

Las nuevas formas jurídicas

El lugar de lo político en el derecho

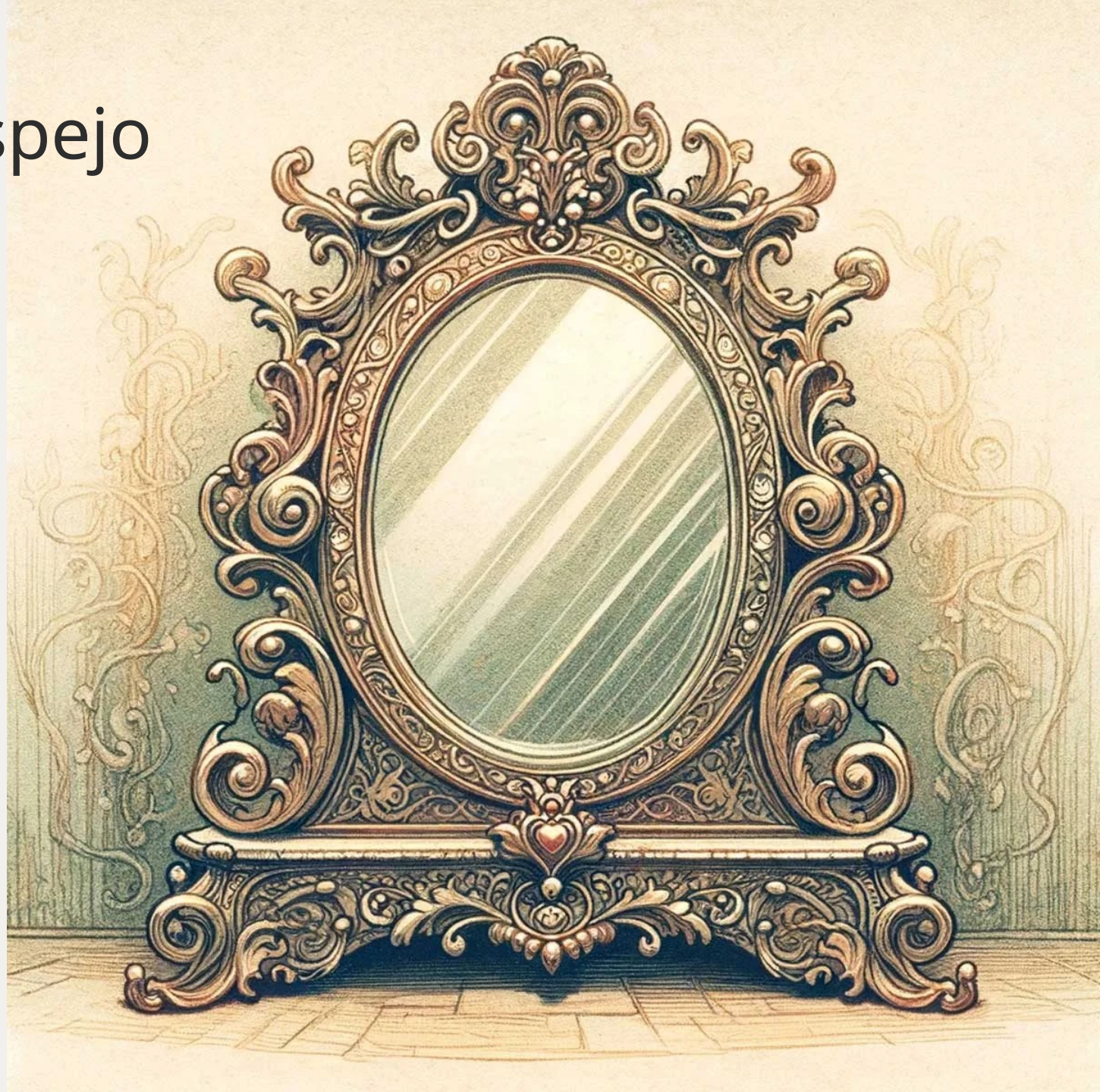
1er Diplomado Repensar la Democracia y el Derecho

Dr. Alejandro Lozano Díez • 27 de marzo de 2026

La metáfora del espejo

1

El derecho contemporáneo se mira en el espejo y no reconoce del todo su propio rostro. Lo que ve reflejado es lo político: una presencia que siempre estuvo ahí, pero que hoy ocupa el centro del cuadro.



El sueño de la pureza



Hans Kelsen fue el gran arquitecto de ese sueño.

