ENTRE *FICTIO* Y AGENCY. REPRESENTACIONES DINÁMICAS DE LO NORMATIVO*

Between *Fictio* and Agency. Dynamic Representations of The Normative

CARMELO NIGRO **

Fecha de recepción: 09/08/2024
Fecha de aceptación: 10/10/2024

Anales de la Cátedra Francisco Suárez
ISSN: 0008-7750, núm. 59 (2025), 363-376
<https://doi.org/10.30827/acfs.v59i.31418>

RESUMEN La gobernanza contemporánea exige una revisión de las categorías jurídico-políticas de la modernidad. El complejo y mutable marco institucional de la contemporaneidad asiste a una intensificación y polarización de la confrontación, que se ejerce de formas y con instrumentos heterogéneos y en planos diferentes. Esto transforma el papel y la estructura de lo normativo, haciendo resurgir su carácter performativo y fluctuante como instrumento estratégico de aprehensión de lo real, entrelazado y atravesado por elementos de naturaleza extrajurídica que son todo menos objetivos. Una imagen que bien resume el paradigma de la *fictio legis*, reconstruido por Yan Thomas a partir de la tradición ius-romanista.

Palabras clave: Neoliberalismo, Derecho, Política, Fictio, Agency.

ABSTRACT Contemporary governance requires a revision of the legal-political categories of modernity. The complex and mutable institutional framework of contemporaneity is characterized by an intensification and polarization of confrontation, which is exercised in heterogeneous ways and with heterogeneous instruments and on different levels. This transforms the role and structure of the normative, re-emerging its performative and fluctuating character as a strategic instrument of apprehension of the real, interlaced and traversed by elements of an extra-legal nature that are anything but objective. An image that well summarizes the paradigm of *fictio legis*, reconstructed by Yan Thomas from the ius-romanist tradition.

Keywords: Neoliberalism, Law, Politics, Fictio, Agency.

* Para citar/citation: Nigro, C. (2025). Entre *fictio* y agency. Representaciones dinámicas de lo normativo. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 59, pp. 363-376.

** Università degli Studi di Salerno. Dipartimento di Scienze Giuridiche. Via San Giovanni Paolo II, Campus Universitario, Invariante 1A, Via del Diritto, 132, 84084 Fisciano (Italia). Email: cnigro@unisa.it. Traducción de Daniel J. García López.

1. MÁS ALLÁ DE LA REPRESENTACIÓN DEL JUICIO

En *El mercader de Venecia*, William Shakespeare nos ofrece, en la memorable escena que abre el cuarto acto, una imagen particularmente evocadora del proceso judicial. Ahora victorioso, el usurero Shylock se dispone a cobrar su codiciada indemnización: una “libra de carne” del cuerpo de su deudor Antonio.

Evidentemente, la reclamación representa un mero acto de violencia (tanto real como simbólica), podríamos decir un acto “emulatorio”: la reclamación no sólo es económicamente inútil sino incluso desventajosa, ya que el rescate ofrecido por Bassanio, amigo y amante de Antonio, superaría con creces el valor de la deuda.

Es evidente, por tanto, que el interés en juego para Shylock trasciende ahora la lógica económica: lo que busca en este momento de la historia es vengarse, a través del cuerpo de su deudor, de toda la comunidad de Venecia, de la que se siente marginado. El castigo exigido por Shylock es a todos los efectos el instrumento jurídico de un acto político. Obtener venganza personal a través del mismo sistema legal que define su marginalidad, su ambiguo *status* de extranjero.

Partiendo de estas premisas, la representación shakesperiana restituye un uso creativo de la norma: plegadas a un interés que no debían tutelar —y sacrificando en cambio el valor mercantil que debían proteger—, las rígidas formas del orden veneciano parecen sucumbir a la creatividad de Shylock, encerrado y marginado en el gueto de la ciudad, pero integrado en el sistema como estructuralmente necesario para el comercio de la ciudad. Las normas de la ciudad se ven obligadas a tutelar la feroz crueldad de una acción que perjudica a un ciudadano de Venecia. Una crueldad que, desde el punto de vista de Shylock, no es sino una respuesta a la marginación e identificación que ha sufrido. Es la comunidad de Venecia, como explica en el famoso monólogo, la que le ha enseñado esa forma de actuar:

What judgment shall I dread, doing no wrong?/ You have among
you many a purchased slave,/ Which like your asses, and your dogs
and mules/ You use in abject and in slavish parts,/ Because you bought
them. Shall I say to you,/ Let them be free, marry them to your heirs?/
Why sweat they under burthens? Let their beds/ Be made as soft as
yours, and let their palates/ Be seasoned with such viands, you will
answer/ The slaves are ours. So do I answer you./ The pound of flesh
which I demand of him/ Is dearly bought, 'tis mine, and I will have
it./ If you deny me, fie upon your law,/ There is no force in the decrees

of Venice./ I stand for judgment. Answer, shall I have it (Shakespeare, 2006, p. 116)¹.

