

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XL
2024



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES

BOE BOLETÍN
OFICIAL DEL
ESTADO

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Directora

Prof.^a Dra. ÁNGELES SOLANES CORELLA
Universitat de València

Secretaria

Prof.^a Dra. TERESA PICONTO NOVALES
Universidad de Zaragoza

CONSEJO DE REDACCIÓN

Prof.^a Dra. MARÍA ISABEL GARRIDO GÓMEZ
Universidad de Alcalá

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

Prof. Dr. NACHO HERNÁNDEZ MORENO
Universitat de València

Prof.^a Dra. SONIA ESPERANZA RODRÍGUEZ BOENTE
Universidad de Santiago de Compostela

CONSEJO ASESOR

Prof.^a Dra. JUANA MARÍA GIL RUIZ
Universidad de Granada

Prof.^a Dra. MARÍA JOSÉ GONZÁLEZ ORDOVÁS
Universidad de Zaragoza

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof.^a Dra. MARÍA OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ
Universidad de Cantabria

Prof.^a Dra. ISABEL LIFANTE VIDAL
Universidad de Alicante

Prof.^a Dra. PATRICIA CUENCA GÓMEZ
Universidad Carlos III de Madrid

Prof. Dr. JOSÉ LUIS PÉREZ TREVIÑO
Universidad Pompeu Fabra

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO RAMOS PASCUA
Universidad de Salamanca

Prof. Dr. RICARDO GARCÍA MANRIQUE
Universitat de Barcelona

Prof.^a Dra. ALESSANDRA FACCHI
Università degli Studi di Milano

Prof. Dr. MARIO G. LOSANO
Università del Piemonte Orientale «Amedeo Avogadro»

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones sostenidas
por los autores de los originales publicados**

**ANUARIO DE FILOSOFÍA
DEL DERECHO**

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Editado por: Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con
las Cortes y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Periodicidad: Anual
Precio del Tomo: 28 € (más gastos de envío).

CONSEJO DE REDACCIÓN

Secretariado: Departamento de Filosofía del Derecho y Política;
Facultat de Dret, Universitat de València, Av. dels Tarongers, S/N,
46022 VALENCIA
afd@uv.es

ADMINISTRACIÓN

Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes
Centro de Publicaciones. C/ San Bernardo, 62. 28015 MADRID
Tels.: 91 390 20 91 / 21 49

VENTA, DISTRIBUCIÓN Y SUSCRIPCIONES

Librería del Boletín Oficial del Estado
C/ Trafalgar, 27. 28071 MADRID
tienda@boe.es

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XL
2024



MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2024

AFD Anuario de Filosofía del Derecho

El Anuario de Filosofía del Derecho es una revista anual vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), que se edita desde 1953 por el Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia, principalmente relacionadas con el área de Filosofía del Derecho y Filosofía Política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.



<https://cpage.mpr.gob.es>

Es propiedad. Queda hecho el depósito y la suscripción en el registro que marca la Ley. Reservados todos los derechos.

ISSN: 0518-0872

NIPO (AEBOE): 144-24-103-9 (edición en papel)

144-24-104-4 (edición en línea, pdf)

NIPO (M.º de la Presidencia, Justicia y Relaciones

con las Cortes): 143-24-006-X (edición en papel)

143-24-007-5 (edición en línea, pdf)

Depósito Legal: M-11151-1958

IMPRENTA NACIONAL DE LA AGENCIA ESTATAL BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO
Avda. de Manoteras, 54. 28050 MADRID

PRESENTACIÓN DEL ADF 2024

El volumen XL (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* retoma su estructura después del número anterior dedicado a homenajear a la revista con motivo de su septuagésimo aniversario. La primera sección recoge algunas de las ponencias que fueron presentadas en las XXVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP) celebradas en la Universidad de Sevilla, los días 29 y 30 de septiembre de 2022, bajo el tema «Filosofía del Derecho y pandemia en la sociedad global». El *Anuario de Filosofía del Derecho* acude así, como ya es tradición, a la cita de recoger aquellos debates que se presentan bianualmente en dicho evento. En este caso, han transcurrido más de dos años, precisamente por el aplazamiento que dichas jornadas sufrieron como consecuencia de la pandemia, a cuyo análisis se dedicaron buena parte de las ponencias del encuentro. De esta manera, nuestra revista, publicada por el Ministerio de Justicia y respaldada académicamente por la mencionada sociedad, continúa impulsando el papel esencial de la filosofía jurídica y política como disciplina y de los resultados de las investigaciones en este campo de conocimiento.

Esta primera sección monográfica contiene siete artículos que se ordenan siguiendo el esquema de las diferentes mesas de las jornadas. La primera sesión se dedica a la teoría del derecho ante la pandemia. Antonio Enrique Pérez Luño ofrece una interesante reflexión hispanense sobre nuestra disciplina en el marco de la pandemia a propósito del encuentro. Para ello, aborda tres circunstancias que a juicio del autor dan sentido a dicho encuentro. En primer lugar, el lugar en el que se lleva a cabo, Sevilla; en segundo lugar, el impacto que la pandemia ha tenido y sigue teniendo en la experiencia jurídica; y, por último, el enfoque iusfilosófico desde cuya perspectiva se reflexiona sobre los retos que aquella nos plantea.