2

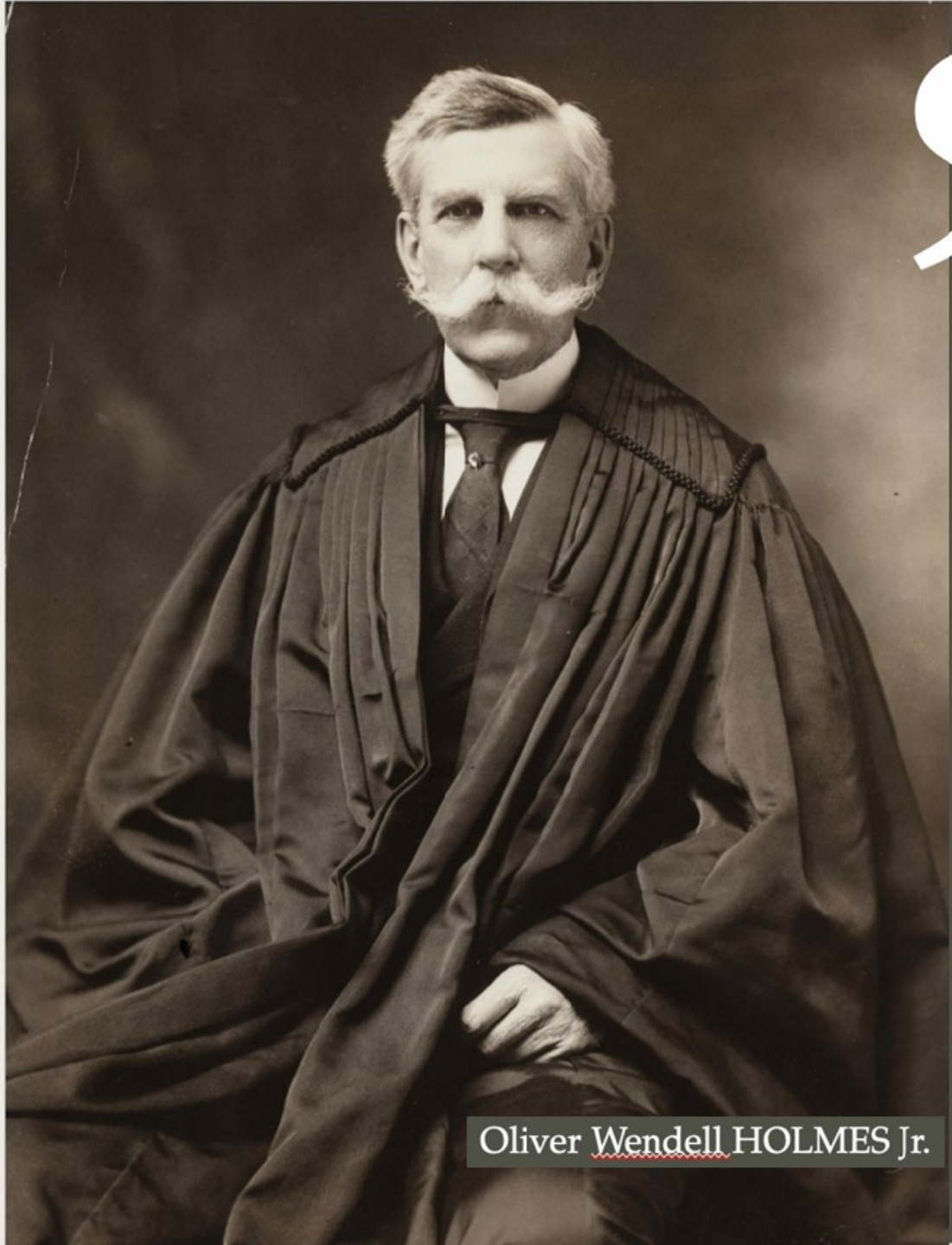
Durante gran parte del siglo XX, el proyecto jurídico dominante fue construir un derecho “puro”: separado de la moral, de la economía y, sobre todo, de la política