Sin embargo, el punto de mayor interés es la deslumbrante resolución del proceso. En la solución obtenida por Porcia, Shakespeare revela toda la creatividad del derecho, poniendo de manifiesto en una doble ficción —de y en la escena— el núcleo productivo y político de la forma jurídica. De ahí que Shylock insista en la necesidad del veredicto, apelando a la “violencia simbólica” inherente a los decretos de la ciudad: “If you deny me, fie upon your law, / There is no force in the decrees of Venice” [“Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza”]. Venecia se ve obligada por sus propias leyes a reconocer a un “extranjero” un derecho que no querría reconocer y que percibe como desproporcionado, en virtud de las mismas leyes que normalmente relegan al mismo extranjero a los márgenes de la comunidad. Apelando a la violencia simbólica, Shylock amenaza con desenmascarar la sutil *illusio* que sostiene la “legitimidad” del orden al que está sometido².

Porcia se reapropia del poder institucional, devolviendo la violencia simbólica a los intereses del grupo dominante. Reconociendo el funcionamiento del dispositivo, ofrece una interpretación ultraliteral del mismo, forzando a sabiendas la adhesión a la forma hasta el punto de trastocar su significado: Shylock puede tener lo que le corresponde, pero nada más y nada menos, exactamente como sanciona el contrato. Además, el derramamiento de una sola gota de la sangre de su deudor —como ciudadano de Venecia— implicaría la condena a muerte del acreedor. En un acto de pura ficción, el derecho se reconoce junto con la imposibilidad de su tutela; el conjunto se propone como un resultado objetivo de la ley. Sólo la presencia de los espectadores, más allá de la cuarta pared del teatro en el que se desarrolla el juicio, revela la parcialidad de la solución, el carácter más que

1. “¿Qué sentencia he de temer, no habiendo hecho mal alguno? Tenéis entre vosotros numerosos esclavos que habéis comprado y que empleáis, como vuestros asnos, vuestros perros y vuestros mulos, en tareas abyectas y serviles, porque los habéis comprado. ¿Iré a deciros: ponedlos en libertad, casadlos con vuestras herederas? ¿Por qué los abrumáis bajo sus fardos, por qué sus lechos no son tan blandos como los vuestros, sus paladares regalados con los mismos manjares? Me responderéis: «Los esclavos son nuestros». Yo os respondo a mi vez: «Esta libra de carne que le reclamo la he comprado cara, es mía, y la tendré. Si me la negáis, anatema contra vuestra ley. Los decretos de Venecia, desde ahora, no tienen fuerza. Espero de vos justicia. ¿Me la haréis? Responded” [La versión en español de los fragmentos de la obra *El mercader de Venecia* se han tomado la versión en español editada por Freeeditorial.

Disponible en <https://biblioteca-digital.universidadcolumbia.edu.mx/acervo/LITERATURA/>
2. Sobre los conceptos de violencia simbólica e *illusio* véase P. Bourdieu (2016 y 2013).

fríamente argumentativo, apasionadamente decisivo de la “argumentación” de Porcia.

No sólo fracasará la pretensión de Shylock, sino que a éste se le negará, incluso, el reconocimiento de su legítimo derecho. De hecho, será él quien renuncie a él. Un resultado que, después de todo, parece tan incongruente y desproporcionado como el punto de partida.

La alegría y el sentimiento de victoria que invaden a la comunidad de Venecia y, con ella, al espectador (al fin y al cabo, la obra es una comedia), tienen algo de desconcertante, incluso de inquietante. Si dejamos de estar identificados con los protagonistas, la soledad de Shylock se hace más que evidente: su venganza fue un intento de desafiar a la ciudad; un acto político llevado a cabo a través del plano jurídico, el único que podría haber obligado a la comunidad a aceptar el desafío y reconocer la legitimidad de sus pretensiones, y junto con ella al propio Shylock. El vuelco de “sentencia” le aísla ahora completa y definitivamente. Es la derrota de un disidente, lograda por los mismos medios que había intentado volver contra la sociedad.

El proceso judicial del mercader de Venecia adquiere así el sabor de un enfrentamiento político, protagonizado por ambas partes sobre la representación de un sistema normativo. Éste se interpreta formalmente de manera rígidamente literal, pero se revela, gracias a la doble ficción de la escena, estratégicamente funcionalizado a fines e intereses opuestos y en pugna. Podríamos decir que lo que se muestra en escena es la fractura de lo político que recorre todo el orden social, y que informa la dinámica instituyente/instituido que inerva lo histórico-social, actuando como propulsor de sus continuas transformaciones³.

