas. Esta disposición por una racionalidad que busca comprender y matizar, resulta aún más significativa en un momento en el que los antagonismos y la polarización parecen marcar el ritmo de la vida en común, y en el que cualquier atisbo de centralidad corre el riesgo de ser leído como signo de debilidad, ambigüedad o falta de compromiso.

Ahora bien, en este punto de su trayectoria, lo cierto es que a Rodolfo Vázquez no puede reprochársele ingenuidad ni equidistancia. Su apuesta por la integración no supone neutralizar los desacuerdos ni borrar las tensiones que atraviesan las

tradiciones sobre las que escribe; por el contrario, las reconoce y las expone con claridad. La búsqueda de convergencias no implica renunciar a criterios normativos, sino ubicarlos en un lugar donde la discusión se sostenga en razones y no en alineamientos identitarios. No obstante, esa misma vocación integradora abre un espacio legítimo para la crítica. Porque si bien este esfuerzo evita el dogmatismo y la clausura prematura del debate, también puede eclipsar ciertos conflictos irreductibles: aquellas fracturas teóricas que no admiten síntesis sin sacrificar parte de su fuerza justificatoria. Esta advertencia, sin embargo, no socava el proyecto que *Educar para pensar* se propone. De hecho, permite reconocerlo como una empresa consciente de su propio posicionamiento: la última muestra de una trayectoria intelectual largamente madurada que condensa con claridad una reflexión anclada en la democracia constitucional, el pluralismo y la defensa de los derechos humanos, y que precisamente por ello gana en densidad conceptual y preserva su autonomía.

En esa medida, cabe preguntarse si reafirmar los fundamentos del liberalismo basta para incidir en las discusiones educativas actuales. La cuestión exige tensionar el proyecto de Rodolfo y examinar si la crisis del liberalismo democrático ha alcanzado también a la educación que ese modelo presupone. ¿Existe una propuesta pedagógica capaz de revertir, o al menos resistir, esa crisis, o la enseñanza permanece estructuralmente condicionada por el sistema que la sostiene? Si el modelo democrático liberal atraviesa un periodo de desgaste y pérdida de legitimidad, resulta razonable interrogar si la educación articulada en torno a sus presupuestos no comparte esa misma fragilidad.

Y es que si, como afirma el autor, el libro «apuesta por una educación que ponga los valores de complejidad, creatividad e interdisciplinariedad en el centro de su justificación normativa» (2025, pp. 15 y 16), esa declaración no alcanza a desplegarse bajo los esquemas que históricamente ha forjado el liberalismo. La idea es potente y pertinente; sin embargo, no se traduce en una discusión sistemática sobre la complejidad epistémica ni en un diálogo sostenido con otras disciplinas, mucho menos ofrece estrategias concretas para materializar esa interdisciplinariedad que se reivindica como valor cardenal. No es una objeción menor. Justamente, una de las grandes falencias del modelo liberal –esa que ha sido constantemente señalada por sus críticos más agudos–, consiste en su tendencia a formular principios en un alto nivel de abstracción sin descender con la misma claridad al terreno de las mediaciones institucionales concretas. Resulta llamativo, entonces, que una apuesta tan ambiciosa por la complejidad y la interdisciplinariedad no se aterrice en alternativas operativas o en estrategias específicas que permitan imaginar cómo se traducen esos valores en prácticas educativas reales, que impacten la vida de las personas que acuden a las aulas. Sin ese aterrizaje, la formulación corre el riesgo de permanecer en el plano declarativo, cuando lo que exige el contexto es una elaboración un tanto más encarnada.

El gran problema, entonces, no es la coherencia interna del planteamiento que postula la obra sobre la que escribimos, sino en la posibilidad de que el horizonte que lo sostiene esté hoy sometido a una tensión inédita. Si el liberalismo atraviesa un momento de fatiga histórica, tal vez sea necesario redoblar la apuesta, hacerse cargo de sus vacíos, reconocer sus deudas sociales y sus límites culturales. Antes que para abandonarlo, para repensarlo críticamente, radicalizar sus compromisos igualitarios y someter a examen sus propias categorías a la luz de un presente que plantea desafíos distintos a los que le dieron origen.

Lo que a continuación señalamos, en todo caso, son observaciones críticas formuladas desde una lectura atenta y comprometida con el proyecto que *Educar para pensar* reivindica. No buscan descalificar su arquitectura ni desconocer la solidez de

su entramado conceptual, más bien, buscan contribuir a la conversación que el texto mismo abre. Se trata de precisar algunos puntos donde las promesas programáticas podrían traducirse en desarrollos más concretos y donde el diálogo con el presente podría adquirir mayor espesor práctico. En ese sentido, nuestras objeciones no pretenden clausurar el horizonte liberal que sostiene la obra, sino empujarlo a desplegar con mayor compromiso las exigencias que él mismo enuncia.

3. Nuestro recorrido

El recorrido que propone Rodolfo en *Educación para pensar* es ambicioso tanto en el plano histórico como en el conceptual, aunque en esa amplitud inevitablemente se diluyen algunas tensiones que merecerían mayor desarrollo. Llama la atención, por ejemplo, que aun cuando ha hecho guiños a la teoría crítica –a esos autores respecto de los cuales alguna vez confesó en una charla informal que «uno lee y no puede más que estar de acuerdo con ellos»–, su diálogo con esas perspectivas permanece más insinuado que desplegado.

Dicho esto, el libro tiene virtudes difíciles de pasar por alto. Su amplitud de lecturas y su capacidad para articular tradiciones diversas permiten asomarse a autores en facetas menos transitadas y, a la vez, seguir el hilo de una preocupación que atraviesa todo el proyecto. Además, el texto actualiza debates contemporáneos y abre conversaciones sobre interdisciplinariedad, universidad y esfera pública. En lo formal, destaca, como en cualquiera de sus libros, la claridad expositiva y una prosa cuidada que vuelve accesibles discusiones densas sin perder rigor. Razones suficientes para pensar que estamos ante una obra que merece circular y discutirse con amplitud.

Por eso insistimos en la idea de los clásicos de Rodolfo Vázquez, es decir, *sus* clásicos, que no son necesariamente los nuestros. Pero también, a sabiendas de que Rodolfo empieza a convertirse él mismo en un clásico, elegimos dialogar con él desde algunos de nuestros propios referentes e inquietudes. Nuestro recorrido, aunque pudiera parecer selectivo, no es arbitrario.