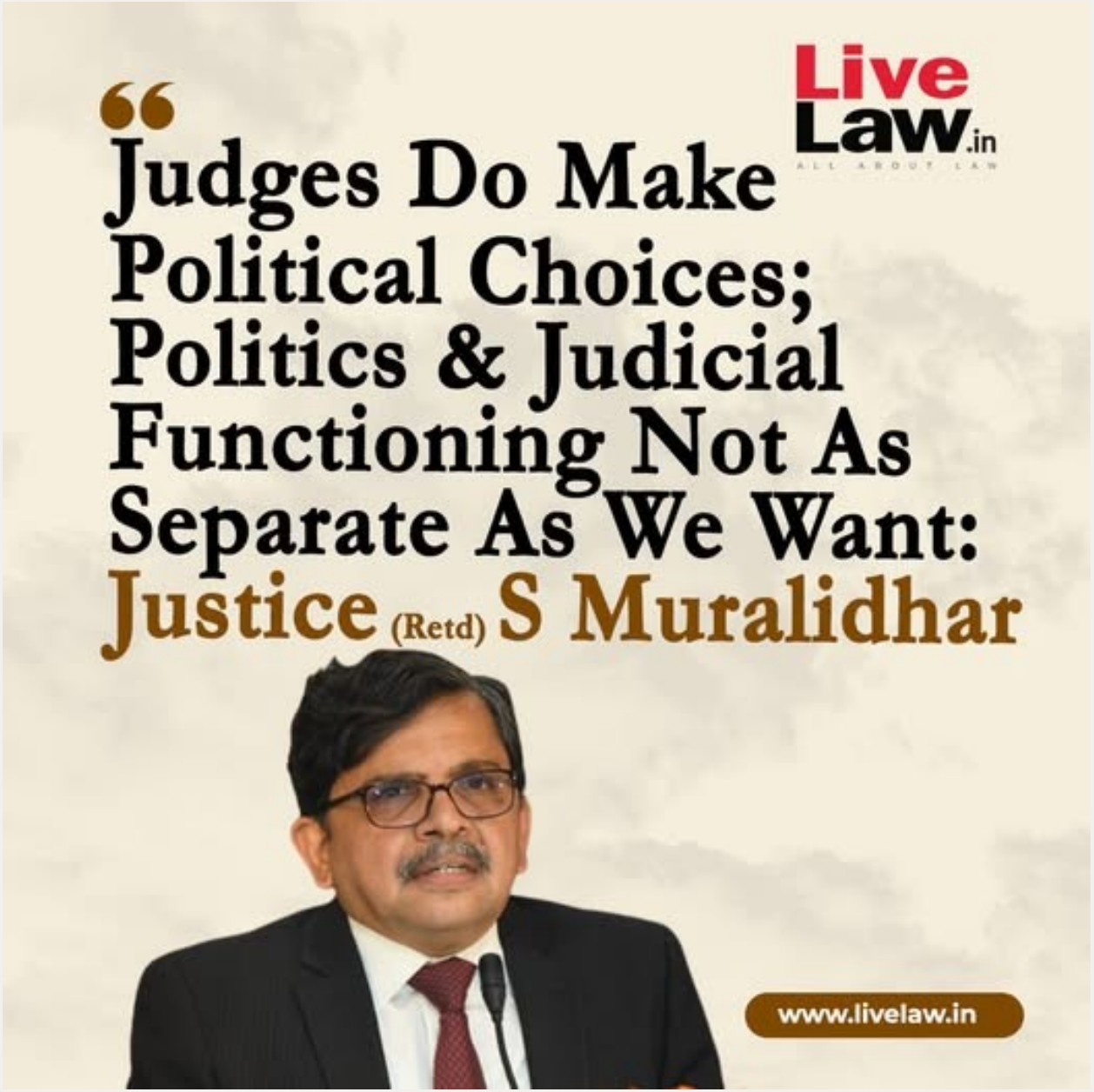
Las primeras grietas: el realismo jurídico

3

Antes de que Kelsen terminara de edificar su catedral de pureza, los realistas jurídicos norteamericanos ya habían colocado dinamita en los cimientos.

