

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas
(editores)



David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer

**PODERES,
CONSTITUCIÓN Y DERECHO**

PODERES, CONSTITUCIÓN Y DERECHO

**David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo
y Jesús Ignacio Delgado Rojas**
(editores)

**David Sánchez Rubio
Pilar Cruz Zúñiga
David Vila-Viñas
Alexandre Bernardino Costa
Jesús Ignacio Delgado Rojas
Hernando León Londoño Berrío
Blanca Rodríguez Ruiz
Luísa Winter Pereira
Alfonso de Julios-Campuzano
Antonio Mesa León
Antonio Carlos Wolkmer**



FACULTAD DE DERECHO

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© De la obra: David Sánchez Rubio, Álvaro Sánchez Bravo y Jesús Ignacio Delgado Rojas

© De los textos: los autores

Primera edición, 2024

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 – 28015 Madrid

Teléfono (+34) 91544 28 46 – (+34) 91544 28 69

e-mail: info@dykinson.com

<http://www.dykinson.es>

<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1170-985-9

Depósito Legal: M-2655-2024

Preimpresión:

Besing Servicios Gráficos, S.L.

besingsg@gmail.com

Índice

INTRODUCCIÓN.....	13
--------------------------	-----------

David Sánchez Rubio y Jesús Ignacio Delgado Rojas

CAPÍTULO PRIMERO. SOBRE PARADIGMAS DE CONOCIMIENTO, PODERES Y TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO.....	17
--	-----------

David Sánchez Rubio y Pilar Cruz Zúñiga

1. INTRODUCCIÓN.....	17
2. TEORÍAS CRÍTICAS DEL DERECHO Y NUEVOS PARADIGMAS	21
3. ALGUNOS DISPOSITIVOS DE PODERES.....	25
BIBLIOGRAFÍA.....	37

CAPÍTULO SEGUNDO. ENTENDER EL PODER PARA INVESTIGAR SOBRE EL DERECHO. CUESTIONES DE MÉTODO Y GUBERNAMENTALIDAD	41
---	-----------

David Vila-Viñas

1. INTRODUCCIÓN.....	41
2. RACIONALIDADES JURÍDICOPOLÍTICAS HEGEMÓNICAS: UN ITINERARIO	42
3. OTROS ENFOQUES. EL DERECHO DE LAS PLANTAS ALTAS Y EL DERECHO A PIE DE CALLE.....	53
BIBLIOGRAFÍA.....	56

CAPÍTULO TERCERO. O DIREITO ACHADO NA RUA E O NEOLIBERALISMO DE AUSTERIDADE 61

Alexandre Bernardino Costa

1.	INTRODUÇÃO	61
2.	UMA IDEIA PERIGOSA	62
3.	A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A NOVA RAZÃO DO MUNDO	64
4.	NEOLIBERALISMO, UMA TEORIA CIENTÍFICA? QUAIS OS SUPOSTOS EPISTEMOLÓGICOS DA AUSTERIDADE?	66
5.	AUSTERIDADE – DEMOCRACIA E AUTORITARISMO	69
6.	O DIREITO ACHADO NA RUA.....	73
7.	CONSIDERAÇÕES FINAIS	77
	BIBLIOGRAFÍA.....	79

CAPÍTULO CUARTO. PODER TECNOLÓGICO Y POLÍTICAS PATERNALISTAS. LA GOBERNANZA ALGORÍTMICA A TRAVÉS DE *HYPERNUDGES* 81

Jesús Ignacio Delgado Rojas

1.	INTRODUCCIÓN.....	81
2.	BIG DATA COMO TÉCNICA DE REGULACIÓN EN EL DISEÑO PREVIO DE OPCIONES ELEGIBLES.....	82
3.	LA CRÍTICA A LOS <i>HYPERNUDGES</i>	88
4.	DE LA TOTAL TRANSPARENCIA A LA VIGILANCIA TOTALITARIA	97
5.	CONCLUSIONES	100
	BIBLIOGRAFÍA.....	101

CAPÍTULO QUINTO. PODER PUNITIVO, PENAS ILEGALES Y DEMOCRACIA 105

Hernando León Londoño Berrío

1.	INTRODUCCIÓN.....	105
2.	LAS PENAS ILEGALES EN EL MARCO DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA DE PRISIÓN Y DE LA PRISIÓN SIN CONDENA	106
3.	AVATARES DE LA “PENA ANTICIPADA” O “PRISIÓN SIN CONDENA”	114
4.	CONCLUSIONES	125
	BIBLIOGRAFÍA.....	127
	JURISPRUDENCIA.....	133

CAPÍTULO SEXTO. LA AUTONOMÍA REIVINDICA SU LUGAR CONSTITUCIONAL: INCURSIONES DEMOCRÁTICAS DESDE LO ÍNTIMO 135

Blanca Rodríguez Ruiz

1.	INTRODUCCIÓN.....	135
2.	CUATRO SENTENCIAS, UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL	136
3.	RAMIFICACIONES DE LA AUTONOMÍA: EL SISTEMA GÉNERO-SEXO, LO ÍNTIMO, LOS CUERPOS.....	141
4.	REFLEXIONES DE CIERRE: AUTONOMÍA E INTERSUBJETIVIDAD	151
	BIBLIOGRAFÍA.....	152

CAPÍTULO SÉPTIMO. LA RISA DE ROUSSEAU. LÍMITES ONTOLÓGICOS DEL CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA SIN CUERPOS..... 155

Luísa Winter Pereira

1.	INTRODUCCIÓN.....	155
----	-------------------	-----

2.	LA DEMOCRACIA SIN CUERPOS EN LA XIV LEGISLATURA ESPAÑOLA.....	157
3.	LA RISA DE ROUSSEAU EN EL CONSTITUCIONALISMO MODERNO/COLONIAL.....	161
4.	UNA PROPUESTA DE DEMOCRACIA CORPORAL COMO PRINCIPIO ANTIOLIGÁRQUICO	171
	BIBLIOGRAFÍA.....	175

CAPÍTULO OCTAVO. DERECHOS Y LIBERTADES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1812 179

Alfonso de Julios-Campuzano

1.	EL TRATAMIENTO DISPERSO DE LOS DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	179
2.	LOS DERECHOS COMO CLAVE INTERPRETATIVA DE LA CONSTITUCIÓN.....	181
3.	EL CATÁLOGO DE DERECHOS EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	184
4.	LOS DEBERES DEL CIUDADANO	191
5.	LA FELICIDAD DE LA NACIÓN Y EL BIENESTAR DE LOS INDIVIDUOS QUE LA COMPONEN	193
6.	TRADICIÓN Y MODERNIDAD EN LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ.....	196
	BIBLIOGRAFÍA	199
	DOCUMENTOS NORMATIVOS	201

CAPÍTULO NOVENO. LA IDEA DE UNA CONSTITUCIÓN GLOBAL EN EL PENSAMIENTO DE ALEXANDRE KOJÈVE..... 203

Antonio Mesa León

1.	INTRODUCCIÓN.....	203
2.	EL CONSTITUCIONALISMO COSMOPOLITA.....	206
3.	LA PROPUESTA DE KOJÈVE: EL ESTADO UNIVERSAL Y HOMOGÉNEO	210

4. CONCLUSIONES	220
BIBLIOGRAFÍA.....	221
CAPÍTULO DÉCIMO. PARA ALÉM DO ANTROPOCENO: O DIREITO HUMANO AO FUTURO	225
<i>Antonio Carlos Wolkmer</i>	
1. INTRODUÇÃO	225
2. CENÁRIOS DO ANTROPOCENO E SEUS REFLEXOS NA CONSTITUIÇÃO DE MARCOS NORMATIVOS	226
3. DESCOLONIZAR A TRADIÇÃO UNIVERSALISTA DOS DIREITOS HUMANOS	230
4. RESSIGNIFICAR DIREITOS HUMANOS COMO DIREITOS AO FUTURO: DO ANTROPOCÊNTRICO AO ECOCÊNTRICO	232
5. CONCLUSÃO	236
BIBLIOGRAFÍA.....	237

CAPÍTULO SEGUNDO.