Hemos decidido detenernos en Kant, Arendt y Nussbaum porque cada una de estas figuras permite iluminar el núcleo normativo de su proyecto. Kant no es una referencia más, es el eje que atraviesa su pensamiento; el ideal ilustrado del *Sapere aude* funciona como fundamento y horizonte. Arendt introduce la advertencia sobre los riesgos de una modernidad que sustituye el juicio por la eficacia y convierte la educación en engranaje productivo. Nussbaum, por su parte, desplaza la discusión hacia las condiciones materiales que hacen posible la autonomía, situando el debate en el terreno de las capacidades.

Vale la pena decir que hemos elegido un autor por cada época porque en sus ideas se condensan tensiones decisivas del libro. Existen apartados igualmente sugerentes –piénsese en Ortega o Garzón Valdés– que muestran la densidad intelectual de Rodolfo, su profunda generosidad y la forma en que sus clásicos han contribuido a configurar un ethos liberal consistente. Por reconocer esa coherencia es que nuestra lectura busca producir una fricción crítica. Si el pensar, como el propio Rodolfo sostiene, exige distancia, entonces la mejor forma de honrar su proyecto es criticarlo allí donde creemos que sus presupuestos liberales resultan insuficientes para dar cuenta de las transformaciones contemporáneas. Solo así puede sostenerse esa imagen del «educador como provocador» que Rodolfo vincula con la tradición kantiana.

Finalmente, incorporamos el apartado sobre tecnología, quizá porque no podemos permanecer en silencio frente a un escenario que altera la arquitectura misma del aprender, pero también porque, como bien enseña el profesor Vázquez, pensar en duplas –o al menos en diálogo– enriquece la reflexión. A pesar de lo que sugería Bobbio cuando, al revisar la obra de Mario Cattaneo sobre el positivismo jurídico, se preguntaba si el tres es siempre el número filosófico por excelencia –recordando que él mismo y Hart recurrieron a categorizaciones tripartitas–, al abordar la obra de Rodolfo ocurre algo distinto, y es que si no se encuentra un par con quien discutirla, uno corre el riesgo de sentirse incompleto. Probablemente allí también está el fundamento de esta coautoría.

4. Kant

La lectura que Vázquez propone de Kant en el apartado de la Primera Época de *Educar para pensar* se distingue por su estructura cartesiana y por un esfuerzo de reconstrucción conceptual. Así, más que limitarse a comentar pasajes aislados o a subrayar afinidades conexas en la obra del filósofo prusiano, nuestro autor despliega una interpretación que enlaza distintas piezas en torno al proceso de institucionalización educativa del ejercicio público de la razón. A partir de *¿Qué es la Ilustración?*, *El conflicto de las Facultades* y *Antropología en sentido pragmático* y *Pedagogía*, la lectura permite advertir cierta continuidad que no siempre parecería evidente en una aproximación independiente a tales obras. El resultado, no podría ser otro que el esbozo de una teoría kantiana de la educación.

Sin lugar a duda, el aporte de esta sección consiste en mostrar que, aunque Kant no desarrolló de forma explícita tal teoría, dejó bases normativas y reflexiones suficientes para delinear una concepción de la educación como formación moral y racional. En esa medida, la educación aparece como instrumento necesario entre disciplina inicial, autonomía futura y posibilidad de ciudadanía.

En la reconstrucción aludida, partiendo de *¿Qué es la Ilustración?*, Vázquez procede con agudeza al advertir que dicho movimiento cultural no debe entenderse como un episodio clausurado de la modernidad, proponiendo, más bien, comprenderlo como algo inacabado; una especie de tarea que recae permanentemente en ciudadanos activos (sujetos doctos) cuyo conocimiento se dirige al público en general. Ello se debe a que la libertad en el uso público de la razón constituye su elemento decisivo (2025, pp. 37 y 38). Y es que solo en la medida en que los sujetos puedan y deban asumir un ejercicio crítico de la razón se podría hablar de un progreso ilustrado.

Ahora bien, ese proceso no acontece de manera espontánea, requiere mediación. Por eso, pasando ahora a *El conflicto de las Facultades*, nuestro autor sigue de cerca a un Kant ya más cauteloso que el del texto anterior, para quien la orientación y formación de los individuos exige tanto la presencia de autoridad como un cierto tipo de enseñanza universitaria y de comunidad académica (2025, pp. 39 y ss.). Dicho entorno, cabe la pena recordar, estaba caracterizado, en la Prusia kantiana, por la tensión entre las Facultades superiores –Teología, Derecho y Medicina– y la Facultad de Filosofía: las primeras, vinculadas a los intereses del Estado, cumplían funciones normativas específicas; la segunda tenía la tarea de someter a examen de verdad y de razón a esas mismas disciplinas, mediante argumentos objetivos. De este modo, explica Rodolfo, la guía que la universidad ejerce sobre el pueblo se funda, para Kant, en el ejercicio crítico de una razón llamada a irradiarse como posibilidad futura de autogobierno racional, pues el pueblo suele dejarse conducir por «taumaturgos» o por «peritos que practican la chapucería»

(2025, p. 43), cuando debería ser la voz de quienes se atreven a pensar por sí mismos –los universitarios– la que interviene en el espacio público.

La formación que Kant postula exige dirección, reglas y límites, todo ello al servicio de su fin ulterior: la autonomía. Desde esa perspectiva, la educación no puede reducirse a la simple transmisión de contenidos, ni a su mera socialización; de ahí que Rodolfo insista en que una de las características más sugerentes de esta concepción institucional es su anclaje en la verdad y no en la utilidad. El papel de la universidad en el esquema kantiano consiste precisamente en abrir horizontes, desmontar prejuicios y ofrecer razones que puedan ser compartidas y discutidas públicamente; y por ello, la función de los doctos no es la de mandar, sino la de contribuir a crear las condiciones para que otros también salgan de la minoría de edad. Se trata, en última instancia, de una dialéctica exigente: sin formación no hay libertad efectiva y, sin orientación a la autonomía, la formación se convierte en tutela perpetua. La condición de posibilidad de esa dialéctica es la razón, entendida, como bien señala Rodolfo citando a Kant, como la «capacidad de juzgar con autonomía, esto es, libremente» (2025, p. 42). Una definición que encierra una exigencia precisa, pues si razonar significa pensar por cuenta propia conforme a principios, la universidad tendría que resguardar un espacio donde el juicio pueda ejercerse con verdadera independencia.