En ese contexto de la pandemia por COVID-19, Baldassare Pastore analiza la gestión de dicha situación de emergencia sanitaria que, en su opinión, ha amplificado tendencias actuales en la estructura misma de las fuentes del derecho. La disciplina jurídica se halla inmersa en un contexto en el que coexisten y compiten diversas fuentes y múltiples sujetos reguladores, lo cual tiende a relativizar el principio de tipicidad, a distorsionar el orden jerárquico, y afecta a la seguridad jurídica e interpretación normativa.

La segunda mesa aborda la cuestión de los nuevos paradigmas de los derechos humanos en un contexto de crisis global. Manteniéndonos en el contexto de emergencia sanitaria provocada por la pandemia de COVID-19, Cristina García Pascual nos acerca a las diferentes líneas argumentales que giraron en torno al debate público sobre la crisis. El recorrido de su trabajo nos lleva desde la negación o engaño bajo el paradigma del Estado de excepción permanente hasta la visión de aquel momento como un evento de catarsis colectiva, pasando por aquellas posiciones que alertaron del riesgo de la inacción estatal y consiguiente vulneración de la dignidad humana, así como las posturas que auguraban la victoria del capitalismo tecnológico y la crisis de la democracia.

Las nuevas tecnologías y la sociedad del control: de la biopolítica a la psicopolítica es el tema de la tercera de las sesiones de la jornada. Nuria Beloso Martín busca rescatar los conceptos de biopolítica y biopoder como raíces fundamentales de los actuales paradigmas de psicopolítica y psicopoder. Con la pandemia de fondo, un momento en el que se revivieron los principios de sociedad disciplinaria, se amplió el dominio digital y tecnológico mediante herramientas que ya no solo controlan el cuerpo, sino que también influyen en nuestra mente. La autora nos plantea que este psicopoder se manifiesta generando situaciones de servidumbre voluntaria, pero a la vez inconsciente, que se erigen como uno de los grandes retos que debe superar el jurista de nuestro tiempo.

La inteligencia artificial, con sus múltiples dimensiones, es el objeto de estudio de Jesús Ignacio Martínez García en su trabajo sobre *el jurista del dato*. Para el autor, esta herramienta transforma el derecho facilitando la actividad jurídica, pero también con implicaciones epistemológicas y sociales, y posibilita el reduccionismo del derecho a una mera esfera de datos y cálculos en los que prospera un jurista mecanizado. La racionalidad jurídica se empobrece al olvidarse que la relevancia del derecho no radica en el procesamiento de datos, sino en la creación de significado.

La cuarta de las mesas de este encuentro se dedica al tema Estado de Derecho, libertades públicas y bienes comunes. A propósito del desarrollo de internet en los últimos años, Rafael Rodríguez Prieto analiza tres de los principales retos que tienen nuestros Estados democráticos de derecho y realiza propuestas para abordarlos. El primero de los desafíos es el de los datos y la forma en qué son procesados. El segundo es el uso de la tecnología de la información para la vigilancia

de la ciudadanía con el uso de instrumentos que vulneren las garantías contempladas por los derechos fundamentales. Finalmente, la manera en que internet impacta en la formación y educación cívica.

La quinta de las sesiones de la jornada se ocupa de diversas cuestiones vinculadas al tema de la globalización, el transconstitucionalismo y las fronteras. El siguiente trabajo nos anima, de la mano de Milagros Otero Parga, a realizar una profunda reflexión sobre qué es la Unión Europea. La autora nos indica que la concepción de dicha organización propuesta por Häberle como un ente unificado compuesto por Estados independientes que colaboran mutuamente es más un bello sueño que una realidad. Este artículo apuesta por «más Europa» y para ello será necesario acudir a los valores que motivaron la unión pues solo ellos pueden servir como guía para su destino. De nuevo aquí la pandemia ofrece un contexto ideal para que la autora desarrolle su análisis sobre esta cuestión y responda a las preguntas de si durante la emergencia sanitaria la Unión Europea funcionó como una unión y si es necesario reforzarla para que no vuelva a desfallecer.

Y la sexta y última de las sesiones se dedicó a los horizontes del estado del bienestar. A ella corresponde el artículo de Ignacio Ara Píñilla, que aborda la crisis del Estado del bienestar proponiendo una salida a la situación actual de estancamiento dando respuesta al argumento de la insostenibilidad económica de su realización como uno de sus principales obstáculos. Para el autor, y en el afán de eliminar todo tipo de discriminación en el ejercicio y disfrute de derechos, se impone el cumplimiento irrestricto por parte de la ciudadanía y de los poderes públicos de los deberes enderezados a la liberación de los condicionamientos sociales y culturales que oprimen la libre formación y expresión de las voluntades que concurren a la configuración del consenso definitorio del sentido democrático de las políticas de bienestar.

La sección dedicada a los Estudios de Teoría y de Filosofía del Derecho incluye tres trabajos ordenados alfabéticamente, por el primer apellido del autor o autora, que tratan temas diversos enmarcados en nuestra área de conocimiento con cierto énfasis en la incipiente relevancia de la tecnología y la inteligencia artificial en el mundo del derecho.