Entender el poder para investigar sobre el derecho. Cuestiones de método y gubernamentalidad

DAVID VILA-VIÑAS¹

1. INTRODUCCIÓN

Si bien en el abordaje del derecho predominan los enfoques dogmáticos, cuando se adoptan enfoques más sociopolíticos, la dificultad reside en tratar el fenómeno jurídico sin relegar su especificidad (Calvo y Picontó, 2017: 19-21) ni, por supuesto, considerarlo un campo autónomo respecto a las relaciones de poder que lo delimitan y lo instan. Este último análisis puede realizarse desde dos perspectivas. En una escala micropolítica, cualquier expresión del fenómeno jurídico, como una reforma legislativa y su posterior interpretación jurisprudencial, puede analizarse dentro de un campo de fuerzas móviles, que componen el problema en relación con otros y cuyo juego de fuerzas lo desplaza de forma constante (Foucault, 1980: 199 y ss.). Sin embargo, en una escala más amplia, es posible analizar la dimensión estratégica de esas relaciones de fuerzas y qué implicaciones tienen sus configuraciones más estables para la situación del derecho en un lugar y momento determinados.

Conforme a esta premisa, una panorámica del campo de batalla nos devolvería escenas en las que la prevalencia de unas fuerzas sociales les ha permitido consolidar su posición, de lo que puede ser expresión alguna ley o algunas instituciones. En otras escenas, veríamos zonas muy disputadas hace décadas convertidas hoy en espacios baldíos porque las relaciones sociopolíticas más relevantes se han desplazado. En estas panorámicas, el derecho puede servir a la transformación social o, por el contrario, a la estabilización y conservación del *status quo*. A menudo tiene, de hecho, efectos ambivalentes,

¹ Investigador Ramón y Cajal del Dpto. de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Este trabajo cuenta con el apoyo de la ayuda para contratos Ramón y Cajal RYC2021-032948-I financiada por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR y de la Convocatoria de Atracción de Investigadores de Alto Potencial 2022, del VII Plan Propio de Investigación de la Universidad de Sevilla.

abriendo nuevos campos de posibilidades, pero dentro de los marcos y con las herramientas preexistentes. Sin embargo, lo que pretendo aquí es, en primer lugar, trazar una breve genealogía de las funciones actuales de estabilización que cumple el derecho. En otras palabras, de cómo hemos llegado hasta aquí o, lo que resulta muy próximo, cómo podríamos y podemos estar en otro lugar. En segundo lugar, trataré de señalar algunas cuestiones metodológicas para comprender el derecho de otro modo y señalar así vías por las que el derecho puede participar hoy de estrategias de transformación y ampliación de lo posible. Esto último debe servir también para justificar por qué nos conviene explorar con más atención esas otras rutas del derecho.

2. RACIONALIDADES JURÍDICO-POLÍTICAS HEGEMÓNICAS: UN ITINERARIO

Recorrer esta senda de las racionalidades jurídico-políticas a través de las que se despliega nuestro ordenamiento nos topa con el liberalismo y sus mutaciones durante los últimos dos siglos². A pesar de la sencillez con la que se suele presentar, esta racionalidad alberga en su interior una tensión entre dos vectores contradictorios, que gestiona mediante su ubicación en espacios sociales distintos y decorados para la ocasión: un *laissez faire* consagrado al mercado y un Estado de policía, operativo pero empujado fuera de los límites de aquél. Con esta tensión básica como punto de partida, el liberalismo opera a través de una serie de naturalizaciones paradójicas.

La primera es la del estado de civilización. La utilidad de esta noción es que se presenta como el resultado de un progreso contenido en la propia naturaleza humana –el autocontrol y la sublimación de la violencia como un logro evolutivo del triunfo de la conciencia sobre la pasión, del alma sobre el cuerpo (Elias, 1987)–, al tiempo que delimita, por contraste, un “estado de naturaleza”, un espacio de lo incivilizado en que puede alojar a los sujetos sobre los que es necesario ejercer mayores coacciones. Desde hace siglos, describir nuestro presente como una situación de civilización inscribe sus miserias en un marco teleológico de progreso que las justifica porque las ha domesticado y las disolverá, frente al estancamiento y el tiempo muerto del estado de guerra o de pura necesidad.

La segunda es la del mercado, como entramado institucional de intercambio entre sujetos libres e iguales. La paz de este mercado es, aunque peleada

² En Vila-Viñas (en prensa) he expuesto la base de la genealogía que resumo y desarrollo aquí en algunos puntos. Las referencias a las propuestas del liberalismo y del ordoliberalismo del texto son deudoras del curso de Foucault (2007), al que me remitiré en varias ocasiones.

desde tiempo atrás y siempre frágil, el punto de equilibrio lógico de una comunidad política madura. Como situación que se alcanza de forma orgánica cuando una comunidad libre de escala de individuos iguales y sin constricciones interactúan durante un tiempo, se tiene por natural y constituye una fuente de legitimidad. A su vez, tal legitimidad se extiende a las intervenciones que se realizan para mantener ese equilibrio. Esa es la paradoja intrínseca a un artefacto que, para mantener en equilibrio, no puede dejar de pedalearse.

Y la tercera es la de las propias intervenciones de gobierno. Necesarias y con tendencia a devenir infinitas si se pretende que sean eficaces, deben encontrar un criterio de limitación que, para evitar inaugurar un bucle de regulaciones transcendentales, debe imanentizarse al buen funcionamiento del mercado y, con ello, a la estabilidad del orden civilizatorio. Hasta tal punto se pretende hacer pasar por natural que es la lógica interna del funcionamiento del mercado –la llamada economía política– la que genera la verdad, es decir, la oportunidad, dirección e intensidad de las intervenciones del Estado. El derecho formalizará finalmente esa racionalidad que será, así, tenida como más formal e inmanente al propio mercado, a su seguridad.

2.1. Keynesianismo y ordoliberalismo. Un baile del siglo XX

Lo cierto es que esta formulación de la gubernamentalidad liberal es bastante transparente, ya que nunca declaró estar regida por criterios tales como la cohesión social o la sostenibilidad de la vida humana en el planeta, de modo que no resulta sorprendente que un efecto de todo ello fuera la creciente exclusión –el pauperismo, que no la pobreza (Procacci, 1991)–, la aparición de la cuestión social como el núcleo, junto a la democracia, de los proyectos revolucionarios (Donzelot, 2007) y los intentos de reorientar los circuitos de producción y reproducción capitalistas –la criminalidad, que no el delito (Foucault, 2018)–. En los Estados liberales y desde las crisis que acompañan a las primeras décadas del siglo XX, el gobierno de esta tensión se resuelve con una inversión del principio de auto-limitación del mercado que desemboca en una expansión del Estado de policía, ahora como Estado interventor, regulativo, experto, corporativo o social, según la perspectiva.

Al respecto de esta inflación del Estado y del derecho resulta muy influyente el enfoque ordoliberal (Foucault, 2007: 129 y ss., 140 y ss., 158-162; Sauquillo, en prensa). Esta racionalidad acepta el problema de funcionamiento y, con ello, de legitimidad del régimen liberal. Acepta, por lo tanto, la intervención externa del Estado, pero a condición de internalizarla o de asemejarla al propio funcionamiento del mercado. Es decir, hace depender

la legitimidad de la intervención estatal de su grado de semejanza y afinidad al funcionamiento del mercado³. En este movimiento está implicado otro, cual es el de desplazar las intervenciones desde el mercado hacia la sociedad. Delimitar ese tercer espacio que el liberalismo había constituido entre el mercado y el Estado (Rose, 1996: 328-331) al hilo de la mencionada cuestión social para volcar sobre el mismo las intervenciones. Todo ello con la esperanza de que estas operaciones inevitables minimicen su coste sobre el mercado.