El aspecto más actual del drama, en particular de esta escena concreta, reside en la dicotomía entre elementos polémicos y neutralidad institucional. Una dicotomía tanto más evidente en el mundo contemporáneo, en el que la pluralización de los poderes y de la *agency* desafía las narrativas trascendentes, devolviendo toda la tensión poiética del orden político-normativo tanto a los estudiosos como a los actores implicados a diario.

Paolo Grossi ha demostrado cómo, alejándose de las “mitologías” (Grossi, 2007) monistas típicas de la modernidad, el ordenamiento jurídico ha recuperado hoy un policentrismo poiético típico de las experiencias premodernas (Grossi, 2017), entrando en una era de metamorfosis que,

3. Sobre este tema remitimos a C. Lefort (2007), y la perspectiva divergente de C. Castoriadis (1998). Para una reconstrucción de la perspectiva del *pensamiento instituyente*, véase también R. Esposito (2020).

lejos de marcar un final improbable, parece encaminarse, por el contrario, hacia una difusión más capilar y articulada en el tejido social⁴. Para Grossi, esta difusión compartida de instrumentos normativos, y el polimorfismo que de ella se deriva, no son nada nuevo en la historia del derecho. La complejidad de la larga experiencia medieval, reconstruida por el autor, atestiguaría en este sentido una coexistencia e interdependencia mutua de sistemas jurídicos de inspiración y estructura heterogéneas. El desarrollo del derecho durante la Edad Media, en efecto, nunca dejó de producir formas y equilibrios institucionales, en una superposición muy articulada de sistemas institucionales interdependientes en el espacio político y social europeo. *Iura propria, ius commune, ius usus feudorum, lex mercatoria*: la larga experiencia medieval muestra, según Grossi, hasta qué punto las categorías jurídicas de la modernidad sólo cubren una fracción de la extensión histórica real del fenómeno “derecho”. Este polimorfismo resurgiría hoy en el complejo marco de la globalización, poniendo en el centro el papel activo y propulsor de los miembros de la sociedad, cada vez más implicados en la dinámica y el instrumental del lenguaje jurídico.

Sin embargo, si es cierto que esta metamorfosis descentraliza la soberanía como sede de la legitimación, no se puede pasar por alto la brecha entre realidad fáctica y norma, entre efectividad y normatividad, que sigue presente en la dinámica de la gobernanza neoliberal. En otras palabras, el entrelazamiento de lo jurídico y lo extrajurídico no debe transmitir la sensación de una sociedad irénica, pacificada al compartir una misma posibilidad de acción. No tanto por el hecho, como veremos, de que entre Estado y soberanía sigue existiendo un nudo fundamental en la red de la gobernanza global, sino por el hecho, también evidente, de que esta red no está en absoluto exenta de desigualdades, discriminaciones, diferencias y asimetrías. Estas últimas, por el contrario, parecen multiplicarse.

Alfonso Catania observó cómo la fuerza, como influencia en las existencias individuales y colectivas:

[...] non è affatto tramontata, per il solo fatto che soltanto in parte viene organizzata dagli Stati e soltanto in parte avviene nella forma direttamente ed esclusivamente fisica, repressiva e sanzionatoria. [...] Se, concettualmente, l'indebolimento della sovranità quale garante dell'effettività apre la scena a rapporti non verticali ma orizzontali e ad una effettività

4. Como escribe Cassese, “le metamorfosi del diritto non vanno nel senso della sua fine, bensì in direzione opposta” (2009, p. 29) [las metamorfosis del derecho no van en el sentido de su fin sino en dirección opuesta]

fondata sul calcolo di convenienza, non per questo relazioni orizzontali sono relazioni paritarie”. (Catania, 2008, p. 161)⁵.

En otras palabras, el debilitamiento de la capacidad del Estado para actuar como tercer garante en la resolución de conflictos conduce a un aumento de la intensidad de la carga política de cada enfrentamiento. Sin embargo, los enfrentamientos se siguen produciendo mediante el uso de la norma, que, como herramienta comunicativa, es en sí misma una apuesta fundamental y, por tanto, objeto de enfrentamientos políticos.

A pesar de la descentralización y atomización de los poderes contemporáneos, en definitiva, sigue existiendo la tensa brecha —procedente de la tradición del positivismo normativista— que separa normatividad y efectividad, orden deóntico y realidad social. Es en este pliegue donde residen, de forma problemática y provisional, tanto la capacidad estabilizadora como la carga propulsora de las instituciones sociales.