José María Garrán Martínez examina las contribuciones políticas y jurídicas de Muratori durante sus últimos años. Inicia su artículo analizando sus concepciones sobre los fundamentos del poder político y sus recomendaciones para la búsqueda de la felicidad pública para poner luego el foco en la obra *Dei difetti della giurisprudenza*, su tratado jurídico más relevante, y en las dos propuestas principales que Muratori plantea en dicha obra: la limitación de la función jurisprudencial y la aplicación de las leyes frente a la arbitrariedad judicial.

El impacto en el ámbito de toma de decisiones que tiene o podría tener en un futuro inmediato el uso de sistemas predictivos automatizables es el tema que analiza Antonio Madrid Pérez en su artículo. Para abordar esta cuestión, selecciona tres aspectos esenciales: la inclusión de elementos evaluativos en los sistemas predictivos, el estatus

normativo de los sistemas predictivos utilizados y, en tercer lugar, la responsabilidad en la configuración formal y sustantiva del proceso de toma de decisiones.

El último estudio de esta sección lo dedica José Justo Megías Quirós a la evolución de la protección de menores frente a riesgos publicitarios durante la última década. Para ello los cambios legislativos y las contribuciones de la autorregulación publicitaria. El autor expone las deficiencias existentes y propone alternativas para una protección más efectiva porque, tal y como afirma, no solo está en juego la integridad del menor, sino la del propio futuro de la sociedad, que depende en gran medida del trato que hoy les demos.

En el apartado de crítica bibliográfica se integran numerosas reseñas de obras que desde una perspectiva filosófico-jurídica nos invitan a reflexionar y debatir sobre aspectos relevantes y diversos propios de nuestra disciplina. En estas reseñas se refleja la pluralidad de intereses en nuestra materia sobre cuestiones tan diversas como el acceso a la justicia y la vulnerabilidad, la digitalización como forma de gobiernos, el debate en torno a los deberes en el marco de los derechos humanos, las sanciones positivas, los objetivos de desarrollo sostenible, la relación entre confianza y derecho, reflexiones sobre la disciplina iusfilosófica, las minorías y la libertad de expresión en el mundo virtual, y la vida y obra de autores como Gregorio Peces-Barba o George Orwell. Se pretende así mantener la costumbre en esta revista de incluir en este espacio literatura de referencia en nuestra rama de conocimiento e invitar a una lectura atenta y a una reflexión crítica sobre la variedad de temas tratados.

El obituario recoge un homenaje a Ernesto Garzón Valdés, fallecido el 19 de noviembre de 2023 en Bonn. Javier de Lucas nos recuerda la figura del profesor, un «imprescindible», a través de su labor en el ámbito de la filosofía del derecho y de la filosofía política.

El *Anuario de Filosofía del Derecho* continúa un año más con plena vitalidad. Ello es posible gracias a todas aquellas personas que hacen posible esta publicación y que con su esfuerzo permiten que sigamos renovando el sello de calidad editorial y científica de las revistas españolas FECYT y se aumente su indexación. Aprovecho también para manifestar mi gratitud hacia aquellas personas que integran la SEFJP y, con ello, sostienen el Anuario. Gracias todas y todos, esta publicación constituye, como desde sus inicios, una plataforma idónea para difundir las innovaciones y avances en esta especialidad, y seguir con la firme reivindicación de mantener el lugar que a esta disciplina corresponde.

Enero 2024

ÁNGELES SOLANES CORELLA
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2024: ÁNGELES SOLANES CORELLA (directora del Anuario)	5
I. MONOGRÁFICO. XXVIII JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA: Filosofía del Derecho y pandemia en la sociedad global (Sevilla, 29 y 30 de septiembre de 2022)	
PASTORE, Baldassare (Università de Ferrara). <i>La transformación del sistema de fuentes del Derecho en la emergencia pandémica</i>	15
PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (Universidad de Sevilla). <i>La Filosofía del Derecho ante la pandemia: Una reflexión hispalense</i>	29
GARCÍA PASCUAL, Cristina (Universitat de València). <i>De la negación a la catarsis. El debate en torno a la pandemia de la COVID-19</i>	47
BELLOSO MARTÍN, Nuria (Universidad de Burgos). <i>El «psicopoder» de las nuevas tecnologías: ¿la condena a la servidumbre psicopolítica?</i>	69
MARTÍNEZ GARCÍA, Jesús Ignacio (Universidad de Cantabria). <i>El jurista del dato</i>	93
RODRÍGUEZ PRIETO, Rafael (Universidad Pablo de Olavide). <i>Internet para escépticos. ¿Erosiona la Red el Estado de derecho?</i>	117
OTERO PARGA, Milagros (Universidade de Santiago de Compostela). <i>¿Existe en realidad una Unión Europea?</i>	139
ARA PINILLA, Ignacio (Universidad de La Laguna). <i>Los deberes implicados en la rehabilitación del modelo de la sociedad de bienestar</i>	161

II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

GARRÁN MARTÍNEZ, José María (Universidad de Salamanca). <i>Ludovico Antonio Muratori: pública felicidad, jurisprudencia, imparcialidad y arbitrariedad judicial</i>	187
MADRID PÉREZ, Antonio (Universitat de Barcelona). <i>El uso de sistemas predictivos automatizables en la actividad decisional de las autoridades públicas: aportaciones para un análisis iusfilosófico sobre la digitalización del proceso decisional</i>	217
MEGÍAS QUIRÓS, José Justo (Universidad de Cádiz). <i>Protección del menor frente a los abusos de la publicidad</i>	241