Si se considera con perspectiva, se observa ahí una estrategia que, aunque no resultó hegemónica hasta no incorporarse a la gubernamentalidad neoliberal entrada la crisis del keynesianismo, ha tenido un largo alcance y un profundo impacto sobre la efectividad de los derechos. Este es el asunto que quiero abrir ahora. Mi hipótesis es que existe una correspondencia entre los derechos que el liberalismo afirma para las personas, en cuanto protecciones efectivas para garantizar la intangibilidad de la “esfera personal”⁴ y los derechos que tienen las empresas en el mercado. No en vano, en el campo jurídico hablamos de ellas como *personas jurídicas*⁵. A la luz de este desplazamiento de las intervenciones sobre la sociedad, al que me acabo de referir, cabe ir un paso más allá. Este es que la noción y el tratamiento jurídico efectivo de la persona jurídica se ajusta más al concepto de persona y de sujeto de derecho que el de las propias personas naturales o físicas, a pesar de que nuestra imaginación nos lleva más al segundo que al primero cuando hablamos de personas. Y ello, debido a un doble nudo. Dado que la seguridad sistémica está vinculada a la del mercado más que a la de la sociedad y sus vivientes, resulta razonable, desde una perspectiva jurídico-política, que sean los agentes cuyo interés orienta el régimen de veridicción del mercado los titulares típicos de protección.

Al mismo tiempo y, conforme a esa relación de doble refuerzo, resulta también razonable que se perciba más legítimo intervenir sobre lo social y sus vivientes en beneficio del mercado que a la inversa. Así, las protecciones que se predicán respecto a la persona pueden estar ausentes en el tratamiento de las personas físicas en cuanto tales, a quienes se puede castigar, vigilar y exponer a riesgos vitales de la mayor intensidad. Es obvio que las personas jurídicas, y en particular muchas empresas, no están exentas de esa desigual distri-

³ “En lugar de aceptar una libertad de mercado definida por el Estado y mantenida de algún modo bajo vigilancia estatal (...) es necesario invertir por completo la fórmula y proponerse la libertad de mercado como principio organizador y regulador del Estado, desde el comienzo de su existencia hasta la última forma de sus intervenciones” (Foucault, 2007: 149).

⁴ Me remito a la lectura que hace Wendy Brown (2021: 36) de este concepto hayekiano.

⁵ Es creciente la atribución de derechos a estas entidades que, de manera tradicional, se reservaban a las personas naturales. Para la expansión de estos derechos a la libertad de expresión, honor, etc. A las corporaciones en el contexto estadounidense, ver Coates (2015).

bución del valor que rige para las personas (Butler, 2010). Algunas de ellas no tienen mejor tratamiento que el correspondiente a la debilidad patrimonial y querría hacerse creer que ontológicas de sus propietarios y únicos trabajadores. Algunas quedan así reducidas en su consideración gubernativa a personas físicas. Pensado a contrario, podría decirse que las corporaciones que valen lo hacen por una “verdad” de mercado que atribuye valor a la vida física de sus propietarios. Este modelo permite, si se decir de forma sencilla, traducir el valor desigual que se atribuye de partida a las personas naturales a una forma de desigualdad más legitimada, al pasar por la “verdad” de mercado, lo que a su vez naturaleza la desigualdad de partida en lo humano. En todo caso, en un plano conceptual y como parte del régimen de veridicción de la actividad de gobierno, propongo explorar la vigencia de este planteamiento.

Un buen indicador de la pertinencia de esta hipótesis es el reparto de las cargas cuando el gobierno entiende que se pone en riesgo algún valor relevante del sistema. Conviene adelantar que, respecto al tratamiento de lo social, existe una controversia entre los enfoques ordoliberales y neoliberales (Brown, 2021: 95 y ss.). Mientras que es bien conocida la tesis de los segundos sobre la necesidad de reducir al máximo las intervenciones, desde Friedman hasta Thatcher, lo es menos la originalidad de la propuesta ordoliberal respecto a una política social adecuada. Se trata de un enfoque que puede considerarse, sin ningún reparo, intervencionista y constructivista, a condición de que esas acciones aproximen el funcionamiento de la sociedad al del mercado. En nuestro pasado inmediato, esta polémica se sustancia en la bifurcación entre un neoliberalismo dirigido a dismantelar el Estado social y un ordoliberalismo orientado a modificarlo, a organizar el paso del *welfare* al *workfare*. La noción de *workfare* (Peck, 2001) ya es significativa sobre la ubicación, en el centro de lo social, de un elemento que es más propio del mercado: el empleo. Esta orientación, propia de los gobiernos progresistas desde la década de 1990⁶, funda unas políticas sociales que, contra la imagen más asentada, son expansivas en términos presupuestarios y regulativos, pero con traslado de las cargas del mercado a los vivientes en lo social. Por ejemplo, la difundida idea de que no hay mejor política social que el empleo (Del Negro, 2016) desplaza el peso a la empleabilidad que los trabajadores puedan alcanzar, como divisa de su competitividad en el mercado de trabajo. Del mismo modo, la pérdida del poder adquisitivo de los salarios –cuya reversión soportarían las empresas– se

⁶ A pesar de la confusión a que puede inducir, el uso que hago aquí de esta declinación encaja bien con la noción de Nancy Fraser (2020: 171 y ss.) de “neoliberalismo progresista”, atribuida a las innovaciones de Blair o Bill Clinton en el campo atlántico y extendidas a las propuestas de Hillary Clinton en la bifurcación finalmente trumpista de la política estadounidense. En el contexto español, son planteamientos aplicables, salvadas las distancias, con la política social del gobierno de Rodríguez Zapatero, entre 2004 y 2010, o con muchos aspectos de la del gobierno de Pedro Sánchez, desde 2018, como mostraré enseguida.

compensa con el aumento de las facilidades para el crédito –a soportar por los endeudados–. Y, para apuntalar la serie de ejemplos, los problemas de salud se enfrentan con el fomento de los sistemas de aseguramiento privados (Dazinger *et al.*, 2008) y los llamados al autocuidado (Ziguras, 2004).

La vigencia de este enfoque puede rastrearse hasta el presente. Basta con examinar el tratamiento del gobierno progresista español del riesgo que supone la subida de precios⁷. El marco de los posibles en la coyuntura política hace inviable intervenir en el establecimiento de cadenas y puntos de venta públicos⁸. También, implementar soluciones intermedias, aunque de base welfaristas y redistributivas, tales como intervenir precios o sustituir los tramos de la distribución o la venta donde se acumulan las subidas⁹. Incluso se descartan medidas afines a la tonalidad tecnocrática y de fomento de la competitividad, tan caras a los programas ordoliberales, como presentar en tiempo real la información sobre precios, costes y márgenes de los grandes actores del sector.

En contraste con todo ello, las limitaciones del precio de la luz, en el marco de la llamada “excepción ibérica”, ejemplifican bien tanto la pertinencia de estas soluciones como las condiciones excepcionales que deben reunirse para que puedan aceptarse en el escenario que mejor encarna la arquitectura ordoliberal: la Unión Europea. Al respecto de la alimentación, en cambio, las medidas adoptadas se ajustan a la lógica desglosada hasta aquí: en todo caso, intervenir sobre la sociedad y no sobre el mercado. Esto es, reducción del IVA de alimentos básicos y puesta a disposición de 200 € para las rentas bajas¹⁰. Aunque estas medidas se han prorrogado y reiterado en cada caso y no implican control o condicionalidad sobre sus destinatarios, sus resultados señalan el techo de la efectividad de este tipo de intervenciones.

⁷ Desde finales de 2021 se vive una espiral inflacionaria (un valor acumulado del 12,2% desde septiembre de 2021 y julio de 2023, IPC del INE) que ha afectado a productos básicos como los alimentos, con subidas generales del 10,5% entre julio de 2022 y julio de 2023 o hasta del 52,5% para algunos, como el aceite de oliva, en el mismo periodo (Fábrega, 2023 y Europa Press, 2023).

⁸ En la ciudad de Chicago se ha iniciado la venta de productos frescos por parte de las instituciones municipales en barrios donde se considera insuficiente la oferta (Glasgow, 2023).