Dados estos presupuestos, una categoría como la de *fictio*, propuesta por Yan Thomas a partir de la cultura jurídica romanista, parece particularmente interesante⁶: la dinámica contenida en la idea de ficción podría constituir, en efecto, una categoría sintética idónea para cifrar el dinamismo entre estabilidad y transformación, bisagra entre norma y decisión, entre instituyente e instituido, cuyas relaciones reaparecen hoy en toda su problemática productividad.

Antes de analizar el posible paradigma que ofrece la fórmula de la *fictio* y sus posibles usos, será necesario recordar brevemente el contexto del neoliberalismo contemporáneo, en el que se moverá este análisis.

2. EL ESCENARIO NEOLIBERAL

Lo nacional, siguiendo la perspectiva de Saskia Sassen, no sería sino un ensamblaje específico de tres elementos: territorio, autoridad y derechos. Ahora bien, serían precisamente las capacidades desarrolladas por un ensamblaje específico las que han permitido históricamente la transición al

5. “[N]o ha disminuido en absoluto, por el mero hecho de que sólo en parte viene organizada por los Estados y sólo en parte tiene lugar de forma directa y exclusivamente física, represiva y sancionadora. [...] Si, conceptualmente, el debilitamiento de la soberanía como garante de la eficacia abre el escenario a relaciones no verticales sino horizontales y a una eficacia basada en el cálculo de conveniencia, no por ello las relaciones horizontales son relaciones paritarias”.

6. Sobre este punto, nos remitimos a Y. Thomas (2016).

siguiente ensamblaje. Estas capacidades no conducen a un desarrollo necesario, sino a un resultado históricamente posible y nunca predeterminado, provocado por confluencias históricas que la autora denomina *puntos de inflexión*. Un ensamblaje es, pues, el resultado de una inmanencia siempre en curso, que reinterpreta lo ya dado, transformándolo de maneras relativamente imprevisibles. En resumen, la centralización del poder y de la autoridad propia del ensamblaje nacional estaba profundamente arraigada en las capacidades desarrolladas por el feudalismo, del mismo modo que, por otra parte, la desnacionalización en curso presupone las capacidades administrativas y de coordinación desarrolladas por los Estados durante la era nacional (Sassen, 2008).

Los flujos de capital, trabajo e información recorren los espacios de la contemporaneidad, sobrescribiendo los mapas tradicionales de los Estados-nación con nuevos confines. Las ciudades globales, por ejemplo, representarían los nodos de una red transfronteriza parcialmente autónoma respecto a las dinámicas internas de los Estados a los que pertenecen. Actuando como colector de servicios de coordinación y control para las altas finanzas y el capital global, dichos nodos permitirían ejercer funciones de coordinación y control a escala mundial que de otro modo serían imposibles. Cada nodo sólo tiene sentido dentro de una red, constituyendo un espacio de acción inédito, un ensamblaje que se aleja de la territorialidad moderna de lo nacional (Ost y Van De Kerchove, 1994).

A medida que cambia el escenario, se multiplican los actores, cada uno de los cuales reclama (con distinta fortuna) un papel cada vez más central. El sector privado participa activamente en la creación de instrumentos normativos capaces de satisfacer necesidades específicas y que implican la formalización de instituciones públicas, y esta participación generalizada y estratégica ejerce una presión constante sobre los equilibrios institucionales, remodelándolos.

Pensemos en el conocido fenómeno de la nueva *lex mercatoria*, o en la gran proliferación de contratos tipo y de estructuras de arbitraje, así como en la contractualización más general de las relaciones incluso entre actores públicos, que flanquea la lógica moderna y universal de los derechos con la lógica específica de los intereses. La estrategia del acuerdo y la negociación es también un pivote fundamental de los frágiles equilibrios entre las instituciones públicas. Esta configuración muestra una tendencia de lo jurídico a traspasar los confines.

Lo que surge es un orden descentralizado, resultado del entrelazamiento anómico de autores no homogéneos y de prácticas eclécticas, que se aleja de la imagen moderna del gobierno, evocando inevitablemente otra: la de la gobernanza. Esta última puede definirse como un orden funcional,

fundado no en la legitimidad formal de una autoridad superior, sino en un reparto de objetivos. Según la conocida definición de Rosenau:

[...] governance is not synonymous with government. Both refer to purposive behavior, to goal-oriented activities, to systems of rule; but government suggests activities that are backed by formal authority, by police powers to ensure the implementation of duly constituted policies, whereas governance refers to activities backed by shared goals that may or may not derive from legal and formally prescribed responsibilities and that do not necessarily rely on police powers to overcome defiance and attain compliance. Governance, in other words, is a more encompassing phenomenon than government. It embraces governmental institutions, but it also subsumes informal, non-governmental mechanisms whereby those persons and organizations within its purview move ahead, satisfy their needs, and fulfill their wants (Rosenau, 1992, pp. 4-5)⁷.