III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ANSUÁTEGUI, Francisco Javier, y BARRANCO, María del Carmen (eds.). <i>Acceso a la justicia y vulnerabilidad</i> , Dykinson, Madrid, 2023, 286 pp. Irene Vicente Echevarría (Universidad Carlos III de Madrid).....	269
BALLESTEROS, Alfonso (coord.). <i>La digitocracia a debate</i> , Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, 176 pp. Julio Llop Tordera (Universitat de València).....	274
BEA, Emilia. <i>Los deberes en la edad de los derechos</i> , Madrid, Dykinson, 2023, 376 pp. Ángeles Solanes Corella (Universitat de València).....	278
CASADEI, Thomas, y ZANETTI, Gianfrancesco. <i>Manual de Filosofía del Derecho. Figuras, categorías, contextos</i> . Prefacio y traducción de Fernando Higinio Llano Alonso, Tecnos, Madrid, 2023, 503 pp. Antonio Mesa León (Universidad de Sevilla).....	283
CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés (coord.). <i>Paz, justicia e inclusión: objetivos de desarrollo sostenible en derechos humanos</i> , Tirant lo Blanch, València, 2023, 288 pp. José Darío Argüello-Rueda (Universitat Autònoma de Barcelona).....	288
GRECO, Tommaso. <i>La ley de la confianza. En las raíces del Derecho</i> . Traducción y prólogo de Francisco Javier Ansuátegui Roig; epílogo de Fernando Higinio Llano Alonso. Dykinson, Madrid, 2023, 204 pp. Isabel García Sánchez-Mayoral (Universidad Carlos III de Madrid).....	293
LA TORRE, Massimo. <i>Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto</i> , DeriveApprodi, Bologna, 2023, 336 pp. Francisco Javier Ansuátegui Roig (Universidad Carlos III de Madrid).....	297
LACASTA ZABALZA, José Ignacio. <i>George Orwell. Vida y Filosofía Política</i> . PUZ, Zaragoza, 2022, 186 pp. Marcos Arjona Herraiz.....	305

	Pág.
PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar; TSEIS, Alexander, y SKRZYPCZAK, Jędrzej (eds.). <i>Minorities, Free Speech and the Internet</i> , Routledge studies in human rights, Nueva York, 2023, 243 pp. Juan Carbajal-Camberos (Universidad Carlos III de Madrid)	311
RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel. <i>Gregorio Peces-Barba. La pasión por la vida</i> , Marcial Pons, Madrid, 2023, 114 pp. Ángel Pelayo González-Torre (Universidad de Cantabria).....	318
SOLANES CORELLA, Ángeles. <i>¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas</i> , Tirant lo Blanch, València, 2023, 320 pp. José Juan Moreso (Universitat Pompeu Fabra).....	321

IV. OBITUARIO

<i>Un filósofo sin fronteras. Obituario de Ernesto Garzón Valdés (1927-2023)</i> . Javier de Lucas (Universitat de València).....	331
---	-----

I

**MONOGRÁFICO. XXVIII JORNADAS
DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA:
Filosofía del Derecho y pandemia en la sociedad
global (Sevilla, 29 y 30 de septiembre de 2022)**

La transformación del sistema de fuentes del Derecho en la emergencia pandémica*

The transformation of the system of sources of law in the pandemic emergency

Por BALDASSARE PASTORE
Università de Ferrara

RESUMEN

La gestión de la emergencia pandémica ha amplificado algunas tendencias en marcha en la estructura actual de las fuentes del derecho. La disciplina jurídica se configura en un contexto caracterizado por la convivencia y el concurso de varias fuentes y múltiples sujetos reguladores. Esto produce una relativización del principio de tipicidad de las formas y de las fuerzas normativas, así como una creciente variedad de las reglas jurídicas, que oscurece su orden jerárquico. El sistema de las fuentes se desestructura, se fragmenta y adquiere una dimensión reticular. En la fase actual de profunda reestructuración del paisaje jurídico el ordenamiento existe en la relación que conecta múltiples actos normativos, diversamente vinculantes. La regulación hard y soft refleja una compleja articulación de las fuentes que afecta a la seguridad jurídica y a la interpretación.

Palabras clave: fuentes del Derecho, pandemia, técnicas regulatorias, soft law, seguridad jurídica, interpretación.

* Traducción de Francisco Javier Ansuátegui Roig.

ABSTRACT

The management of the pandemic emergency has amplified some current trends regarding the structure of the sources of law. Legal discipline is configured in a context characterized by the coexistence and competition of various sources and multiple regulatory subjects. This produces a relativization of the principle of typicality of the forms and of their binding force, as well as an increasing variety of legal rules, which obscures their hierarchical order. The system of sources breaks down and fragments. It acquires a reticular dimension. In the current phase of profound restructuring of the legal scenario, the legal order exists in the relationship that connects multiple normative acts, diversely binding. Hard and soft regulation reflects a complex articulation of sources that affects legal certainty and interpretation.

Keywords: sources of law, pandemic, regulatory techniques, soft law, legal certainty, interpretation.