⁹ Véase Bárcena y Galindo (2023) para la posición del Gobierno de España frente a algunas propuestas. Una de las que, sin llegar a buen puerto, tomó cierto vuelo en la discusión fue la de diseñar una cesta de productos básicos con precios protegidos (Huwyler *et al.*, 2022). Esta fue la opción, por ejemplo, que siguió y ha ampliado, de acuerdo con el empresariado, el Estado francés (Thomas & Aloisi, 2023).

¹⁰ A finales de 2022, se adoptó una primera reducción del tipo del IVA de “artículos alimentarios de primera necesidad” del 4% al 0% y de “aceites y pastas alimenticias”, del 10% al 5%. En cuanto a la prestación de 200 €, el Real Decreto-ley 11/2022, de 25 de junio, en su art. 31, establecía la condición económica para su recepción en haber recibido, a lo largo de 2021, unos ingresos íntegros inferiores a 14.000 €. Esta ayuda de pago único se reeditó en 2023, aprobada mediante Real Decreto-ley 20/2022, de 27 de diciembre, cuyo art. 74 estableció, en 2022, un umbral de 27.000 € para recibirla. Se trata del mismo RD-Ley que, en su artículo 72, extendió la rebaja del IVA citada en 2023, que ha sido de nuevo extendida en muchos puntos hasta final de 2023, y que tiene su regulación vigente en el Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, art. 171.

Conviene positivizar aquí la telaraña discursiva que es hoy hegemónica respecto a las políticas sociales. Aunque las discusiones giran con frecuencia en torno a los polos de focalización o de universalidad de las medidas, las carencias de estas intervenciones son más profundas. A la superación de la hegemonía keynesiana ayudaron las propuestas de mayor focalización de las políticas en los grupos “verdaderamente” necesitados. La posibilidad de que personas que podían emplearse –tal era la verdad de la necesidad para el mercado–, pero que vivían de trampear y acumular ayudas compuso un verdadero pánico moral (Cooper, 2022: 51 y ss.; Eubanks, 2021: 100) que avivó la necesidad de seleccionar mejor a las personas destinatarias. Las políticas focalizadas implicaron, en general, menos gasto, pero también tuvieron un efecto redistributivo más limitado y, cuando el progresismo dio paso a la austeridad, también tuvieron menores apoyos, al formar parte solo del bienestar de minorías. En este contexto, la principal crítica a la rebaja del IVA no se dirige a la rápida absorción por parte de sucesivas subidas de precios, sino a su enfoque universalista (García-Miralles, 2023). Sin perjuicio de lo razonable que resulta pensar que un apoyo más intenso a los hogares pobres mejorará su situación, el escaso impacto de las ayudas de 200 euros¹¹ muestra bien hasta qué punto el núcleo del problema está en grupos sociales que no entran en el foco de problematización e intervención de las políticas sociales, orientadas hacia los aspectos del funcionamiento del mercado con mayor impacto sobre la cuestión social.

2.2 De la cuestión social a la cuestión penal y a la democrática

Me he detenido en analizar la política social del ordoliberalismo por su originalidad y por exhibir un alcance que se extiende hasta contextos progresistas contemporáneos. Sin embargo, para considerar dos aspectos centrales de la gubernamentalidad, cuales son la cuestión del castigo y de la democracia, debo sumar enfoques posteriores, en particular el impacto de la financiarización y el giro hacia la austeridad.

El devenir financiero de la gubernamentalidad es un proceso bien estudiado conforme al marco que introduje (Lucarelli, 2009; Lazzarato, 2013). El progresivo desplazamiento del indicador del buen funcionamiento del mercado hacia un aumento continuado del beneficio financiero modifica el esquema de riesgos que había regido el *welfare*, tensiones ordoliberales incluidas. No conviene pensar que el welfarismo careciera de una dimensión penal. De hecho, las investigaciones foucaultianas señalan que las pasarelas entre las

¹¹ La primera edición de esa ayuda de finales de 2022 alcanzó solo al 23% de los hogares que cumplían las condiciones para acceder a la misma (AIRef, 2023).

políticas sociales y penales se encuentran muy transitadas desde la problemática consolidación del capitalismo (Foucault, 2018) y los regímenes welfaristas nunca tuvieron una aspiración verosímil de alejar de la penalidad a toda la población (Garland, 1985). Al contrario, si algo es típico de la crítica anti-autoritaria es el señalamiento de la paradoja de que el optimismo welfarista por la reinserción y la asistencia social produjera, desde la década de los 1960, una ampliación de las redes de control formal (Cohen, 1988), de la prisión a las prestaciones condicionadas, de los trabajos en beneficio de la comunidad a las suspensiones de condena, previa asistencia obligatoria a cursos para evitar la reincidencia. Este vínculo entre los extremos del welfarismo y la penalidad es compatible con –y no ha dejado de alimentar– el marco meritocrático que legitima la jerarquía social desde la racionalidad del mercado y que le da continuada mediante su expresión en los espacios de lo social y de lo penal.

Sin embargo, la nueva racionalidad de riesgos del neoliberalismo financiero, al identificar el impacto negativo de determinadas poblaciones sobre las expectativas de valorización (Feher, 2021: 171 y ss.), levantó muros más altos y más gruesos sobre determinadas poblaciones, que, tenidas ya por excedentarias (De Giorgi, 2006), solo podían ser alejadas o inhabilitadas, para mayor estabilidad del mercado. Esto confirmaba la reubicación de la soberanía (Dean, 2010) al fondo de la integridad del mercado, hasta el punto de que la problematización penal se ha convertido en una vía frecuente para gestionar la ansiedad general ante la mínima posibilidad de que tal orden precario de las cosas pueda descomponerse (Simon, 2007).

2.3. El giro austero

La austeridad, como título de la gubernamentalidad que, desde 2010, devino hegemónica para la comprensión y tratamiento de la crisis financiera de 2008, tiene en el Atlántico Norte componentes de una ruptura, pero también de un profundo arraigo¹². Esta racionalidad contraviene el enfoque ordo y neoliberal sobre las políticas de oferta y el objetivo del crecimiento, al tiempo que somete a los sistemas políticos a unas tensiones contra-mayoritarias de las que traen causa los problemas de mantenimiento del *status quo* más intensos de las últimas décadas. En ese sentido, se ha formulado como una respuesta excepcional y rupturista respecto a los parámetros vigentes de la gubernamentalidad de raíz liberal. Es razonable buscar una explicación de este giro en la notable capacidad de los agentes financieros para redefinir el régimen

¹² Como indiqué al inicio, en la sección 1.3 de Vila-Viñas (en prensa), propuse una caracterización más extensa de la austeridad dentro del marco de la gubernamentalidad, a la que me remito aquí en lo esencial.

de veridicción del mercado –cuestión que por mucho que situemos ahí con estabilidad no podemos dar por cerrada y natural nunca– y de anteponer así sus intereses como acreedores consolidados al de los antiguos sectores “productivos” o al lanzamiento de nuevos ciclos financieros¹³. En términos de su arraigo y al mismo tiempo, la austeridad no deja de ser la pendiente depresiva de la financiarización, una etapa que le resulta tan propia como la alcista. Con la particularidad de que, hasta 2008, el reverso oscuro de sus consecuencias había podido mantenerse alejado de los Estados periféricos de la Unión Europea. De esta manera, cabía justificar que las medidas de recorte, abandono y sacrificio solo eran necesarias “hacia fuera”, respecto a los pueblos que se situaban extramuros de la civilización, como los ejemplos indicados. Cuando esa respuesta tuvo que internalizarse hacia los PIGS, de tradición católica y una “disciplina fiscal” laxa, la solución pareció tanto ceñida al manual gastado por el uso como inédita en la manera en que estrechaba el círculo.

Desde la perspectiva jurídico-política, la austeridad no supone solo una retracción de recursos presupuestarios o personales, sino una contracción de las energías institucionales que también hace inviables reformas y despliegues que, sin implicar mayores costes, generan incertidumbre, riesgos y grietas en la situación que se pretende mantener bajo letargo. Esto hace que la austeridad haya vuelto a mirar a disposiciones soberanas del gobierno que, en los enfoques expansivos, tanto ordoliberales como welfaristas, parecían superadas. Los mecanismos de soberanía, con sus inclinaciones autoritarias y afines al polo estratégico de la guerra, en el marco foucaultiano (López, 2023), proveen de esa capacidad auto-defensiva o reflexiva (Dean, 2010). Este impulso soberano debe lidiar, sin embargo, con la desventaja de sus costes. Si se toma como ejemplo el contexto de austeridad español, se entiende bien el corte respecto al neoliberalismo financiero a propósito de la cuestión social-penal.