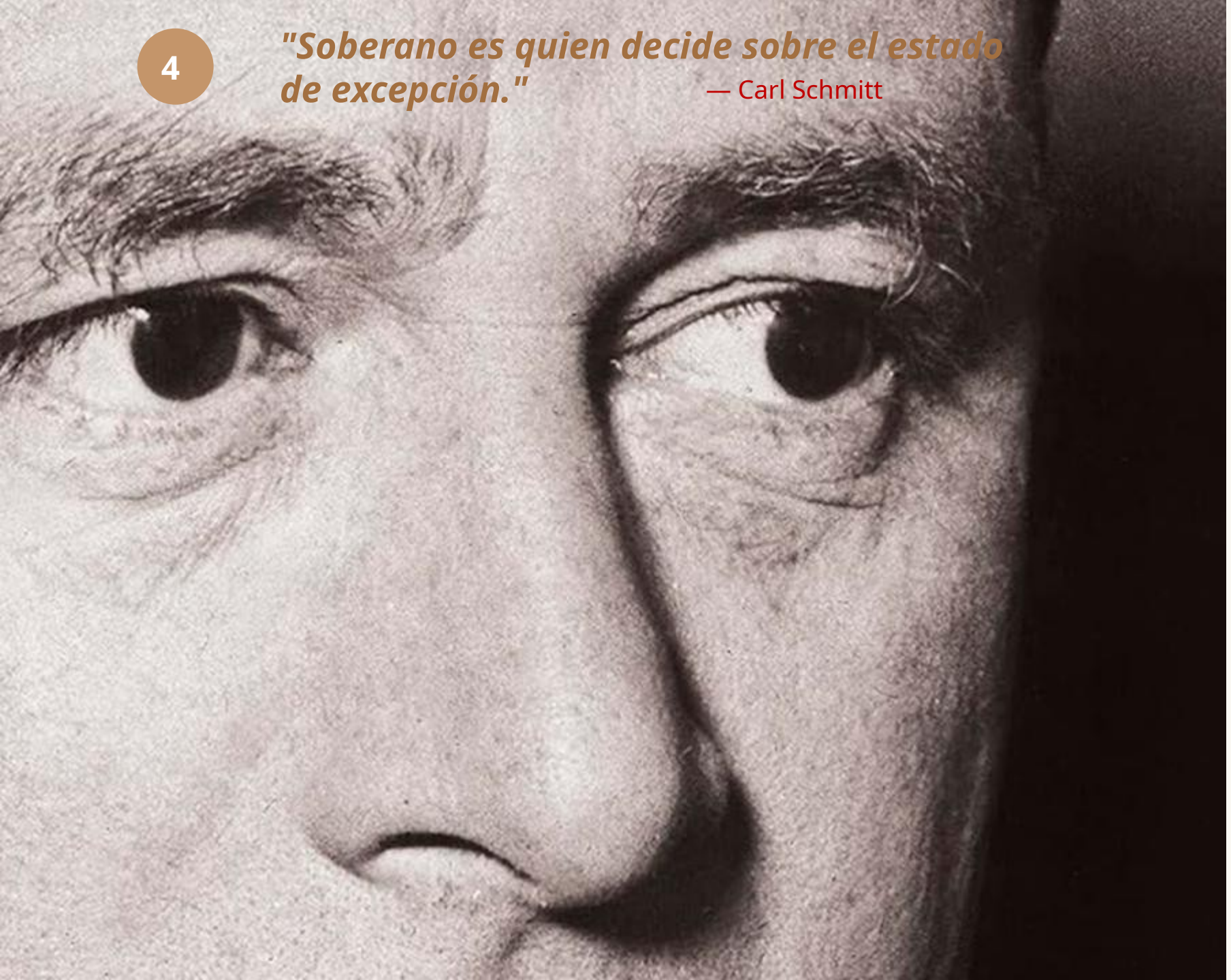
> *“El Derecho es el pronóstico de lo que dirán los jueces."*
>
> — Oliver Wendell Holmes, 1897




Live Law.in
ALL ABOUT LAW
“Judges Do Make Political Choices; Politics & Judicial Functioning Not As Separate As We Want: Justice (Retd) S Muralidhar
www.livelaw.in

"Soberano es quien decide sobre el estado de excepción."

— Carl Schmitt



Carl Schmitt: la decisión desnuda

Para Carl Schmitt, toda norma jurídica presupone una situación normal, y toda situación normal presupone una decisión soberana que la establece. El derecho no precede a la política: nace de ella.

La crítica desde la izquierda: los Critical Legal Studies

5

En los años 70 y 80, el movimiento de los **Critical Legal Studies (CLS)** radicalizó la sospecha: el derecho no es solo permeable a la política, sino que es política disfrazada de neutralidad.



— Duncan Kennedy *"El derecho es ideología congelada."*

Chantal Mouffe: lo político como condición

6



Para Chantal Mouffe, la tradición liberal cometió el error de tratar el conflicto político como un problema a resolver. Pero el conflicto es constitutivo de lo social.

Antagonismo

El otro como enemigo

Agonismo

El otro como adversario

Jeremy Waldron: la dignidad de la legislación

7

Jeremy Waldron defiende que el desacuerdo moral no es un fallo del sistema, sino la condición humana. Por eso la decisión debe recaer en la legislatura —el foro del desacuerdo legítimo— y no en un tribunal que impone su lectura moral como si fuera la única correcta.

La legislatura: el foro del desacuerdo legítimo



Tesis de cierre — Primera hora

8

La separación tajante entre derecho y política no es un hecho que se descubre, sino un proyecto que se construye.

Un proyecto que tuvo razones nobles —proteger al individuo del poder arbitrario— pero que hoy muestra sus costuras.