SUMARIO: 1. EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO. – 2. UN DERECHO HIPERBÓLICO. – 3. EL USO DEL *SOFT LAW*. – 4. REGLAS Y CERTEZA.

SUMMARY: 1. THE CONTEMPORARY LEGAL SCENARIO. – 2. A HYPERBOLIC LAW. – 3. THE USE OF *SOFT LAW*. – 4. RULES AND CERTAINTY.

1. EL ESCENARIO JURÍDICO CONTEMPORÁNEO

La pandemia del COVID-19 ha irrumpido en la historia del siglo XXI afectando a todo el tejido de la convivencia y permeando todos los aspectos de la vida y de las relaciones intersubjetivas. Se han puesto en cuestión hábitos cotidianos, formas de vida, modalidades de la acción social, que obligan a repensar las relaciones con la ciencia, con la economía, con los modelos de desarrollo, con la naturaleza, a causa de la progresiva degradación del ecosistema global².

La emergencia pandémica, además, ha producido una serie de consecuencias referidas al ámbito institucional y jurídico. En nuestros ordenamientos tales consecuencias se reflejan en el cuadro de las fuentes; en los equilibrios de la forma de gobierno, con la trans-

² Sobre el tema, limitándome a la literatura en lengua italiana, reenvío a las contribuciones publicadas en: ZACCARIA, G. (ed.), *Dopo l'emergenza. Dieci tesi sull'era post-pandémica*, Padova, Padova Press, 2020, y en FRANZESE, L., INCAMPO, A. (ed.); *Potere e libertà al tempo delle emergenze*, Bari, Cacucci, 2021.

ferencia de las competencias del legislativo al ejecutivo; en las relaciones entre Estado y autonomías locales; en el ejercicio de los derechos de libertad³.

En lo que sigue, haciendo una específica referencia a Italia, asumida como ejemplo emblemático de las transformaciones que afectan a los actuales ordenamientos jurídicos liberal-democráticos, se dedicará atención a la crisis en que se encuentra el sistema de fuentes.

El tema de las fuentes –fundamental en cualquier aproximación a la experiencia jurídica– tiene que ver con la identificación del Derecho. Tras el tiempo de la codificación, en el siglo XVIII y a principios del XX, las fuentes encuentran una configuración ordenada en un sistema con sus propias reglas, con su geometría, puntos estables y seguros, una diferencia de eficacia formal, que constituye un dato indiscutido para los destinatarios y los operadores del Derecho⁴. Dicho sistema se construyó sobre las líneas simples y regulares de un conjunto normativo basado en la ley, esencial criterio de orientación en la pluralidad de fuentes, donde la vigencia del principio de legalidad hacía las manifestaciones del poder ejecutivo derivadas precisamente de la ley o subordinadas a ella, con la homogénea degradación de norma superior a norma inferior⁵. Se trataba de un edificio «neoclásico» que, no obstante, se ha transformado en una «construcción barroca» llena de figuras no todas ellas incluidas de un modo armónico⁶. El sistema se desestructura, se presenta desordenado, se vuelve –recurriendo a un oxímoron– «asistemático»⁷.

La complejidad del Derecho contemporáneo⁸, resultado de la presencia compartida de diversos plexos normativos en interacción, rediseña el conjunto de las fuentes, que a menudo escapan a un encuadramiento preciso.

Tradicionalmente, de «fuente del Derecho» se tiene una noción material y otra formal. Según la noción «material», el sintagma deno-

³ CARETTI, P., «I riflessi della pandemia sul sistema delle fonti, sulla forma di governo e sulla forma di Stato», *Osservatorio sulle fonti.it*, 13, fascicolo speciale, 2020, pp. 295-298; CORSO, G., «Emergenza e organizzazione», *P. A. Persona e Amministrazione*, núm. 2, 2020, pp. 13-17.

⁴ CARLASSARE, L., «Fonti del diritto (diritto costituzionale)», *Enciclopedia del diritto*, Annali, II, t. 2, Milano, Giuffrè, 2008, pp. 536-537.

⁵ MODUGNO, F., «Fonti del diritto (gerarchia delle)», *Enciclopedia del diritto*, Aggiornamento, I, Milano, Giuffrè, 1997, pp. 566 ss.

⁶ SILVESTRI, G., «“Questa o quella per me pari sono...”». Disinvolture e irrequisitezza nella legislazione italiana sulle fonti del diritto», en AA. VV.; *Le fonti del diritto, oggi. Giornate di studio in onore di Alessandro Pizzorusso*, Pisa, Edizioni Plus, 2006, p. 173.

⁷ RUGGERI, A., «Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19», *Consulta online*, núm. 3, 2020, p. 684.