Sin embargo, ambos modelos no se excluyen mutuamente. Al contrario, se sostienen mutuamente en una relación de compatibilidad que se mueve y desarrolla a través de una intersección continua. Más que enfrentarse el uno contra el otro, se trata de constatar y revelar su concurrencia (Tucci, 2012, p. 7). Los sistemas de *hard law*, centrados en la distinción binaria lícito/ilícito y apoyados en el poder sancionador, están flanqueados por instrumentos de *soft law* capaces de dirigir el comportamiento sin sancionarlo, persuadiendo en lugar de forzando, disuadiendo en lugar de prohibiendo, convenciendo en lugar de castigando⁸.

El derecho como herramienta comunicativa se expande, borrando las delimitaciones y diferencias anteriores (interno/externo, nacional/inter-

7. “[G]obernanza no es sinónimo de gobierno. Ambos se refieren a un comportamiento intencionado, a actividades orientadas a objetivos, a sistemas de gobierno; pero el gobierno implica actividades que están respaldadas por una autoridad formal, por poderes policiales que garantizan la aplicación de políticas debidamente constituidas, mientras que la gobernanza se refiere a actividades respaldadas por objetivos compartidos que pueden derivarse o no de responsabilidades jurídicas y formalmente prescritas y que no dependen necesariamente de poderes policiales para superar los cuestionamientos y lograr su cumplimiento. La gobernanza es, en otras palabras, un fenómeno más amplio que el gobierno. Abarca las instituciones gubernamentales, pero también subsume los mecanismos informales, no gubernamentales, mediante los cuales las personas y organizaciones dentro de su ámbito avanzan, satisfacen sus necesidades y cumplen sus deseos”.

8. Sobre este punto, se hace referencia obviamente a M. Foucault (2017a); desde una perspectiva teórico-jurídica, el concepto de *soft law*, tratado aquí desde un punto de vista filosófico-político, puede encontrar resonancia en la idea de N. Bobbio sobre la función promocional del derecho, que muestra cómo la norma puede asumir una función de dirección de los comportamientos, además de la meramente sancionadora (Bobbio, 2007)

nacional, público/privado). Una estructura en red en la que la aparente ausencia de jerarquías permitiría la libre participación de los interesados para perseguir sus propios intereses específicos. Una estructura de relaciones paritarias y reticulares, en definitiva, caracterizada precisamente por el léxico de los intereses y la libertad absoluta.

En realidad, es evidente que esta estructura no está exenta de diferencias: la red de gobernanza mundial, lejos de ser el espacio liso de la igualdad de oportunidades, mantiene una estratificación muy compleja, en la que las diferencias y las posibilidades se cultivan y se subyugan a la funcionalidad del capital global⁹.

Entre otros, Aiwha Ong ha mostrado con especial claridad cómo funciona realmente esta tecnología gubernamental. En *Buddha is Hiding: Refugees, Citizenship, the New America* (Ong, 2005) Ong describe los procesos de subjetivación/sometimiento a los que se ven sometidos los refugiados camboyanos en Norteamérica en su camino hacia la ciudadanía. Vinculados por el sistema estadounidense, los refugiados se someten a una “rete di uffici, di welfare, scuole di formazione professionale, ospedali e luoghi di lavoro” [redes de oficinas, de asistencia social, escuelas de formación profesional, hospitales y lugares de trabajo] (Ong, 2005, p. 29). Pero, al mismo tiempo, se reinventan a sí mismos, plegando las normas para adaptarlas a su propia cultura e imaginando así nuevas prácticas vitales, precisamente a partir de los vínculos y obligaciones diseñadas por el sistema de acogida. En otras palabras, los refugiados camboyanos constituyen su identidad no a través de una resistencia frontal al poder normativo, sino a través de un replanteamiento constante de las prácticas vitales, que tiene lugar precisamente a partir de la necesidad de respetar la norma; por tanto, a través de un uso de la norma que es a la vez literal y creativo. En éste, como en muchos otros casos en definitiva, el carácter disciplinario de la norma es a la vez reconocido, adoptado y plegado a las necesidades específicas de la comunidad de referencia.

Esta dinámica, sin embargo, está también en la base de complejos dispositivos de explotación y sometimiento que, al romper la universalidad formal del sujeto-ciudadano moderno, pueblan la fragmentada escena global de subjetividades cada vez más heterogéneas. La reticularidad del poder contemporáneo muestra en estos casos toda su desigualdad, y la inmanencia de la red revela el peso abrumador de la pluralidad de niveles en que se distribuye. Es de nuevo Ong quien describe todo esto de manera

9. Véase S. Mezzadra y B. Neilson (2014).

particularmente eficaz, partiendo de un certero análisis antropológico de las economías del Sudeste Asiático (Ong, 2013)¹⁰.