La reconstrucción que ofrece Vázquez de la propuesta kantiana es no solo convincente sino conceptualmente precisa: en torno a esa tarea, es decir, en torno a la labor de enseñar a pensar por cuenta propia, se ha definido, en buena medida, el sentido mismo de la institución universitaria a lo largo de su historia. No obstante, el problema emerge al confrontar ese ideal con la universidad contemporánea, en la que difícilmente puede afirmarse que la autonomía del juzgar se enseñe de manera consistente. En no pocos casos, la vida universitaria aparece absorbida por dinámicas burocráticas, métricas de productividad y criterios administrativos que desplazan la centralidad de la crítica. A ello se suma, en ciertos contextos, una relación cada vez más estrecha y complaciente con el poder político, que puede derivar en una suerte de romance institucional que debilita la distancia crítica que debería caracterizar esta institución. Así, algunas universidades corren el riesgo de convertirse en fábricas de títulos y cédulas, en engranajes funcionales a proyectos gubernamentales o económicos, antes que en espacios dedicados a la formación de sujetos capaces de pensar por sí mismos.

El trabajo de Rodolfo es muestra de un ejercicio histórico serio y una reconstrucción filosófica rigurosa, además de clara y generosa. La propuesta, nos parece, se mueve con una gran solvencia en el plano prescriptivo pero, al mismo tiempo, deja abierta una veta que sería fértil explorar más allá de sus páginas al preguntar, por ejemplo, por estrategias de implementación o pedagogías concretas que permitan materializar la autonomía que se defiende. El libro, es cierto, no es el espacio para desarrollar argumentos con ese nivel de detalle, pero una lectura tan cuidadosa y actual de Kant inevitablemente suscita la pregunta por las condiciones de posibilidad de esa propuesta hoy; por los mecanismos institucionales y las prácticas docentes capaces de traducir esa exigencia de autonomía en experiencias formativas efectivas.

En esa misma línea interpretativa, resulta interesante el esfuerzo de Rodolfo por matizar la imagen de un racionalismo kantiano excesivamente abstracto. Lejos de reducir su propuesta a un formalismo puro, el libro intenta rescatar una dimensión que podría ser una apología de la sensibilidad, en la que la imaginación y la memoria

cumplen una función decisiva al suministrar contenido a la razón (2025, p. 45). Así, la autonomía requeriría materiales, experiencias, narrativas y afectos que nutren el juicio. Lo que resulta llamativo de esta lectura de Rodolfo, es que permite pensar la autonomía menos como una instancia autosuficiente que como una práctica atravesada por condiciones empíricas que no son accidentales. Este desplazamiento, nos parece, encuentra un eco significativo en debates contemporáneos que han insistido en la dimensión encarnada y relacional de la vida ética – como el trabajo de Sara Ahmed (2015), que muestra cómo la agencia y la orientación de los sujetos están atravesadas por afectos, historias y condiciones materiales– y que han permitido subrayar que la autonomía, aun cuando conserve su pretensión normativa, requiere del reconocimiento de un trasfondo sensible que la concrete y la articule. La propuesta de Rodolfo puede leerse como una ampliación de las posibilidades interpretativas del concepto de autonomía a un horizonte donde la razón y la sensibilidad se implican en la configuración del juicio.

Ahora bien, esta lectura más compleja de la autonomía abre también una pregunta distinta, relativa a su inscripción institucional y política. Cabe preguntarse si en el trasfondo no persiste cierto optimismo liberal que confía en que una buena educación bastará para transformar las condiciones sociales. La formación crítica es indispensable, ni qué decir de la sabiduría entendida como «la idea del uso práctico de la razón con perfecta obediencia a la ley» (Vázquez, 2025, p. 46), aunque por sí solas difícilmente desmontan estructuras de dominación y relaciones de poder que exceden el ámbito escolar. La ausencia de un diálogo más explícito con perspectivas que problematizan la dimensión estructural del poder deja un flanco abierto.

En efecto, ya desde hace varias décadas se ha insistido en el hecho de que las instituciones educativas, además de ser espacios de formación ilustrada, también fungen como dispositivos disciplinarios inscritos en relaciones de saber y poder. Desde esa perspectiva, nociones como autonomía o pensamiento crítico no aparecen como categorías neutras, pues responden a determinados marcos ideológicos y políticos. Esto obliga a preguntar quién decide qué cuenta como pensamiento crítico y bajo qué criterios se establece esa medida. La universidad organiza tiempos, cuerpos y jerarquías, y en ese proceso también produce formas específicas de subjetividad. Reconocer esta dimensión exige pensar el ideal de autonomía a la luz de las estructuras de poder que atraviesan toda práctica educativa.

La insistencia en defender una educación para la autonomía puede generar cierta incomodidad cuando se percibe como excesivamente individualista, como si el horizonte formativo se agotara en la capacidad de cada sujeto para pensar por cuenta propia al margen de las condiciones sociales que lo constituyen. Por tal motivo, cuando Vázquez cita a Kant en su *Pedagogía* para hablar de la tríada cuidado, disciplina y educación (2025, pp. 50 y ss.), no creemos que convenga leerla como una secuencia progresiva y automática que, por el simple paso de una etapa a otra –por el perfeccionamiento de las generaciones en el arte de educar (Vázquez, 2025, p. 50)–, garantice la llegada al fin anhelado. Al contrario, ese tránsito puede verse interrumpido, condicionado o incluso frustrado por circunstancias históricas y materiales que no afectan a todos por igual. Y es ahí donde se obvia una cuestión decisiva: ¿quién es ese «estudiante», ese «ciudadano», esa «persona» que parece avanzar naturalmente hacia la mayoría de edad? Adriana Cavarero (2022), ha mostrado que la figura del sujeto autónomo universal kantiano encubre un particular muy preciso –el varón, blanco, europeo, erguido sobre sí mismo–, cuya experiencia se erige silenciosamente en medida de lo humano. Esa categoría abstracta encierra una promesa universalista valiosísima, pero corre el riesgo de invisibilizar diferencias

que no desaparecen por el simple transcurso del tiempo. Las desigualdades estructurales acumuladas desde entonces hasta hoy requieren luchas concretas, políticas públicas deliberadas, acciones afirmativas y prácticas de resistencia que transformen las condiciones reales de acceso al conocimiento y a la participación pública. Sin esas intervenciones, el ideal universal puede terminar funcionando como una ficción que proclama igualdad mientras convive con brechas persistentes.