⁸ FALZEA, A., «Complessità giuridica», *Enciclopedia del diritto*, Annali, I, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 206-209; RUHL, J. B., «Law’s Complexity: a Primer», *Georgia State University Law Review*, 24, 2008, pp. 885-911; PASTORE, B., VIOLA, F., ZACCARIA, G., *Le ragioni del diritto*, Bologna, Il Mulino, 2017, pp. 283-284.

ta todo acto o hecho que produzca Derecho. A la luz de esta definición, para saber si un cierto acto o hecho es fuente del Derecho es necesario identificar su contenido o su resultado. De acuerdo con la noción «formal», el sintagma denota todo acto o hecho autorizado a producir normas, independientemente de los contenidos o de los resultados. De ello se sigue que, para saber si un determinado acto o hecho es fuente del Derecho, basta mirar si en un ordenamiento jurídico existe una norma (sobre la producción jurídica) que autoriza al acto o hecho en cuestión a crear Derecho⁹. En el panorama jurídico actual, sin embargo, la distinción entre fuente en sentido material y fuente en sentido formal ha sido superada¹⁰, lo cual evidencia la no exhaustividad de todas sus clasificaciones. Se asiste a la imposibilidad de reconducir las fuentes solamente a elencos predefinidos basados en el *nomen iuris* y/o en el procedimiento de producción. La identificación de las fuentes depende de manera determinante de las actividades de los intérpretes, de los aplicadores del Derecho, que parecen tener notables márgenes de maniobra en la atribución misma de la calificación de fuente del Derecho a ciertos documentos¹¹. La identificación, a su vez, interviene en la conformación de las relaciones entre las diversas fuentes y en la composición de los conflictos que pueden generarse entre las normas¹². Múltiples son los actos con los que se crean, modifican, extinguen, normas generales y abstractas y/o normas individuales y concretas. Existen, además, fuentes *extra ordinem*, no disciplinadas por reglas sobre la producción jurídica, sino que operan sobre la base del principio de efectividad. El Derecho puede nacer tanto en las formas prescritas como en formas diversas¹³ que reenvían al momento decisional-recognitivo conectado a los procesos de positivación jurídica¹⁴, con la consecuencia de que los actos y comportamientos que tienden a la creación del Derecho cuando alcanzan el efecto normativo son en parte todos iguales e igualmente vinculantes¹⁵. Así, nuevos actos normativos emergen junto a

⁹ GUASTINI, R., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 57-59, 64-65; ID.; *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. 51-52, 67-68. Cfr. además SHINER, R. A., *Legal Institutions and the Sources of Law*, Dordrecht-Berlin-Heidelberg-New York, Springer, 2005, pp. 2-5.

¹⁰ LIPARI, N., «Per un ripensamento delle fonti-fatto nel quadro del diritto europeo», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXVII, 2013, pp. 1213-1214, 1216-1217, 1220-1221.

¹¹ ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2012, p. 58; PINO, G., *Interpretazione e «crisi» delle fonti* Modena, Mucchi, 2014, pp. 10, 62-63.

¹² MODUGNO, F., «È possibile parlare ancora di un sistema delle fonti?», en SICLARI, M. (a cura di); *Il pluralismo delle fonti previste dalla Costituzione e gli strumenti per la loro ricomposizione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, p. 4.

¹³ *Ibidem*, pp. 7-9.

¹⁴ CATANIA, A., *Teoria e filosofia del diritto. Temi problemi figure*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 11-12, 27-29, 31.

¹⁵ ESPOSITO, C., «Consuetudine (dir. cost.)», *Enciclopedia del diritto*, IX, Milano, Giuffrè, 1961, p. 468.

los ya conocidos. El Derecho constata la presencia de diversos tipos de materiales normativos, destinados a orientar la conducta en sectores y ámbitos de intervención, producidos en base a modalidades que a menudo exceden de los típicos procedimientos de formación, dotados de diverso valor preceptivo¹⁶.

El escenario que tenemos frente a nosotros, vuelve dudosa toda representación del Derecho concentrada en la voluntad del productor de la norma y en su acto de producción, que se vincula a la supremacía de la ley¹⁷. Decece la centralidad de aquel principio ordenador que produce una representación del sistema como una «pirámide»: metáfora de aquella «verticalidad jerárquica» que seguramente ha tenido una preeminencia histórica y cultural, confirmando organicidad y compactibilidad al sistema de fuentes, pero que hoy, en presencia de escalones de la pirámide abarrotados e inconexos, parece cada vez menos exhaustiva y tampoco posible¹⁸. Las transformaciones de las organizaciones jurídicas abruma a la pirámide, símbolo arquitectónico de un orden que coloca las relaciones entre los actos normativos a lo largo de líneas ascendentes y descendentes¹⁹.

La proliferación y la fragmentación de las fuentes²⁰, el policentrismo normativo²¹ y la ósmosis entre ordenamientos (nacional, supranacional, internacional) impiden toda lectura del fenómeno jurídico de acuerdo con esquemas jerárquicos, orientando hacia una configuración pluralista²². El orden piramidal tiende a desmenuzarse²³. Solo una parte del Derecho actual se explica a partir de tal modelo. Se siente la exigencia de cambiar de paradigma. Asume consistencia el de la

¹⁶ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, Padova, Cedam, 2014, pp. 31-32.

¹⁷ GROSSI, P., *Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 265.

¹⁸ MODUGNO, F., «Fonti del diritto (gerarchia delle)», *op. cit.*, p. 563.

¹⁹ La pirámide es símbolo arquitectónico de un orden que coloca las relaciones entre los órdenes normativos a lo largo de líneas jerárquicas. Define la estructura del orden jurídico, que tiene como horizonte el Estado nacional moderno y que encuentra en la teorización gradualista kelseniana su más clara configuración. Cfr. KELSEN, H., *General Theory of Law and State*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 1945, pp. 123 ss., 131 ss.; ID., *Reine Rechtslehre*, Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, pp. 228 ss.