En este punto se produce el corte de la gubernamentalidad austera. Si el periodo alcista del neoliberalismo financiero aviva la expansión del sistema penal (Brandariz, 2013), la reacción austera ante la interrupción del ciclo, desde 2008-2010, señala un traslado de la punición desde el control y el encierro, al recorte y el abandono ante el riesgo¹⁴, lo que confirma la porosi-

¹³ Carmona (2022) explica de forma muy clara esta pugna dentro del mercado inmobiliario-financiero español tras la crisis de 2008, con particular atención a la dependencia creciente de este espacio de mercado.

¹⁴ Véase Vila-Viñas (2014). En Vila-Viñas (2022) actualicé este esquema al hilo de la manera en que la crisis del mercado financiero-inmobiliario español llevó a la dirección de la Unión Europea y de España a salvar el interés de los acreedores, con sacrificio de derechos fundamentales de arrendatarios y deudores hipotecarios. Se desarrollan ahí tanto las estrategias legislativas como las argumentales del Tribunal Constitucional para validar tal tratamiento desde una perspectiva jurídica. Recomiendo también acudir a la descripción de Noguera (2023: 94-96) sobre la construcción jurídico-política de la austeridad como constitución material de la Unión Europea.

dad de las dimensiones sociales y penales de la gobernabilidad. Aunque, en principio, parecería razonable pensar que la retracción de derechos sociales se acompañaba de la expansión penal, la prevalencia del enfoque austero limitó las soluciones más costosas, como las de la prisión (Brandariz, 2013; Vila-Viñas, 2021), que cedieron paso a la sanción administrativa (Oliver, 2013) y al simple abandono social (Vila-Viñas, 2014), tenidos por un nuevo punto de equilibrio entre objetivos, medios, legitimidad y costes propio en ese marco de cálculo. A pesar de que conviene huir de esquemas en los que el contenido de las normas jurídicas se deduce de intereses y estrategias económicas o políticas “superiores”, lo cierto es que los dispositivos jurídicos orientados a hacer posible tanto la financiarización como la reacción austera en momentos críticos solo se entienden a partir de la posición de ciertos grupos en el mercado, que puede rastrearse en contextos geopolíticos muy distintos si se atiende a otras variables desde hace décadas (Federici, 2010; Knox, 2020).

Desde mi perspectiva, la necesidad de un gobierno en permanente estado de alerta en la configuración y previsión de nuevos riesgos y, por lo tanto, hiperactivo en la producción normativa y de acciones políticas, debe leerse en este marco de posibilidades pinzado entre dos parámetros. Una racionalidad coste-beneficio importado del mercado y sintonizado con el interés del mismo. Y una orientación reflexiva respecto al *status quo*. Así, encontramos orientaciones jurídico-políticas dispares que solo adquieren coherencia bajo ese prisma. Veámoslo con un ejemplo. Por una parte, existe un proceso de homogeneización penal de malestares sociales respecto a la impunidad de conductas que atentan contra sus valores –muy distintos–. A pesar de sus diferencias, pueden converger en un tratamiento punitivo cuando perciben descartadas reformas institucionales y políticas más ambiciosas¹⁵. Por otra parte, es posible identificar una “despenalización”¹⁶ de las estrategias de gobierno en el Sur de Europa. Esta se sustancia en el traslado del control social a las fronteras exteriores e interiores, la impunidad de la criminalidad de los poderosos (Webster, 2023) y la intangibilidad de las instituciones socio-jurídicas que la permiten, amén del abandono de derechos sociales básicos, como la vivienda o el sobre-control del ámbito social, como ocurre con el ingreso mínimo vital

¹⁵ Por ejemplo, cuando Aguerri (2023) estudia la conversación en Twitter/X en torno a la oportunidad de castigar distintas conductas, concluye que, a pesar de la polarización de los argumentos y de las comunidades, se comparte un sustrato común sobre lo conveniente del tratamiento penal de los conflictos. Este tipo de aproximaciones son del mayor interés si se busca también considerar si la estructura del discurso y de las oportunidades políticas en nuestro contexto no reducen a la dimensión penal casi todas las demandas y es esa recodificación, por encima del contenido de los *inputs*, el factor más relevante.

¹⁶ Véase Ternero *et al.* (2023), conforme a la caracterización del fenómeno que hacemos en el Grupo de Trabajo sobre Periferia y Saqueo en el(los) Sur(es) del Grupo Europeo sobre Desviación y Control Social.

(Vila-Viñas, 2023). Dentro de estos parámetros, la austeridad revitaliza las nociones modernas de soberanía.

2.4. Un derecho bajo en democracia

Ahora bien, los enfoques sobre la gubernamentalidad y el derecho comportan cierto riesgo de haber querido llevar a este último más allá de su comprensión autónoma y casi autopoiética y haberlo hecho depender, en cambio, de unas racionalidades políticas –liberal, welfarista, ordoliberal, neoliberal, austera, etc.– que se suceden y despliegan a través de relaciones de fuerzas que se producen en otros reinos y que finalmente trasladan sus resultados al mercado o a la sociedad a través de ese derecho. Sin embargo, este diseño estructuralista de un mar de estrategias sin estrategias gana cuerpo si se añade el problema del sujeto, el quién individual o colectivo que diseña e implementa esas estrategias. En nuestro contexto, el problema del sujeto del gobierno, ni en su dimensión activa ni pasiva, puede separarse de la cuestión de la democracia.

Cuando, para describir el funcionamiento de la gubernamentalidad liberal, Foucault plantea un esquema en el que la verdad del gobierno se va a producir conforme al régimen de veridicción del mercado, lo que inaugura es una cadena de equivalencias –bueno para el funcionamiento del mercado = pertinente y valioso para la acción de gobierno–, que puede orientar las intervenciones sobre el mercado, pero sobre todo en relación al conjunto del cuerpo social (Chamorro, 2021). Dentro de este marco, como decía, la cuestión de la democracia se reduce a su versión débil, como simple consentimiento. En el esquema foucaultiano, el consentimiento es tan constitutivo de la gubernamentalidad liberal que una de sus tareas inexcusables es producir ese flujo de libertad que nos mantendrá en el marco de gobierno, sin caer en el de guerra o autoritario (Foucault, 2007: 84 y ss.; López, 2023).

En este punto, cualquiera puede adivinar que tal esquema ha encontrado dos vías de agua, cuales son la frecuencia con la que los regímenes liberales devienen autoritarios o adquieren fuertes características iliberales (de Sa e Silva, 2020) y el carácter tan débil de ese par libertad-democracia. Esto último naturalizaría una trayectoria de des-democratización que parece estable desde la crisis del welfarismo, en virtud de la cual las intervenciones del Estado y las regulaciones del derecho condicionan la vida social, pero no así el funcionamiento del mercado¹⁷ o se orientan conforme a unos análisis de riesgos

¹⁷ La dimensión convencional y por lo tanto política de estos cambios se advierte con más claridad si se considera la historia de las relaciones entre mercado, policía y sus efectos y se aprecia la hegemonía

cuyas recomendaciones parecen contrarias a la moral mayoritaria de esas sociedades. Este conjunto de críticas pretende utilizar el marco de la gubernamentalidad actualizando sus postulados (Brown, 2021) a la luz de distintas tecnologías de des-democratización y tecnocratización de la vida política y del derecho.