Resulta necesario insistir en el tema de la desigualdad pues consideramos que pensar por uno mismo hoy no es solo un ejercicio intelectual, también es una posibilidad socialmente distribuida. El tiempo, los recursos, la seguridad, el acceso a educación de calidad y el reconocimiento público influyen de manera decisiva en quién puede ejercer efectivamente esa autonomía. Clase, raza y género atraviesan la experiencia educativa y condicionan la capacidad de participar en el espacio público de la razón; ignorar esta dimensión puede conducir a un planteamiento que, aun bien intencionado, presupone condiciones que no están igualmente disponibles para todas las personas.

El problema no es Kant, mucho menos Rodolfo, faltaba más. La fuerza del apartado reside en reactivar una tradición exigente que coloca a la educación en el centro del proyecto ilustrado y que reivindica la universidad como espacio de ejercicio público de la razón. La reconstrucción es necesaria en un momento en el que la institución universitaria parece extraviarse entre inercias administrativas y compromisos utilitarios. Sin embargo, justamente porque la apuesta es ambiciosa, la discusión no puede detenerse ahí. Tomar en serio la autonomía como horizonte formativo implica preguntarse por sus límites históricos y por las relaciones de poder que atraviesan toda práctica educativa. Implica también interrogar quién es el sujeto que se presupone capaz de recorrer ese camino y reconocer que la mayoría de edad nunca es un destino garantizado. La irrupción de populismos autoritarios, el resurgimiento de neofascismos y el desmantelamiento paulatino de instituciones democráticas muestran que el progreso ilustrado no es lineal ni irreversible. La autonomía puede retroceder, la esfera pública puede degradarse y la universidad puede ser cooptada.

En este sentido, el apartado dedicado a Kant deja abierta una agenda fértil. Insistimos, la tarea consiste en densificar el ideal ilustrado, situarlo históricamente y confrontarlo con las desigualdades persistentes y con las críticas contemporáneas que complejizan la noción misma de autonomía. Solo así la defensa de una educación para pensar podrá sostenerse como proyecto intelectualmente riguroso y políticamente consciente de los desafíos de su tiempo.

5. Arendt

La elección de Rodolfo por abordar a Hannah Arendt amplía y robustece el horizonte kantiano desde el cual se articulan las principales premisas del libro. Aquí vale la pena mencionar que no se trata de un añadido ornamental motivado por esa especie de renovada atención, o incluso cierta moda, que en los últimos años ha rodeado los análisis de Arendt sobre el mundo presente y su relación con fenómenos como el totalitarismo y la banalidad. De hecho, él mismo lo explicita al señalar que, a su consideración, después de Kant, nadie más que ella ha encarnado de manera tan nítida el *Sapere aude* (2025, p. 178).

Así, la incorporación en *Educar para pensar* del pensamiento de esta filósofa, a partir de sus obras *La condición humana* y *La vida del Espíritu*, responde a la necesidad de seguir entendiendo a la reflexión filosófica como fundamento práctico

para el mundo moderno, uno sin *polis*, uno en el que lo social sustituyó a lo político, y en tanto social, carece ya de su capacidad de organizar a los hombres de acuerdo con un interés común (Vázquez, 2025, p. 181). De este modo, coincidiendo con Rodolfo, resulta evidente que una de las lecturas más sugerentes de Arendt consiste en advertir que las consecuencias más profundas de la modernidad ha sido el desplazamiento del eje de la experiencia humana hacia el hacer, hacia la incesante productividad y eficacia, en detrimento de la contemplación o de la observación (2025, p. 183).

La centralidad de la *vita activa* ha reorganizado las prácticas sociales, transformando el modo en que nos dejamos interpelar por el mundo, y esa mutación tiene consecuencias directas en la forma en que concebimos la educación. En ese escenario emerge con fuerza la figura del *homo faber* (Vázquez, 2025, p. 183), el ser humano definido por su capacidad de fabricar, producir e intervenir técnicamente sobre la realidad. Dicho predominio implicó una alteración en preguntas fundamentales, pues el énfasis dejó de situarse en el «qué» y en el «por qué» para concentrarse en el «cómo». La cuestión de la finalidad o del fundamento cede terreno ante la preocupación por los procedimientos y los medios.

Pensar, así, parecería que se convierte en resolver problemas, optimizar recursos y perfeccionar mecanismos a costa de lo que sea. Vinculándolo al ámbito educativo actual, esta lógica se traduce en modelos centrados en competencias, habilidades transferibles, indicadores de desempeño, rankings y métricas de empleabilidad. La universidad pasa a concebirse como espacio de capacitación para el mercado, como engranaje que debe responder a demandas productivas inmediatas. En ese entorno, la pregunta por el sentido de lo que se enseña, por el tipo de mundo que se reproduce o se transforma mediante la educación, queda diluida, incluso olvidada, frente a la urgencia del beneficio. Es precisamente en este punto que la recuperación que Vázquez hace de Arendt adquiere un peso particular. Traer a la discusión la distinción entre labor, trabajo y acción permite interpelar un modelo educativo cada vez más orientado al adiestramiento técnico y a la formación de perfiles específicos. La educación, vista desde esta clave, antes que agotarse en la adquisición de competencias, debe abrir espacio para aquello que no se deja traducir inmediatamente en indicadores. Formar no es solo preparar para desempeñarse mejor, es habilitar para interrogar qué merece ser hecho, bajo qué criterios y con qué consecuencias.

Pese a ello, es aquí donde matizamos, pues la distinción entre la producción de verdades verificables y la interrogación por el sentido resulta fecunda, pero tal vez no siempre deba pensarse en términos estrictamente dicotómicos. ¿Se trata necesariamente de optar por una u otra? ¿Está la formación condenada a elegir entre la exactitud empírica y la reflexión filosófica? Plantearlo como alternativa excluyente puede reproducir la misma lógica que se pretende cuestionar. Y es que la producción de conocimiento verificable no es en sí misma reductiva, del mismo modo que la pregunta por el sentido no está reñida con el rigor. El desafío tal vez no consista en contraponer técnica y reflexión, sino en articularlas de manera que la verificación no eclipse la interrogación y que la búsqueda de sentido no desprecie la precisión. Se trata de una tarea compleja, exigente y siempre inacabada, pero necesaria si los marcos educativos postulados por Arendt y reinterpretados por Vázquez aspiran a ponerle cara al triunfo del *animal laborans* cuya hegemonía amenaza con reducir la vida humana a la mera satisfacción de necesidades y a la repetición incesante de ciclos productivos.