El derecho nunca fue puro; lo nuevo es que ya no puede fingir que lo es.



SEGUNDA HORA

Polarización, democracia y derecho

El campo minado

Una distinción necesaria

10

	Pluralismo	Polarización
Desacuerdo	Legítimo, sobre políticas	Existencial, sobre identidades
El otro	Adversario	Enemigo
Instituciones	Reglas compartidas	Instrumentos de poder
Verdad	Discutible	Tribal
Meta	Convencer	Vencer

La judicialización de la política

11

PRIMER FENÓMENO

La judicialización de la política ocurre cuando conflictos que deberían resolverse en el foro democrático —el parlamento, la negociación, la calle— se trasladan a los tribunales.

Los jueces se convierten en árbitros de batallas que no eligieron librar.

La politización de la judicatura

12

SEGUNDO FENÓMENO

La politización de la judicatura ocurre cuando el proceso de selección de jueces se convierte en una batalla partidista. El juez deja de ser percibido como árbitro neutral y pasa a ser visto como jugador de un equipo.

Caso paradigmático: Estados Unidos

El constitucionalismo abusivo

13

TERCER FENÓMENO

David Landau acuñó el concepto de “constitucionalismo abusivo” para describir el uso de mecanismos constitucionales —reformas, referéndums, estados de excepción— no para fortalecer la democracia, sino para erosionarla desde dentro.

Con apariencia de legalidad.

El espejo roto

14

En una sociedad polarizada, las instituciones jurídicas no median el conflicto: lo reproducen. Los tribunales se convierten en espejos de la fractura social, no en instrumentos para repararla.

El derecho refleja la enfermedad en lugar de curarla.

La polarización epistémica

15

La polarización más profunda no es la ideológica —siempre ha habido izquierda y derecha—, sino la epistémica: cuando los bandos ya no comparten un suelo común de hechos.

Si no coincidimos en lo que es, es imposible deliberar sobre lo que debe ser.

Redes sociales, algoritmos y aceleración

16

Las redes sociales no inventaron la polarización, pero la aceleraron exponencialmente. Los algoritmos de recomendación crean cámaras de eco y madrigueras de radicalización.

El efecto sobre el derecho es indirecto pero devastador: erosiona el sustrato deliberativo que toda democracia constitucional necesita.

El lawfare: el derecho como arma

17

El “lawfare” —la guerra jurídica— consiste en usar instrumentos legales con fines estratégicos de combate político: procesos penales selectivos, amparos instrumentalizados, reformas constitucionales diseñadas para debilitar al adversario.

No es justicia: es guerra por otros medios.

¿Puede el derecho resistir su propia instrumentalización?

18

El derecho tiene anticuerpos contra su politización:

La independencia judicial

El debido proceso

La motivación de las sentencias

La publicidad de los actos

Sin cultura constitucional, las garantías formales son papel.

La paradoja democrática

19

La democracia necesita del derecho para no destruirse a sí misma.

El derecho necesita de la democracia para no convertirse en tiranía ilustrada.

Ni la democracia sin límites ni el derecho sin legitimidad popular son sostenibles.

Vivimos en esa tensión, no a pesar de ella.

Chantal Mouffe: el agonismo como antídoto contra la polarización

19

Antagonismo

Agonismo

En el antagonismo, el otro es un enemigo al que hay que destruir; en el agonismo, el otro es un adversario al que hay que derrotar, pero cuyo derecho a existir y a competir no se cuestiona.

El remedio no es eliminar el conflicto —eso es imposible y además indeseable— sino reconstruir las condiciones para que el adversario vuelva a ser adversario y deje de ser enemigo.

El espejo, de nuevo

Si el derecho es un espejo de la sociedad, la pregunta final no es solo qué vemos en él, sino qué queremos ver.

Reformar el derecho sin reformar la cultura política que lo sostiene es cambiar el espejo esperando que cambie el rostro.

La tarea es más profunda: atañe a quiénes somos y quiénes queremos ser como comunidad política.

Hay algo casi médico en la propuesta:

Mouffe no dice que el cuerpo político deba estar en reposo — dice que la fiebre es necesaria, pero que hay una temperatura a partir de la cual el organismo empieza a destruirse a sí mismo. La polarización es esa fiebre que ha cruzado el umbral.



Hay que aceptar la creación de instituciones que cuando el conflicto se manifieste no sea una confrontación amigo-enemigo, sino entre adversarios. El antagonismo no puede desaparecer, pero podemos domesticarlo, sublimarlo, aceptar el conflicto como legítimo."

MUCHAS GRACIAS POR SU ATENCIÓN