²⁰ ZACCARIA, G., *Postdiritto. Nuove fonti, nuove categorie*, Bologna, Il Mulino, 2022, pp. 13 ss., 23 ss.

²¹ Para un análisis del fenómeno cfr. PETERSEN, H., ZAHLE, H. (eds.); *Legal Polycentricity: Consequences of Pluralism in Law*, Aldershot-Brookfield USA-Hong Kong-Sydney, Dartmouth, 1995; HIRVONEN, A. (ed.); *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, London, Pluto Press, 1998.

²² Sobre la tensión y el contraste entre jerarquía y pluralismo cfr. PEREZ LUÑO, A. E., *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Sevilla, Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, 1993, pp. 83-87.

²³ Con referencia al modelo kelseniano, véase PEREZ LUÑO, A. E., *La filosofía del derecho como vocación, tarea y circunstancia. Lección Jubilar*, Sevilla, Editorial Universidad de Sevilla, 2017, pp. 54-59.

«red»²⁴, que reenvía a una realidad marcada por la multiplicación de centros de producción y de las delegaciones del poder normativo, y también caracterizada por la interconexión entre varios sujetos y posiciones, en un juego de recíprocas tramas, condicionamientos e integraciones²⁵. Muy a menudo, en esta dinámica hay que enfrentarse a «jerarquías enredadas», en las que un órgano inferior, que en base a la lógica jerárquica debería desarrollar una función meramente pasiva, contribuye, junto al órgano superior, a la creación de la norma²⁶.

El surgimiento del paradigma de la red, en realidad, no implica la desaparición del viejo modelo: ambos son contemporáneos y complementarios²⁷. La red, no obstante, permite evidenciar nuevas dinámicas de las organizaciones jurídicas, caracterizadas por una condición de relatividad generalizada. El Estado ya no es el lugar exclusivo de la soberanía, que, por otra parte, se despliega en varios niveles, en relación a los poderes públicos, (infraestatales, estatales y supraestatales), y se redistribuye también entre poderes privados; la voluntad del legislador ya no es asumida como un dogma; los poderes interactúan; las delegaciones del poder normativo se multiplican; se amplía el papel creativo de la jurisprudencia; la justicia se asume cada vez más en términos de balanceo de intereses y valores, diversos y variables; surgen nuevos sujetos y nuevos «objetos» jurídicos; la positivación jurídica resulta de la actividad de una pluralidad de autores-intérpretes encaminados a adaptar los textos jurídicos a la particularidad de los diversos contextos aplicativos²⁸.

La red implica la presencia de una textura constituida por hilos y nudos, unidos entre ellos por vínculos, que aseguran interconexiones. Se trata de «estructuras abiertas», caracterizadas por tramas de relaciones entre los elementos, sin que se pueda establecer un punto de partida obligado o una única vía de acceso. La coordinación entre nudos se acompaña por una cierta inestabilidad entre estos mismos nudos, desde el momento en que se determinan cambios continuos y equilibrios provisionales, que requieren aprendizaje permanente y

²⁴ Sobre el paradigma de la red, se reenvía a OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 43 ss., 49 ss.

²⁵ Cfr. CASSESE, S., *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, Laterza, 2003, pp. 21-25; VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Torino, Giappichelli, 2007, pp. 29-30, 269-285; PASTORE, B., «Pluralismi giuridici e trasformazioni del diritto contemporaneo», *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 50, 2021, pp. 401-414.

²⁶ Sobre el punto cfr. OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., *Le système juridique entre ordre et désordre*, París, Presses Universitaires de France, 1988, pp. 105-111.

²⁷ LOSANO, M. G., «Diritto turbolento. Alla ricerca di nuovi paradigmi nei rapporti fra diritti nazionali e normative sovrastatali», *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, LXXXII, 2005, pp. 425-429.

²⁸ PASTORE, B., *Interpreti e fonti nell'esperienza giuridica contemporanea*, op. cit., pp. 38-40, 57-59, 66-73.

ajustes parciales. Esta precariedad y ductilidad de la estructura hace incierto e imprevisible el cuadro normativo²⁹.

La metáfora de la red invita a poner el acento en el concepto de relación. El Derecho aparece como un conjunto de modalidades relacionales y organizativas que «se hace» constantemente, en la conjunción de las interdependencias, a través de flujos hermenéuticos generados por los actores conectados a la red. Los procesos jurídicos son observados en la óptica de una interacción articulada y fluida de asociaciones y disociaciones de diverso grado e intensidad. El Derecho, en cuanto red de flujos interpretativos y decisionales, requiere de una labor de tejido entre los materiales jurídicos³⁰, capaz de identificar las relaciones significativas. El ordenamiento, por tanto, es el resultado *in fieri* de continuas combinaciones e integraciones entre plexos normativos.

El conjunto de fuentes, por tanto, define una configuración compleja, caracterizada en sentido altamente plural, desestructurada y des-tipificada: ya no es expresión de un *fluir* normativo uniforme que parte de un único centro de autoridad, sino el resultado de interacciones inestables entre múltiples tipos de autoridad, o pretensiones de autoridad, situados en diferentes lugares o en diferentes procesos en el interior y en el exterior del mismo Estado³¹.