En este punto, comienza Rodolfo a interpretar *La vida del espíritu*, pues allí Arendt se pregunta qué hacemos cuando no hacemos nada más que pensar (2025,

p. 184), cuestión que sirve para reflexionar sobre el valor del pensamiento, ya que, en contraposición a lo antes dicho, pensar supone retirarse momentáneamente del flujo de la acción para interrogar el significado de lo que hacemos y de lo que somos y ese retiro es condición de posibilidad del juicio. En tiempos en los que todo es ruido y velocidad, en los que la obsolescencia programada nos empuja a consumir, actualizar y descartar sin pausa, el espacio para ese pensar se estrecha. La urgencia permanente, la cultura de la inmediatez y la presión por resultados generan un clima poco propicio para la reflexión. El diagnóstico de Arendt, recuperado por Vázquez, invita a ser prolongado: autoras como Remedios Zafra (2017) han mostrado cómo el entusiasmo por el trabajo creativo e intelectual en la era digital se convierte, paradójicamente, en combustible de la precariedad y la servidumbre voluntaria en la economía del conocimiento, añadiendo así una dimensión contemporánea al marco propuesto en el libro. Sin ese ejercicio silencioso, la acción puede volverse mecánica, adaptativa, incapaz de distinguir entre lo correcto y lo injusto.

Inmersos en ese contexto es donde la lectura de Rodolfo cobra especial fuerza, pues siguiendo a Arendt sostiene que atravesamos una profunda crisis de la educación (2025, p. 185); y dicha crisis se expresa en la pérdida del sentido de responsabilidad, que ha convertido al sujeto actual en un ser «distanciado del mundo» e integrado plenamente en una «sociedad de masas» (2025, p. 186). De modo que la tarea de la educación consistiría en restituir esa responsabilidad y asumir, en cierto sentido, una actitud conservadora respecto del mundo, entendida como preservación de lo común más que como inmovilismo. Por esa razón, para Arendt, dice Rodolfo, la educación es el punto en el que decidimos si amamos el mundo lo bastante como para asumir una responsabilidad por él y así salvarlo de la ruina (2025, p. 186). Así, al incorporar esta dimensión ética se pone en juego el futuro mismo, pues educar implica acoger a los recién llegados e introducirlos en un mundo que debe ser comprendido, cuidado y, con el tiempo, transformado de manera responsable.

Allí cobra sentido la distinción que nuestro autor recupera entre conocer y pensar. Conocer se orienta a la verdad, mientras que pensar se dirige al significado. Más que un instrumento para crear y conocer, el pensar es una inclinación, quizás una necesidad, para indagar y reflexionar más allá de los límites del conocimiento. Rodolfo completa la idea diciendo que «pensar es a la razón, lo que el conocer es al intelecto» (2025, p.188).

Por eso, tal vez, puede haber individuos muy inteligentes, expertos en su campo, capaces de manejar información compleja, pero al mismo tiempo incapaces de cuestionar las implicaciones éticas de sus actos. La incapacidad de pensar en ese sentido profundo, sostiene Arendt citada por Rodolfo, puede estar en el origen del mal, pues la maldad en la conducta podría explicarse, en última instancia, por esa misma falta de pensamiento (2025, p. 188). Pensar, en la lectura que recupera el libro, es ya en sí mismo una práctica ética y una exigencia política. De hecho, un par de páginas después Vázquez escribe: «No se trata de un juicio meramente cognitivo, sino de la facultad de discernir lo correcto de lo incorrecto, del «cuidar» y «observar de cerca» la realidad para ejecutar la acción discreta, sensata, recta, bajo tales principios inspiradores» (2025, p. 193).

Frente a ello, la pregunta por la educación se vuelve ineludible, ya que, si el mal puede brotar de la incapacidad de pensar, una institución que forma inteligencias técnicas y descuida el cultivo del juicio asume un riesgo latente. La universidad contemporánea puede estar graduando expertos altamente competentes y, al mismo tiempo, personas poco entrenadas en la deliberación moral. No se trata de añadir asignaturas filosóficas como complemento decorativo, se trata de habilitar espacios reales donde el pensar tenga lugar, donde se aprenda a interrogar el significado de lo

que se hace y a asumir responsabilidad por sus consecuencias. La universidad no es la simple facilitadora del mercado, pero tampoco puede permanecer ajena a él; su tarea consiste en formar criterio capaz de dialogar críticamente con esas fuerzas, no en someterse a ellas.

Aquí la apelación a Arendt resulta iluminadora, pero también exige ser radicalizada. Y es que pensar como práctica ética supone preguntarse qué se enseña, cómo se enseña, y, sobre todo, quién puede acceder a ese espacio y bajo qué condiciones. De poco sirve reivindicar el juicio y la responsabilidad si la institución que debería cultivarlos reproduce exclusiones o se pliega sin reservas a las demandas del sistema económico-financiero.

6. Nussbaum

Dentro de la Tercera Época que postula la categorización temporal del libro, elegimos detenernos en Martha Nussbaum porque las obras de su autoría que reinterpreta Rodolfo permiten articular de manera explícita aquello que en Kant aparecía como promesa normativa y en Arendt como advertencia política. Nos referimos a repensar una nueva educación liberal y democrática desde un giro más realista y menos abstracto, es decir, desde un desplazamiento que pregunta por las condiciones efectivas que hacen posible su ejercicio, el célebre giro hacia las capacidades.

Por eso, en un primer momento de la exposición, para nuestro autor resulta indispensable que se comprendan los alcances de ese desplazamiento conceptual (2025, pp. 250 y ss.). El enfoque de las capacidades –cuya arquitectura conceptual se debe a Amartya Sen, más tarde sistematizado con mayor precisión por Nussbaum– supone abandonar una visión de la justicia centrada exclusivamente en la distribución de bienes, recursos o necesidades mínimas, para colocar en el centro la pregunta por lo que las personas pueden efectivamente hacer y llegar a ser. No basta con estar educado, lo decisivo es que existan condiciones reales para contar con la capacidad de ser educado (Vázquez, 2025, p. 251). El cambio es relevante porque desplaza el eje desde la satisfacción pasiva de carencias hacia la expansión activa de libertades sustantivas, impactando de manera directa en la forma en que comprendemos la desigualdad. Así, mientras el lenguaje de las necesidades puede limitarse a asegurar umbrales básicos de supervivencia, el de las capacidades introduce una dimensión compleja e interrelacionada. De ahí que, si se quiere hablar de justicia, Nussbaum proponga una lista de capacidades mínimas que toda sociedad debe considerar y con las que contribuir para asegurar una buena vida (Vázquez, 2025, pp. 253 - 255).