Central en el discurso de la autora es precisamente el concepto de excepción, con el que Carl Schmitt fundó, en la estela de Hobbes, el núcleo político de la soberanía moderna (Schmitt, 1972). Pero si en la lectura de Schmitt la excepción se postulaba como un momento puntual y fundante, y por tanto captado en su liminalidad respecto al orden político-jurídico, en el discurso de Ong se convierte en un elemento mucho más difuso y constante. Inmanente a la estructura de la gobernanza contemporánea, la excepción es captada en su aspecto eminentemente productivo, como dispositivo político (y jurídico) capaz de articular poderes gubernamentales y violencia soberana.

Este dispositivo actúa en ambas direcciones, tanto incremental como represiva, tanto inclusiva como excluyente. El *neoliberalismo como excepción* remite a la aplicación de cálculos económicos en la gestión de las poblaciones y los espacios sociales. De este modo, al suspender las prácticas democráticas, la excepción neoliberal legitima las opciones políticas en virtud de necesidades sustraídas al discurso político. A la inversa, las *excepciones al neoliberalismo* pueden invocarse para excluir a determinados sujetos y espacios de los cálculos y las opciones neoliberales (Ong, 2013, p. 32)¹¹.

Sin embargo, estos espacios y *status* excepcionales —en comparación con el cálculo liberogénico de la gubernamentalidad neoliberal— siguen siendo funcionales a su lógica: existen para el mercado, pero fuera del mercado. Las excepciones al neoliberalismo pueden, por ejemplo, excluir a parte de una población de las protecciones asistencialistas o, a la inversa, ampliar o producir para otra parte protecciones y privilegios particulares. Actuando dentro y fuera de las fronteras nacionales, la excepción neoliberal desarticula la ciudadanía, dividiendo sus componentes para rearticular sus miembros. Aunque no desaparece sobre el papel, el *status de* ciudadano se fragmenta en subjetividades provisionales y divergentes.

La intersección de estas dos dinámicas da lugar a lo que Ong denomina *soberanía por intersección*: un marco en el que empresas, gobiernos, organizaciones y otras agencias contribuyen a la desarticulación de lo *nacional* y a la creación de espacios diferenciales, específicos y funcionalmente diversos. Es el caso de las Zonas Económicas Especiales (ZEE) y las Regiones Administrativas Especiales (RAE), con las que el Gobierno chino toma decisiones

10. Sobre este punto véase M. Foucault (2017b).

11. Sobre la relación entre el proyecto neoliberal y la espacialidad diferencial, véase L. Wacquant (2013), W. Brown (2013); I. Ortiz Gala (2024).

programáticas mediante refinadas técnicas de *zonificación*. El objetivo es aumentar la competitividad acomodando, mediante distintos tratamientos para empresarios, trabajadores cualificados y mano de obra barata, las diferentes y cambiantes necesidades del mercado mundial. En resumen, el Estado actúa como actor en el marco de la lógica neoliberal. El propio ejercicio de la soberanía es una excepción a esta lógica, pero funcionalizada dentro de ella.

Concentrando un tipo particular de mercado laboral, oportunidades de inversión y libertad administrativa. La existencia de tales estructuras organizativas de formalidad variable, así como las innumerables formas de existencia que las habitan, se juega en torno a una constante reelaboración estratégica de la norma, entendida aquí en su doble acepción de normatividad y normalización (Ong, 2013)¹². Parece surgir un uso fluctuante de las normas, capaz de encauzar los comportamientos y las decisiones en la instauración de una realidad social y económica de estatuto variable, constantemente sometida a la reinterpretación del orden normativo y a los nuevos equilibrios logrados por los intereses en juego. Es precisamente este poder instituyente de la norma, y el papel omnipresente que adquiere la decisión en la construcción de su realidad artificial, lo que nos lleva de nuevo a la idea de *fictio*.

3. EL HOLOGRAMA DE LA *FICTIO*

Instrumento de la pragmática del derecho romano, la *fictio* consiste en “nel travestire i fatti, dichiarandoli altri da ciò che realmente sono” [“en disfrazar los hechos, declarándolos diferentes de lo que realmente son”] (Thomas, 2016, p. 17), extrayendo de este disfraz las consecuencias jurídicas vinculadas a la realidad fingida. Así pues, se trata ante todo de un instrumento de acción en el plano jurídico.