Desde la perspectiva jurídico-sistemática, la hegemonía de una gubernamentalidad neoliberal ha modificado la arquitectura básica de nuestros ordenamientos. Desde un marco teórico distinto, Albert Noguera (2023) ha abordado esta tensión para concluir que el marco constitucional de escala estatal, como principal vector estructurante del sistema jurídico-político, ha perdido capacidad explicativa sobre el funcionamiento del derecho. En cambio, y en primer lugar, recuperar las nociones de confín (*frontier*, en inglés) del derecho, de norma de conflicto y de relevancia interesa, por cuanto ofrecen explicaciones más fieles al funcionamiento contemporáneo de nuestros sistemas jurídicos. Desde esta perspectiva, lo distintivo del derecho ya no es el espacio plano del derecho estatal, sino el abigarrado de los espacios de conexión y conflicto propios de las fronteras (p. 132): lo estatal y lo popular, lo transnacional y lo local. En segundo lugar, las normas y ámbitos clave no son las autónomas del constitucionalismo estatal, sino las normas que regulan el conflicto, la entrada y los límites de cada ordenamiento. En tercer lugar, en este escenario de solapamientos, conexiones y conflictos, conviene recuperar las nociones jurídico-teóricas que nos permiten actualizar la idea de unidad del ordenamiento y ponerla en el contexto del pluralismo jurídico que habitamos. Noguera recupera aquí la noción de relevancia de Santi Romano (1963):

[Expuso esta noción en] 1918, y la matizó en su obra posterior *Frammenti di un dizionario giuridico*, de 1947, donde perfila algunos de sus conceptos. “Para que haya relevancia jurídica”, señala, “es necesario que, o la existencia, o el contenido, o la eficacia de un ordenamiento jurídico determinado, estén condicionados respecto a otro ordenamiento, y ello, precisamente, en base a un título jurídico” (Romano, 1963: 249). Los diversos títulos de relevancia de un ordenamiento respecto de otro son, para Romano, los siguientes: primero, la relación de superioridad y de correlativa dependencia entre dos ordenamientos; segundo, la relación por la cual un ordenamiento es presupuesto de otro; tercero, la relación por la cual varios ordenamientos recíprocamente independientes dependen de un tercero; cuarto, la relación atribuida unilateralmente por un ordenamiento respecto de otro que le es independiente; y, quinto, la relación de sucesión entre varios ordenamientos (Noguera, 2023: 136).

que alcanzaron marcos altamente regulacionistas dentro del mercado (Harcourt, 2017) o con capacidad de extraer beneficios de aquel ámbito, como los sistemas impositivos de posguerra (Pedersen, 2022).

Ahora bien, entender estos desplazamientos dentro del contexto gubernamental que he expuesto solo es posible si descartamos la comprensión formalista como la única para leer las nociones de relevancia y norma de conflicto. Estas son, en cambio, el ámbito en el que adquieren expresión y especificidad jurídica algunos de los cambios reseñados y son, así, espacios donde toman tierra relaciones de poder. Por ejemplo, la estrategia ordoliberal de despolitizar la actividad de gobierno, en cuanto a desplazar una cantidad creciente de veridicciones y decisiones a espacios técnicos, encuentra acomodo en instituciones y espacios jurídicos clave, como ocurre con las agencias reguladoras, órganos creados *ad hoc* como la Troika o las comisiones de renegociación de la deuda de las instituciones de crédito globales. La eficacia de sus acciones sostiene la relevancia de los ordenamientos mejor sincronizados con las estrategias de gobierno –por ejemplo, la Troika– sobre otros más dependientes de criterios democráticos y mayoritarios –por ejemplo, las administraciones locales y autonómicas ante los recortes de la austeridad en el periodo 2010-2018 (Vila-Viñas, 2022)– y reacios, por lo tanto, a trasladar todo saber de gobierno al mercado. Solo dentro de este entramado jurídico efectivamente plural y, desde luego, inconmensurable para la perspectiva del constitucionalismo nacional cabe entender la legitimidad de las decisiones del devenir austeritario de la financiarización: formular la verdad sobre las poblaciones excedentarias en el seno del mercado y ejecutarla en el campo de lo vivo. Y hacerlo sin someter a esa verdad a examen en un terreno democrático, no mediado por la conducción de las agencias tecnocráticas más reflexivas respecto al *status quo*, es decir, aquellas que mejor reflejan y traducen en sus campos la verdad del mercado.

3. OTROS ENFOQUES. EL DERECHO DE LAS PLANTAS ALTAS Y EL DERECHO A PIE DE CALLE

Ahora que resulta posible examinar la implementación de las estrategias de austeridad en la periferia europea con cierta perspectiva, cabe proponer una hipótesis sobre su ambivalencia. Tal racionalidad enraizó y se profundizó sobre ámbitos y poblaciones que parecían lejos del alcance de esos efectos de la financiarización. En dicho sentido, la experiencia de la lógica moral, política y tecnológica del sacrificio, la deuda y el abandono es ahora conocida en más lugares del mundo y forma parte, con mayor naturalidad, del catálogo de soluciones jurídico-políticas posibles. Sin embargo, esta racionalidad también mostró ciertos límites políticos. Su implementación solo fue posible contra la opinión mayoritaria de sus destinatarios. Ello tiene asimismo dos efectos

interrelacionados. Por una parte, incita el apoyo a movimientos y opciones políticas alternativas como se ha comprobado en la política sureuropea de la última década. Por otra parte, esa dinámica cortocircuita incluso las perspectivas más débiles del consentimiento en la gubernamentalidad liberal e insta a importar enfoques y tecnologías de los bancos de prácticas autoritarias. Con esto en mente, se entiende que la respuesta a la crisis causada por la epidemia de Covid, aun con las diferencias en la situación financiera, fuera tan distinta a la de 2008 y recuperara elementos keynesianos en el estímulo de la demanda y el endeudamiento¹⁸. Ahora bien, ese nuevo keynesianismo debe operar ya en un contexto transformado por el arraigo de los enfoques ordoliberales y de la financiarización neoliberal. Tal es el escenario que Nancy Fraser (2017; 2020: 171 y ss.) ha conceptualizado como “neoliberalismo progresista”, desde su prefiguración en el hilo que recorre las administraciones de Bill Clinton, en la década de 1990, Obama y el programa de Hillary Clinton en 2016, que se despliega hoy redivivo con Joe Biden desde 2021.

La situación es, por lo tanto, la existencia de una pugna por dominar el sentido de la bifurcación abierta entre el devenir austero y autoritario de la financiarización y el neoliberal progresista. No es, si se quiere ser honesto, un campo de lo posible muy ancho, pero sí cuenta con muchas más palancas para impulsar la efectividad de los derechos que las disponibles en el terreno aplazado de la austeridad, entre 2010 y 2015.

De hecho, las nuevas texturas de este terreno son las que muestran los límites del análisis foucaultiano de la gubernamentalidad –y sobre todo de algunos de sus desarrollos más escolásticos– para explicar su funcionamiento. Aunque el método foucaultiano incide en la movilidad y el carácter abierto de las relaciones de poder, tanto más en regímenes de gobierno que han empujado los límites de la soberanía (Foucault, 1988), la aplicación ulterior del método expresa interacciones mucho más formalizadas, frías y dependientes de la voluntad de los agentes directores de las acciones de gobierno. Toda esa prioridad analítica del diseño y del hacer de las plantas altas, que se vuelca después hasta la calle en una desescalada deductiva y tautológica, recobra la vigencia del principio político de verticalidad soberana (Foucault, 1984: 108) y de las teorías coactivas, imperativas y volitivas del derecho (Austin, 1998 [1907]), que identifican como lo esencial del fenómeno jurídico su carácter impuesto, obligatorio y correspondiente a una voluntad superior y distinta a las personas destinatarias. Esa voluntad dota de dirección, pero también de sentido, a las normas en las fases de interpretación operativa, en contraste con unos sujetos destinatarios que son pasivos en el proceso y que tienen en

¹⁸ Para el contexto estadounidense, ver Brenner (2020). En el europeo, el marco presupuestario y político de los fondos Next Generation es elocuente en este sentido.

su mano la sola posibilidad de cumplir o desobedecer (Bobbio, 1993; Peces-Barba, 2000: 310 y ss.).