En esa línea, buscando dejar atrás un cariz centrado en la disciplina y la mera acumulación de conocimiento, la propuesta educativa de Nussbaum se articula en torno a tres pilares estrechamente vinculados. El primero es el *autoescrutinio de inspiración socrática* (Vázquez, 2025, p. 256), una práctica exigente que combina rigor intelectual y responsabilidad cívica y en donde educar se empata con formar la capacidad de examinar las propias creencias, poner en cuestión tradiciones heredadas y sostener públicamente las propias posiciones mediante razones. El segundo pilar es la formación para una *ciudadanía cosmopolita* (Vázquez, 2025, p. 257), insistiendo en que la educación debe partir de la vida concreta de las personas, de sus problemas y aspiraciones compartidas, y no limitarse a reproducir esquemas institucionales abstractos, pues desde esa base cotidiana, local y regional, los contenidos curriculares se abren hacia una comprensión más amplia del mundo, fomentando la capacidad de interesarse por la vida de otros, reconocer interdependencias y pensar en términos de bien común. El tercer pilar es la *imaginación narrativa* (Vázquez, 2025, p. 259), en donde las artes y la literatura desempeñan un papel central, ya que cultivan la sensibilidad y permiten explorar

experiencias ajenas. Así, Nussbaum subraya la relevancia formativa de las emociones para ampliar el sentido de justicia, convirtiendo la escuela en un lugar en el que se puede y se debe desarrollar en el alumnado la capacidad de ver el mundo desde la perspectiva del otro, especialmente de aquellos a quienes la sociedad tiende a invisibilizar o menospreciar, promoviendo el pensamiento crítico y la habilidad y el coraje de expresarlo.

No nos cabe la menor duda de que es muy potente la decisión de Rodolfo de leer a Nussbaum en esta clave. La articulación que propone permite dar un paso más allá del ideal kantiano de autonomía, pues no basta con exhortar a pensar, es preciso crear las condiciones para que ese pensamiento sea posible. Sin embargo, y en continuidad con lo que señalábamos en el apartado dedicado a Kant, vuelve a surgir una inquietud similar: la arquitectura conceptual es sólida y el horizonte normativo resulta difícilmente objetable pero cuando se desciende al terreno de la universidad de hoy en día, la traducción pedagógica no aparece con la misma claridad.

El autoescrutinio socrático, la ciudadanía cosmopolita y la imaginación narrativa son pilares formativamente valiosos. Ahora bien, ¿cómo se cultivan en aulas saturadas, con grupos numerosos, planes de estudio anacrónicos y docentes precarizados y cansados de seguir cada cierto tiempo modas pedagógicas? ¿Cómo se promueve una imaginación narrativa robusta cuando las humanidades pierden espacio frente a disciplinas consideradas «productivas»? ¿De qué manera se fomenta la deliberación crítica en entornos donde el tiempo está fragmentado por cargas administrativas y exigencias burocráticas? Estas son preguntas complejas que no admiten respuestas simplistas ni recetas inmediatas. Cuando los problemas estructurales se enfrentan con soluciones retóricas o con consignas pedagógicas de moda, el riesgo es deslizarse hacia atajos que prometen mucho y transforman poco.

Por eso no es casual que, antes de cerrar el apartado, al aludir al papel de las emociones, Rodolfo vincule el tema con el auge de los regímenes populistas y con la erosión del juicio reflexivo tanto en contextos liberales como socialistas. El asunto ya asomaba desde el preliminar del libro con la referencia al llamado populismo educativo –en la línea de lo que señala Guevara Niebla–, entendido como la utilización de la política educativa como plataforma clientelar, como mecanismo de lealtades y recompensas, antes que como proyecto de transmisión cultural exigente, de justicia social estructural o de auténtica innovación tecnológica (2025, p. 12). Ahora bien, el problema puede ser todavía más delicado. Un mal entendimiento del enfoque de las capacidades y del papel formativo de las emociones podría deslizar la discusión desde el populismo educativo hacia una suerte de populismo pedagógico. Bajo esa deriva, el docente corre el riesgo de convertirse en animador, facilitador complaciente o terapeuta improvisado, trasladando la exigencia intelectual en nombre de la cercanía afectiva. Y ni qué decir de los directivos y tomadores de decisiones que transforman a las universidades en vitrinas de marketing institucional, en espacios obsesionados con la «experiencia» y la satisfacción inmediata, parques de diversiones donde se trivializa el conocimiento y se infantiliza al estudiantado bajo la premisa de hacerlo todo más «amigable» o «llevadero». Nada más distante, en realidad, del planteamiento de Nussbaum, quien nunca propone sustituir el rigor por la emotividad, sino integrar la formación emocional en un marco de argumentación pública, responsabilidad democrática y exigencia intelectual sostenida. El problema, de nueva cuenta, no reside en la teoría, sino en las condiciones institucionales y las interpretaciones interesadas o superficiales que pueden vaciarla de su potencia.

Conviene precisar, antes de continuar, que la crítica aquí expuesta no desconoce el género ni el propósito del libro. *Educación para pensar* es una obra de filosofía, no un manual de pedagogía, y sería un error evaluarlo con criterios que le

son ajenos. Dicho esto, precisamente porque sus tesis son sólidas y su diagnóstico es certero, se echa en falta un esfuerzo más sostenido por explorar el tránsito del plano normativo al institucional. En ese sentido insistimos –quizá más a manera de un llamado y una invitación para extender las reflexiones abiertas por la obra–, en que hoy resulta urgente aterrizar, organizar y reflexionar con mayor detenimiento sobre los dispositivos concretos que permitirían encarnar esas premisas en la universidad real: qué reformas curriculares, qué modelos de evaluación, qué condiciones laborales del profesorado, qué políticas de acceso y permanencia harían viable una educación orientada al desarrollo efectivo de capacidades. Sin ese puente el discurso filosófico corre el riesgo de quedar suspendido en el punto en que resultaría más fértil descender.

7. Algo que decir sobre educar en la era digital

Como colegas contemporáneos de Rodolfo, nativos digitales, no podemos guardar silencio ante el último capítulo, que él decide englobar en la llamada Tercera Época. Una etapa que, como advierte desde el preliminar, presenciamos en tiempo real y que se proyecta inevitablemente hacia las próximas décadas y cuyo desarrollo apenas comenzamos a dimensionar.