Lo que resulta especialmente interesante es el supuesto de su acción, que se fundamenta, explica Thomas, en la *certeza de lo falso* (Thomas, 2016, p. 17): fingir no significa engañar, sino establecer conscientemente un *como si* jurídico, que elude los presupuestos fácticos y produce los efectos deseados en el plano del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la *fictio* sería el punto de emergencia de la relación muy específica mantenida en Roma entre la realidad fáctica y lo jurídico, a partir de la cual se reconocía a los jurisconsultos y a la ley un poder real sobre el orden de las cosas: el de “dominare il reale rompendo apertamente con esso” [“dominar lo real rompiendo abiertamente con él”] (Thomas, 2016, p. 23).

12. Para el concepto de individualización del poder, véase M. Foucault (2000).

La existencia de este poder se hace aún más evidente por el hecho de que la recurrencia de tales fórmulas es todo menos casual, ya que se presenta como una elección consciente, dictada por una visión precisa del instrumento jurídico: su uso recurrente, incluso en presencia de otros instrumentos de acción, “testimonia l’estrema libertà nei confronti della realtà, dell’eccezionale artificialità delle tecniche del diritto, e, a dirla tutta, della sua potente e innata autonomia” [“atestigua la extrema libertad frente la realidad, de la artificialidad excepcional de las técnicas del derecho y, por decirlo sin rodeos, de su potente e innata autonomía”] (Thomas, 2016, p. 53).

Mucho más que un medio *económico* para formular decretos y medidas, la *fictio* en la lectura de Thomas representa el principio de funcionamiento consciente del *ius*: “si isolò [...] progressivamente, in costruzioni sempre più complesse, scavando sempre più il solco che lo separava dal reale” [“se aisló [...] progresivamente, en una construcción cada vez más compleja, cavando cada vez más el surco que lo separaba de lo real”] (Thomas, 2016, p. 53). Tanto más cuanto que el derecho romano conocía varias alternativas¹³. Por el contrario, la existencia de esta alternativa subraya la significación modal de la forma ficticia, confirmando a su uso “valore di scelta” [“valor de elección”] (Thomas, 2016, p. 59).

Por eso, según la acertada expresión de Spanò y Vallerani, la *fictio* puede considerarse un *holograma del derecho*. En efecto:

[...] dice qualcosa sul diritto tutto intero, almeno se è vero che ogni qualificazione è sempre una finzione; ovvero la creazione di un altro mondo —falso, istituito— su cui operare, travestendo i fatti —‘dichiarandoli altri da ciò che essi sono’— così da produrre modificazioni e trasformazioni sulla realtà stessa, a partire da quella verità che sarà stata finta” (Spanò y Vallerani, 2016, p. 95)¹⁴.

Cabe suponer que la *inconfundible originalidad* del *ius civile*, de la que habla Thomas, reside en la rara conciencia, que caracteriza a la cultura

13. Por ejemplo, explica Thomas, en el caso de una venta en la que tanto el vendedor como el comprador habían causado un retraso en la entrega de las mercancías, si sólo se debía culpar al acreedor, era indiferente decir que todo había tenido lugar como si el comprador hubiera sido la única causa del retraso (*preinde esse... quasi si per emptorem solum stisset*), es decir, declarar la decisión en forma de ficción, o declarar directamente que el retraso sólo perjudicaba al comprador (Thomas, 2016, p. 56).

14. “[...] dice algo sobre el derecho en su conjunto, al menos si es verdad que toda calificación es siempre una función; es decir, la creación de otro mundo falso —falso, instituido— sobre el cual operar, disfrazando los hechos —declarándolos diferentes de lo que realmente son— para producir así modificaciones y transformaciones sobre la misma realidad, partiendo de aquella verdad que habrá sido fingida”.

jurídica romana, del verdadero poder de las palabras. Si la ficción como conciencia de lo falso es la fuente de toda realidad instituida, la amplia y precoz autonomía del derecho romano no fue otra cosa que el fruto de esta conciencia práctica del poder performativo de la palabra: la conciencia de que el orden institucional dentro del cual la acción y la vida social adquieren sentido vive en esas mismas acciones, comportamientos y vidas que regula, pero al mismo tiempo las sobrepasa y precede.