Si, por el contrario, queremos tomar en serio los principios analíticos sobre la movilidad de las relaciones de poder y la capacidad de los grupos sociales de producir prácticas de subjetivación alternativas, conviene alterar algunas asunciones metodológicas. Con la esperanza de poder desarrollar estos cambios en otra ocasión, las apunto, al menos, aquí. En primer lugar, propongo recuperar el campo conceptual y metafórico del “derecho vivo” (Ehrlich, 1936 [1913]), en lo que conserva de oposición a un derecho limitado a las fuentes estatales y que excluya la capacidad creadora de las prácticas jurídicas populares. Desde mi perspectiva, lo interesante de esta noción hoy no es solo que pueda servir como herramienta analítica para ampliar la noción de norma jurídica –lo que puede resultar un debate demasiado limitado al interior del campo jurídico académico–, sino para entender mejor el sentido con el que las poblaciones destinatarias consideran y usan el derecho (Hertogh, 2009: 7). Esto permite pluralizar las fuentes de conocimiento sobre la vida del derecho más allá de los tradicionales aportes de la interpretación por el Poder Ejecutivo y Judicial, lo que no deja de remitir a la interioridad estatal, con sus homologías.

En segundo lugar y una vez se ha ampliado el marco en el que se entiende el derecho, propongo alejarlo un poco de una perspectiva analítica en exceso logocéntrica. No se trata de virar hacia la pura irracionalidad y pugna de subjetivismos e identidades y proponer esto como la mejor metodología para estudiar las relaciones entre derecho y sociedad, pero sí proponer, como hace Graeber (2021: 42-43), que ni la vida social ni las dinámicas democráticas se reducen a un juego de elección racional de intereses. Por idénticos motivos, las relaciones populares con el derecho y la apropiación y uso de sus expresiones incluyen elementos subjetivos. Estos son relevantes en la subjetivación individual y colectiva de esas personas y deben tenerse asimismo en cuenta para explicar sus comportamientos jurídicos, tales como si solicitan una prestación, se aproximan y colaboran con una administración, reclaman o participan en la elaboración de una norma. Desde este enfoque, la norma jurídica no es el punto de llegada de intereses sociales cristalizados, sino un hito entre otros de procesos de subjetivación y acción política más amplios.

En tercer lugar, conviene entender la relación entre gobierno y gobernados, los derechos y, en particular, la noción de democracia menos como un modo entre dos posibles –existe democracia o no, el derecho es legítimo o no– y más como una situación modular de grados de legitimidad democrática del derecho o de las situaciones jurídico-políticas. Así, en un marco de gobier-

no, existen regulaciones más deseadas e incluso impuestas por los gobernados y existen otras indeseadas en lo particular y solo admitidas como parte de una suerte de contrato social más general para conservar la seguridad, mucho más próximas estas últimas a enfoques de excepción¹⁹. Esta perspectiva ayuda a entender relaciones con el derecho muy dispares por parte de los gobernados –desde la colaboración en la elaboración de normas hasta la aquiescencia respecto a un pacto de seguridad que rige de fondo–, pero sobre todo ayuda a considerar su implicación posible y su capacidad de agencia respecto a las normas y acciones de gobierno, por cerradas que parezcan.

Por último, la citada noción de Noguera (2023) sobre un derecho fronterizo y la relevancia de las normas de competencia que articulan la distinta prioridad de ordenamientos puede resultar muy productiva aquí. Se trata de un esquema más afín a la creación de derecho por parte de comunidades subordinadas –“legalidad popular alternativa” (pp. 92-93)– donde la clave no se sitúa en la capacidad normativa de estos grupos –sobre la que la realidad ofrece muestras claras por doquier–, sino en la capacidad popular de condicionar y producir esas normas de conflicto (pp. 152 y ss.), como condición para la eficacia de su producción normativa.

Como se intuye, tomar en serio estas orientaciones metodológicas nos lleva a un abordaje de derecho bastante distinto al acostumbrado y que, por ello, resulta aún poco operativo en los campos sociales en los que investigamos. Sin embargo, creo que sí tienen la ventaja de resultar más consistentes con dos elementos en los que he pretendido insistir en este capítulo. A saber, el funcionamiento de las relaciones de poder y la evolución de las gubernamentalidades contemporáneas. Este mejor ajuste, debería dar razón de su utilidad para explicar mejor esos campos y perfilar así transformaciones más eficaces.

BIBLIOGRAFÍA

AGUERRI, Jesús C. (2023, ago 1), *Criminal policy as a background: Twitter discussion dynamics about criminal law*, 51st European Group for the Study of Deviance and Social Control Conference – The Violence of Law, Turku.

AIRef (2023), *Segunda Opinión sobre el Ingreso Mínimo Vital*. https://www.airef.es/wp-content/uploads/2023/06/IMV/230615.-Opinio%CC%81n.-Segunda-Opinio%CC%81n-IMV_AIReF.pdf

¹⁹ La lectura del pacto de seguridad en Francia a propósito del caso de la extradición del abogado alemán Klaus Croissant que hace Emmanuel Chamorro (en prensa) es relevante para entender la articulación de libertad / seguridad, normalidad democrática / excepcionalidad en la gubernamentalidad contemporánea.

- AUSTIN, John (1998), *The province of jurisprudence determined. And The uses of the study of jurisprudence*, H. Hart (ed.), Hackett, Indiannapolis.
- BÁRCENA, Selina y GALINDO, Cristina (2023, feb 16), “Los ministros del PSOE enfrían la propuesta de Podemos para bonificar la cesta de la compra”, *El País*.
- BOBBIO, Norberto (1993), *El positivismo jurídico*, Debate, Madrid.
- BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel (2013), “Racionalidad de mercado, Gran Recesión y sistema penal: ¿Malos tiempos para la crítica?”, en Rivera Beiras, I. (ed.), *Criminología, daño social y crímenes de los Estados y los mercados* (pp. 120-126), Anthropos, Barcelona.
- BRENNER, Robert (2020), “Saqueo pantagruélico”, *New Left Review*, 123, 7-28.
- BROWN, Wendy (2021), *En las ruinas del neoliberalismo*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- BUTLER, Judith (2010), *Marcos de guerra: Las vidas lloradas*, Paidós, Barcelona.
- CALVO GARCÍA, Manuel y PICONTO NOVALES, Teresa (2017), *Introducción y perspectivas actuales de la sociología jurídica*, UOC, Barcelona.
- CARMONA PASCUAL, Pablo (2022), *La democracia de propietarios. Fondos de inversión, rentismo popular y la lucha por la vivienda*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- CHAMORRO SÁNCHEZ, Emmanuel (2021), “Foucault y el neoliberalismo realmente existente”, en Castro, R. y Chamorro, E. (eds.), *Para una crítica del neoliberalismo. Foucault y el nacimiento de la biopolítica* (pp. 341-380), Lengua de Trapo, Madrid.
- CHAMORRO SÁNCHEZ, Emmanuel (en prensa), “Foucault y el derecho después del caso Croissant”, en Vila-Viñas, D. y Peres, D. (eds.), *Saber, poder y derecho en Foucault y más allá*, Dykinson, Madrid.
- COATES, John C. (2015), “Corporate Speech and the First Amendment: History, Data, and Implications”, *Constitutional Commentary*, 41, 1-41. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2566785>
- COHEN, Stanley (1988), *Visiones de control social: Delitos, castigos y clasificaciones*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.
- COOPER, Melinda (2022), *Los valores de la familia. Entre el neoliberalismo y el nuevo social-conservadurismo*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- DANZIGER, Sheldon *et al.* (2008), “Health insurance and access to care among welfare leavers”, *Inquiry*, 45(2), 184-197.
- DE GIORGI, Alessandro (2006), *El gobierno de la excedencia: Postfordismo y control de la multitud*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- DE SA E SILVA, Fabio (2020). “From Car Wash to Bolsonaro: Law and Lawyers in Brazil’s Illiberal Turn (2014–2018)”, *Journal of Law and Society*, 47(1), 90-110. <https://doi.org/10.1111/jols.12250>
- DEAN, Mitchell (2010), *Governmentality: Power and rule in modern society*, Sage, London.
- DEL NEGRO, Grazia (2016), “La mejor política social es crear empleo”, en Gracia, J. y Jiménez, D. (eds.), *Tristes tópicos. Representaciones sociales desenfocadas* (pp. 79-92), Laboratorio de Sociología Jurídica-Universidad de Zaragoza, Zaragoza.