Ante la irrupción de la era digital, nuestro autor, evitando estridencias u optimismos infundados, adopta más bien una postura cautelosa, atenta a los riesgos de la exageración y a las tentaciones del catastrofismo (algo característico y, quizá, una de las principales virtudes del profesor Vázquez). En esa misma línea, afirma que no estamos viviendo –ni siquiera se vislumbra– una verdadera revolución educativa que implique una reconceptualización de fondo. De hecho, Rodolfo sostiene que el paradigma que ha orientado históricamente la educación bajo el ideal del *Sapere et agere aude* no ha sido desplazado y que no corresponde replantear el diálogo intersubjetivo desde una supuesta dimensión «transhumana» (2025, p. 281).

En este punto, creemos que la cuestión merece ser reconsiderada. No por suscribir relatos futuristas ni mucho menos por asumir que toda innovación técnica implica una ruptura radical, sino porque las transformaciones en curso parecen exceder el plano instrumental. Y es que se están produciendo cambios epistémicos, técnicos, culturales y antropológicos que atraviesan la experiencia misma del aprender. Se transforman y se trastocan los modos de atención, de memoria, de validación del conocimiento y de interacción con las fuentes de información; cuestiones no menores que inciden significativamente en la arquitectura del proceso educativo. No estamos ante una simple ampliación de herramientas. De hecho, la filosofía de la técnica ha mostrado que los dispositivos, antes que agregarse externamente a prácticas ya consolidadas, reconfiguran horizontes de sentido y estructuras de acción. Por ello, la discusión no puede limitarse a la intensidad del uso tecnológico, hay indicios de un cambio más profundo que obliga a revisar categorías modernas como la separación entre conocimiento y técnica, formación y producción, o razón y dispositivo.

Tal vez el núcleo ilustrado de la educación sigue siendo indispensable, pero lo que está en juego es si sus condiciones de ejercicio permanecen intactas o si, por el contrario, están siendo alteradas de manera irreversible. Por eso, cuando Rodolfo aborda la noción de pensamiento complejo a partir de Edgar Morin (2025, pp. 296 y ss.), subraya la necesidad de formar una inteligencia capaz de religar conocimientos, contextualizar problemas y aprender a convivir con la incertidumbre. En ese marco, la crítica al paradigma de la simplificación adquiere relevancia en un entorno digital que además de multiplicar la información disponible, ahora también la fragmenta y amplifica sesgos, dificultando una comprensión articulada de la realidad. Y es que

educar en complejidad supone superar la hiperespecialización y el aislamiento disciplinario. La defensa de una «tercera cultura» que acerque ciencias y humanidades es convincente en abstracto, y ejemplos como la bioética muestran con claridad que los problemas contemporáneos no caben en compartimentos académicos rígidos. No obstante, esta apelación nos obliga a formular preguntas incómodas, por ejemplo: ¿No deberíamos empezar a enseñar también a trabajar con herramientas como ChatGPT o Gemini? Tal vez la supuesta estabilidad en las formas tradicionales de transmisión del conocimiento ya no se sostiene como antes y lo que atestiguamos es el posible agotamiento de los supuestos pedagógicos que históricamente han funcionado o acaso resistido.

La cuestión de la vinculación intersubjetiva entre el ser racional y la máquina ya no puede plantearse en términos externos. Hoy el debate gira en torno a cómo las máquinas participan en procesos de razonamiento, decisión e incluso producción de sentido. Desde esa perspectiva, el capítulo final sobre los desafíos pedagógicos de la era digital devela un tono que roza la desconfianza frente a la tecnología. El problema no es si debemos proteger a los estudiantes de estas herramientas, la cuestión es cómo integrarlas críticamente en el proceso formativo. ¿Cómo invitar hoy a una joven a estudiar a Kant con ayuda de la inteligencia artificial? ¿Cómo plantear, a partir de un caso hipotético concreto, qué significa literalmente «educar para pensar» cuando el estudiante tiene acceso inmediato a un procesador capaz de producir argumentos, resúmenes y contraejemplos? Estas preguntas ponen a prueba el ideal formativo en condiciones inéditas.

Insistimos, por ende, en la dimensión institucional del problema. En este contexto, la interdisciplinariedad corre el riesgo de quedarse en una declaración aspiracional, pues el sistema premia al especialista microscópico y desincentiva al integrador. Criticar la racionalidad tecnocrática que domina el entorno digital obliga también a revisar las lógicas utilitarias que atraviesan la propia academia, muchas veces reproduciendo aquello que se cuestiona. De allí que el texto de Vázquez acierta al recordar que la ciencia asesora pero no sustituye el juicio político (2025, p. 300). Esa distinción es crucial en tiempos de desinformación y polarización. Con todo, como ya hemos dicho, formar pensamiento crítico requiere algo más que exhortaciones a la creatividad o a la apertura intelectual, esto exige condiciones materiales, tiempos académicos y estructuras institucionales que permitan la discusión, la lectura lenta y el contraste argumentativo; condiciones que hoy se ven tensionadas por demandas de rendimiento. Sin ese soporte concreto, el ideal de complejidad corre el riesgo de diluirse.

Educación en la era digital no es un asunto de simple adaptación técnica, es una cuestión de poder, de justicia y de diseño institucional. Si queremos que la universidad siga siendo relevante, paradójicamente, hay que pensar despacio, pero actuar rápido. Sin caer en posturas apocalípticas, es necesario reconocer que los fundamentos normativos están disponibles. Lo que está en juego es el modelo bajo el cual la universidad se inserta, se organiza y define su lugar frente a las transformaciones tecnológicas y económicas contemporáneas. Quizá el punto de mayor contraste no se encuentre tanto en las tesis particulares del libro de Rodolfo, cuanto en el horizonte normativo que las sustenta, inscrito en el liberalismo y su abordaje disciplinar. Sobre esa tensión versa, en última instancia, nuestra conclusión.

8. Conclusión: Entre una filosofía de la educación y una filosofía del Derecho aplicada a la educación en el liberalismo

Leer *Educación para pensar* obliga a volver sobre una distinción que atraviesa sigilosamente todo el libro y también nuestro análisis, nos referimos a la diferencia entre hacer filosofía de la educación y proyectar categorías de la filosofía del Derecho sobre el campo educativo. La cuestión no es de carácter analítica. Por el contrario, de ella depende el estatuto mismo de la obra. Así, ¿estamos ante una reflexión cuyo objeto central es la educación en su especificidad pedagógica, institucional y comunitaria, o ante una reelaboración de los fundamentos normativos del liberalismo igualitario que encuentra en la educación uno de sus escenarios más privilegiados?