Para concluir, volvamos por un momento a la disputa entre Shylock y Antonio: lo que el comienzo del último acto de *El mercader de Venecia* revela al lector contemporáneo puede ser precisamente esta naturaleza ficticia del orden institucional. La doble representación en torno a la cual se construye la acción escénica literalmente la tensión dicotómica que inerva la vida de todo orden normativo, el dinamismo de interpretación y creación, de decisión y norma, que se oculta en todo momento bajo las rígidas formas de la normatividad. Al mostrar el engaño de Porcia en el mismo momento en que se produce, Shakespeare pone de manifiesto la verdad tras la escena del orden institucional, su inevitable politicidad y el carácter ficticio de la forma jurídico-normativa como instrumento de creación, conservación y renovación de lo real-histórico. El engaño, pues, consiste en el enmascaramiento del conflicto tras la terceridad del instrumento normativo, en el olvido de que la norma es en todo momento un *como si*, cuya relevancia y eficacia se confían al reconocimiento y uso no desinteresado de los consociados, y que este reconocimiento, respecto de las formas, sólo altera su contenido. Al actuar *como si* tuviera legitimidad, Porcia despliega simultáneamente toda la fuerza de la apariencia formal y al mismo tiempo toda su vitalidad poética, que en este caso recompone el orden perturbado.

Por otra parte, la rebelión desesperada pero cruel de Shylock marca la fractura trágica que atraviesa la representación irénica de la norma; es un testimonio del conflicto omnipresente que atraviesa lo social, recordándonos la necesidad de rediscutir lo existente, en busca de una posible apertura hacia su *afuera*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bobbio, N. (2007). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Bourdieu, P. (2013). *Sullo Stato. Corso al Collège de France. Volume I (1989-1990)*, tr. it. de M. Guareschi. Milano: Feltrinelli.
- Bourdieu, P. (2016). *Il senso pratico*, tr. it a cura di M. Piras. Bologna: Armando Editore.

- Brown, W. (2013). *Stati Murati. Sovranità in declino*, tr. it. de S. Liberatore. Roma-Bari: Laterza.
- Castoriadis, C. (1998). *L'enigma del soggetto. L'immaginario e le istituzioni*, tr. It. de R. Currado. Bari: Dedalo.
- Catania, A. (2008). *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*. Roma-Bari: Laterza.
- Esposito, E. (2020). *Pensiero Istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*. Torino: Einaudi.
- Foucault, M. (2000). *Omnes et singulatim: Toward a Critique of Political Reason. Power*, vol. 3 di *Essential Work of Foucault, 1954-1984*. New York: New Press.
- Foucault, M. (2017a). *Sicurezza, territorio, popolazione. Corso al Collège de France (1977-1978)*, tr. it. de P. Napoli. Milano: Feltrinelli.
- Foucault, M. (2017b). *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, tr. it. de M. Bertani e V. Zini. Milano: Feltrinelli.
- Grossi, P. (2007). *Mitologie giuridiche della modernità*. Milano: Giuffrè.
- Grossi, P. (2017). *L'invenzione del diritto*. Roma-Bari: Laterza.
- Lefort, C. (2007). *Saggi sul politico, XIX e XX secolo*, tr. It. de B. Magni. Bologna: Il Ponte.
- Mezzadra, S. y Neilson, B. (2014). *Confini e frontiere. La moltiplicazione del lavoro nel mondo globale*. Bologna: Il Mulino.
- Ong, A. (2005). *Da rifugiati a cittadini. Pratiche di governo nella nuova America*, tr. It. de D. Borca. Milano: Raffaello Cortina Editore.
- Ong, A. (2013). *Neoliberalismo come eccezione. Cittadinanza e sovranità in mutazione*, tr. It. de M. Spanò. Firenze-Lucca: Volo Publishing.
- Ortiz Gala, I. (2024). *El mito de la ciudadanía*. Barcelona: Herder
- Ost, F. y Van De Kerchove, M. (1994). *Legal System. Between Order and Disorder*. Oxford: Claredon.
- Rosenau, J.N. (1992). Governance, Order and Ghange in World Politics. EnJ. N. Rosenau, E. O. Czempiel (eds.). *Governance without government: Order and Change in World Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Rossi, P. (eds.) (2009). *Fine del diritto?* Bologna: Il Mulino.
- Sassen, S. (2008). *Territorio, autorità, diritti. Assemblaggi dal Medio all'età globale*, tr. It. de N. Malinverni e G. Barile. Milano: Bruno Mondadori.
- Schmitt, C. (1972). *Teologia politica*, in C. Schmitt, *Le categorie del 'politico'*, tr. It. de G. Miglio e P. Schiera. Bologna: Il Mulino.
- Shakespeare, W. (2006). *The Merchant of Venice*. New Haven-London: Yale University Press.
- Thomas, Y. (2016). *Fictio legis*, tr. It. de G. Lucchesini. Macerata: Quodlibet.
- Tucci, A. (2012). *Immagini del diritto. Tra fattualità istituzionale e agency*. Torino: Giappichelli.
- Wacquant, L. (2013). *Iperincarcerazione. Neoliberalismo e criminalizzazione della povertà negli Stati Uniti*. Verona: Ombre Corte.