- DONZELOT, Jacques (2007), *La Invención de lo social: Ensayo sobre el ocaso de las pasiones políticas*, Nueva Visión, Buenos Aires.
- EHRlich, Eugene (2001), *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Ziegert, K.A. (ed.), Routledge, London.
- ELIAS, Norbert (1987), *El proceso de la civilización: Investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, FCE, México D.F.
- EUBANKS, Virginia (2021), *La automatización de la desigualdad: Herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres*, Capitán Swing, Madrid.
- EUROPA PRESS (2023, sept 12), “El precio del aceite de oliva se dispara: En dos años y medio se ha encarecido más del doble”, *Cadena Ser*.
- FÁBREGA, Jordi (2023, sept 13), “La subida de los carburantes lleva la inflación a volver a subir en agosto hasta el 2,6%”, *Cadena Ser*.
- FEDERICI, Silvia (2010), *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpos y acumulación originaria*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- FEHER, Michel (2021), *El tiempo de los investidos. Ensayo sobre la nueva cuestión social*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi (2006), *Derechos y garantías: La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- FOUCAULT, Michel (1980), “The Confession of the Flesh”, en Gordon, C. (ed.), *Power/Knowledge: Selected interviews and other writings 1972-1977* (pp. 194-228), Harvester Press, Brighton.
- FOUCAULT, Michel (1984), *Historia de la sexualidad*, vol. I: La voluntad de saber, Siglo XXI, México D.F.
- FOUCAULT, Michel (1988), “El sujeto y el poder”, en Dreyfus, H.L. y Rabinow, P. (eds.), *Michel Foucault: Más allá del estructuralismo y la hermenéutica* (pp. 227-244), UNAM, México.
- FOUCAULT, Michel (2007), *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, FCE, México D.F.
- FOUCAULT, Michel (2018), *La sociedad punitiva: Curso del Collège de France (1972-1973)*, Ewald, F. et al. (eds.), Akal, Madrid.
- FRASER, Nancy (2020), *Los talleres ocultos del capital. Un mapa para la izquierda*, Traficantes de Sueños, Madrid.
- FRASER, Nancy (2017, enero 2), “The End of Progressive Neoliberalism”, *Dissent*.
- GARCÍA-MIRALLES, Esteban (2023), “Medidas de apoyo frente a la crisis energética y al repunte de la inflación: Un análisis del coste y de los efectos distribucionales de algunas de las actuaciones desplegadas según su grado de focalización”, *Boletín Económico*, T1, 15, 1-14. <https://doi.org/10.53479/29651>
- GARLAND, David (1985), *Punishment and welfare: A history of penal strategies*, Gower, Aldershot.
- GLASGOW, Noah (2023, sept 14), “City-Owned Grocery Store Could Be Coming to Chicago’s Food Deserts”, *Block Club Chicago*.

- GRAEBER, David (2021), *El Estado contra la democracia*, Errata Naturae, Madrid.
- HARCOURT, Bernard E. (2011), *The illusion of free markets. Punishment and the myth of natural order*, Harvard University Press, Cambridge.
- HERTOGH, Marc L.M. (2009), “From ‘Men of Files’ to ‘Men of the Senses’: A Brief Characterisation of Eugen Ehrlich’s Sociology of Law”, en Hertogh, M.L.M. (ed.), *Living law: Reconsidering Eugen Ehrlich* (pp. 1-19), Hart, London.
- HUWYLER, Lara (2022, sept 7), “Claves sobre los precios regulados: Así funcionan en España y en Europa”, RTVE.
- KNOX, Robert (2020), “Haiti at the League of Nations: Racialisation, Accumulation and Representation”, *Melbourne Journal of International Law*, 10(21), 2.
- LAZZARATO, Maurizio (2013), *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal*, Amorrortu, Buenos Aires.
- LÓPEZ, Cristina (2023, jun 2), “Acerca de la actualidad de la genealogía foucaultiana de las prácticas jurídicas modernas”, *Foucault y derecho. Normatividad y poder*, Zaragoza.
- LUCARELLI, Stefano (2009), “La financiarización como forma de biopoder”, en Fumagalli, A. et al. (eds.), *La gran crisis de la economía global. Mercados financieros, luchas sociales y nuevos escenarios políticos* (pp. 125-148), Traficantes de Sueños, Madrid.
- NOGUERA, Albert (2023), *El asalto a las fronteras del derecho*, Trotta, Madrid.
- OLIVER OLMO, Pedro (ed.) (2013), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, Bomarzo, Albacete.
- PECES-BARBA, Gregorio et al. (2000), *Curso de Teoría del Derecho*, Dykinson, Madrid.
- PECK, Jamie (2001), *Workfare States*, Guilford Press, New York.
- PEDERSEN, Jørgen (2022), “Egalitarianism and Taxation”, en Van Brederode, R.F. (ed.), *Political Philosophy and Taxation*, Springer, Singapore. https://doi.org/10.1007/978-981-19-1092-0_9
- PROCACCI, Giovanna (1991), “Social economy and the government of poverty”, en Burchell, G. Gordon, C. y Miller P. (eds.), *The Foucault Effect: Studies in governmentality* (pp. 151-168), Harvester Wheatsheaf, London.
- ROMANO, Santi (1963), *El ordenamiento jurídico*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- ROSE, Nikolas (1996), “The death of the social?: Re-figuring the territory of government”, *Economy and Society*, 25(3), 327-356.
- SAUQUILLO GONZÁLEZ, Julián (en prensa), “Las deudas del liberalismo económico: El neoliberalismo positivo en el Coloquio Walter Lippmann (París, agosto de 1938)”, en González Ordovás, M.J. y Vila-Viñas, D. (eds.), *Libro homenaje al profesor Manuel Calvo García*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SIMON, Jonathan (2007), *Gobernar a través del delito*, Gedisa, Barcelona.
- TERNERO, Juan Manuel et al. (2023, sept 1), *The South of the South. Revisiting the policies of disciplining the population in and from Southern Europe. The case of Spain as an*

- object of research and an agent of the police and military control on the European border: 2012-2022*, 51st European Group for the Study of Deviance and Social Control Conference – The Violence of Law, Turku.
- THOMAS, Leigh y ALOISI, Silivia (2023, aug 30), “French govt seeking to double list of groceries subject to price cuts-source”, *Reuters*.
- VILA-VIÑAS, David (2014), “Nuevas hipótesis en la reconfiguración de las dimensiones penales y sociales de la seguridad”, en Susín, R. y Bernuz, M.J. (eds.), *Seguridad(es) y derechos inciertos* (pp. 77-105), Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza.
- VILA-VIÑAS, David (2021), “Análisis sociojurídico de las transformaciones en la provisión de seguridad. Austeridad y aporofobia como racionalidades estructurantes de la gobernabilidad contemporánea en España”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 45, 195-226. <https://doi.org/10.7203/CEFD.45.20613>
- VILA-VIÑAS, David (2022), “Una lectura iusfilosófica de David Graeber sobre el sujeto, la deuda y la moral”, *Economía: Revista en Cultura de la Legalidad*, 22, 54-78. <https://doi.org/10.20318/economia.2022.6807>
- VILA-VIÑAS, David (2023, aug 31), *Wireless violence: Challenges to the effectiveness of social rights in a digital context*, 51st European Group for the Study of Deviance and Social Control Conference – The Violence of Law, Turku.
- VILA-VIÑAS, David (en prensa), “Liberalismo y efectividad de los derechos sociales. Una discusión a propósito del ingreso mínimo vital”, en González Ordovás, M.J. (ed.), *Los límites del derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- WEBSTER, Colin (2023), *Rich Crime, Poor Crime: Inequality and the Rule of Law*, Emerald, London.
- ZIGURAS, Christopher (2004), *Self-Care: Embodiment, Personal Autonomy and the Shaping of Health Consciousness*, Routledge, London.