En este punto resulta iluminadora, aunque también siempre polémica, la conocida distinción de Bobbio entre una filosofía del Derecho «de los filósofos» y una filosofía del Derecho «de los juristas» (Bobbio, 1977, 43 y ss.), pues si se traslada esa distinción al libro, la impresión que queda es que *Educación para pensar* se aproxima más a una filosofía del Derecho (en el registro de jurista) aplicada a la educación, que a una filosofía de la educación en sentido fuerte. El núcleo del texto no radica en una teoría pedagógica sistemática, ni en una reconstrucción transdisciplinaria del campo educativo, sino en la proyección de categorías normativas elaboradas en la tradición liberal igualitaria –autonomía, razón pública, deliberación, laicidad, igualdad sustantiva– hacia el ámbito formativo. La educación, de esa forma, aparece como espacio de realización de un ideal político y moral previamente definido.

Esa operación tiene virtudes evidentes. En un momento de desgaste democrático, de banalización del discurso público, de erosión de la esfera de la razón, incluso hasta de una cierta vergüenza liberal, insistir en la autonomía y en el pensamiento crítico constituye una intervención necesaria. El libro confirma la coherencia de una trayectoria que ha hecho del liberalismo igualitario un horizonte exigente. Rodolfo Vázquez se ha consolidado como una de las figuras más influyentes de la filosofía jurídica latinoamericana contemporánea, tanto por la solidez conceptual de su obra, como por su compromiso sostenido con la defensa de la democracia constitucional. Su trabajo ha contribuido a dar densidad filosófica a la cultura jurídica mexicana y regional, y eso no es un mérito menor. De hecho, es algo de lo que muy, pero muy pocos académicos pueden presumir. Rodolfo, fiel a su estilo, difícilmente subrayaría estos méritos; corresponde entonces a quienes hemos dialogado críticamente con su obra dejar constancia de esa influencia y reconocerla con nitidez. También habría que mencionar que su formación dual –como filósofo y como jurista– le ha permitido construir obras que se sitúan en un punto intermedio, a medio camino entre la fundamentación normativa y la reflexión aplicada.

Ahora bien, volviendo al tema medular que más nos interpela de esta obra, precisamente, por la centralidad que hacemos notar del liberalismo, la discusión se vuelve más apremiante. Cuando la educación es pensada desde categorías jurídicas y político-morales, su especificidad pedagógica corre el riesgo de quedar subordinada a un horizonte normativo previo. Un horizonte que la precede y la condiciona simultáneamente. El aula, la relación docente-estudiante, las dinámicas comunitarias del aprendizaje, las tradiciones pedagógicas críticas, los feminismos, las epistemologías no occidentales y las experiencias educativas situadas apenas aparecen. La pregunta por la emancipación permanece anclada en la figura del ciudadano ilustrado, liberal y autónomo. Una figura que no por casualidad ha operado históricamente como norma y como exclusión a la vez. De ahí nuestra inquietud de fondo: ¿puede ese horizonte dar cuenta de los procesos formativos que surgen en

contextos atravesados por desigualdades estructurales, violencias históricas, fracturas culturales profundas e intenso cambio tecnológico?

La insistencia liberal es, al mismo tiempo, la fortaleza y el límite del libro. Fortaleza, porque ofrece un eje articulador sólido en tiempos de confusión normativa. Límite, porque el marco permanece relativamente estable aun cuando las condiciones históricas que le dieron origen han cambiado de manera drástica.

Volviendo a Bobbio, podría decirse que la tensión no radica en la calidad del análisis, sino en el punto de partida disciplinar. Mientras una cierta filosofía del Derecho privilegia la coherencia normativa y la justificación de principios, una filosofía en sentido estricto exigiría un diálogo más sistemático con la pedagogía, con la sociología del conocimiento, con la teoría crítica y con las prácticas concretas de transformación institucional. El libro ofrece un diagnóstico lúcido y una defensa vigorosa de ciertos valores; el tránsito hacia dispositivos pedagógicos específicos, hacia mediaciones institucionales concretas o hacia una reconfiguración profunda de las formas tradicionales de transmisión del saber queda menos desarrollado.

No se trata de negar la potencia del liberalismo igualitario defendido por Rodolfo. Tampoco de exigirle a un libro lo que explícitamente no se propone hacer. Se trata de advertir que, en el cruce entre filosofía y filosofía del Derecho, la educación termina reafirmando un proyecto político-moral cuya matriz es reconocible desde hace décadas. La pregunta que queda abierta es si ese liberalismo necesita hoy ser radicalizado, reconfigurado, complementado con otras categorías en términos comunitarios, afectivos y materiales, o de plano, dejarlo atrás.

Si educar para pensar implica también pensar críticamente los marcos desde los cuales educamos, entonces el gesto más fiel al espíritu del libro es tensionar su propio horizonte normativo.

En última instancia, la cuestión no es si necesitamos menos liberalismo, sino qué tipo de formación puede sostener una comunidad democrática en condiciones históricas radicalmente distintas a aquellas que dieron origen a ese modelo. Allí se juega la diferencia entre formar ciudadanos compatibles con un modelo político determinado y formar personas capaces de transformar críticamente el orden existente. La obra de Rodolfo Vázquez abre ese debate desde la coherencia de una trayectoria intelectual mayor. Nuestra lectura intenta mantenerlo abierto, precisamente porque su figura y su obra merecen una interlocución a la altura de su influencia.

Bibliografía

- Ahmed, S. (2015). *La política cultural de las emociones*. UNAM.
- Bobbio, N. (1977). *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*. Edizioni di Comunità.
- Cavarero, A. (2022). *Inclinaciones: Crítica de la rectitud*. Fragmentos.
- Cerdio, J., Larrañaga, P., y Salazar, P. (Coords.). (2017). *Entre la libertad y la igualdad: Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez* (tomos I y II). Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Garza Onofre, J. J. (2025, junio). ¿Cómo Rodolfo Vázquez se convirtió en Rodolfo Vázquez? Ponencia presentada en el IV Congreso Internacional de Filosofía del Derecho para el Mundo Latino (iLatina), Lima, Perú.
- Vázquez, R. (1997). *Educación liberal. Un enfoque igualitario y democrático*. Fontamara.

- Vázquez, R. (2021). *No echar de menos a Dios: Itinerario de un agnóstico*. Trotta.
- Vázquez, R. (2025). *Educación para pensar. Del Emilio a la era digital*. Trotta.
- Zafra, R. (2017). *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*. Anagrama.