Se trata de un archipiélago³² móvil de fuentes en competición entre ellas; condicionado por trayectos de regulación establecidos desde puntos diversos, que ven la participación de múltiples sujetos; caracterizado por una gran fluidez, variabilidad, inestabilidad; que consigue equilibrios provisionales³³. Las relaciones entre fuentes y/o normas se encuentran determinadas de modo preponderante por las actividades interpretativas de los juristas y de los órganos de aplicación.

2. UN DERECHO HIPERBÓLICO

Las respuestas jurídicas ofrecidas para frenar la difusión del contagio por COVID-19 han confirmado y, en muchos aspectos, amplificado la crisis endémica, estructural, ya no reversible, en que se encuentra el sistema de fuentes³⁴, dejando huellas profundas en el

²⁹ Cfr. CATANIA, A., *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'era globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008, p. 79.

³⁰ VOGLIOTTI, M., *Tra fatto e diritto*, op. cit., pp. 218, 302, 306.

³¹ VIOLA, F., *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Torino, Giappichelli, 2011, p. 144.

³² La metáfora del archipiélago es utilizada por TMSIT, G., *Archipel de la norme*, Paris, Presses Universitaires de France, 1997.

³³ ZACCARIA, G., *La comprensione del diritto*, op. cit., pp. 46, 48-50, 56-57.

³⁴ RUGGERI, A., «Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica del sistema delle fonti», *Consulta on line*, núm. 1, 2020, pp. 210-214.

ordenamiento. La emergencia pandémica, de hecho, ha contribuido a hacer saltar los esquemas corrientes, obligados a cambios y torsiones que, ya visibles desde hace algunos lustros, no sólo en el Derecho italiano, se muestran ahora en formas exasperadas.

Dicha emergencia se convierte en el ámbito de regulación en el que aflora un Derecho «hiperbólico», superabundante, fruto de una incesante y poco sedimentada producción jurídica, donde las figuras normativas que distinguen el ordenamiento conocen una intensificación y una aceleración desconocidas en su estado de vida ordinaria³⁵.

Con la pandemia hemos asistido, en Italia, a una proliferación incontrolada de las tipologías de actos: decretos del presidente del Consejo de Ministros, decretos-leyes, decretos ministeriales, resoluciones del Consejo de Ministros, órdenes del ministro de Salud, decretos ministeriales, órdenes de los presidentes de las Regiones y de los alcaldes, órdenes y decretos del jefe de Protección civil, recomendaciones e informes de entes y administraciones centrales³⁶. Muchos de estos actos se han situado en los niveles más bajos del sistema, con evidente alteración de las reservas de ley establecidas en la Carta constitucional como garantía de que todas las decisiones más importantes sean adoptadas por el Parlamento, tras un contraste pluralista, operante como modalidad deliberativa y como instancia de control³⁷. De ahí resulta una «pirámide invertida,» en la que se convierten en decisivos actos de producción jurídica que, a pesar de tener por objeto bienes de relieve constitucional, son ignorados por la Constitución o no considerados de rango primario, incidiendo en previsiones constitucionales en relación con un conjunto de derechos, todos y contemporáneamente expuestos a un estado de sufrimiento y sometidos a sacrificios³⁸.

Esta cuestión reenvía a la configuración del principio de legalidad, que consiste en la previsión y en la disciplina normativa de los actos jurídicos y de sus efectos. Dicho principio, en realidad, sigue las circunstancias vinculadas a la transformación del Estado de Derecho, que

³⁵ SCODITTI, E., «Il diritto iperbolico dello stato di emergenza», *Questione Giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 31-32; DE SIERVO, U., «Emergenza Covid e sistema delle fonti: prime impressioni», *Osservatorio sulle fonti*, 13, fascicolo speciale, 2020, pp. 301-302.

³⁶ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», en AA. VV., *Il diritto e l'eccezione. Stress economico e rispetto delle norme in tempi di emergenza*, Roma, Donzelli, 2020, pp. 27-32; LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», *Rivista AIC*, núm. 2, 2020, pp. 109 ss., 116 ss.; STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *Rivista AIC*, núm. 2, 2020, pp. 536-545.

³⁷ RUGGERI, A., «Il coronavirus, la sofferta tenuta dell'assetto istituzionale e la crisi palese, ormai endemica del sistema delle fonti», *op. cit.*, pp. 212-213.

³⁸ RUGGERI, A., «Il disordine delle fonti e la piramide rovesciata al tempo del COVID-19», *op. cit.*, pp. 690, 696-697.

es expresión empleada con dos significados diversos, a los cuales corresponden dos modelos distintos: el legislativo y el constitucional³⁹.

En el Estado legislativo de Derecho, el principio de legalidad exige: a) que la actividad de los órganos públicos no sea contraria a la ley; b) que exista una base legal para el ejercicio del poder; c) que el contenido de los actos emanados sea conforme al de la ley⁴⁰. Los poderes públicos, en este modelo, son conferidos por la ley y ejercidos en las formas y a través de los procedimientos establecidos por aquella.

En el Estado constitucional de Derecho, los poderes públicos y, en general, la entera producción jurídica, están vinculados al respeto de los principios establecidos por las disposiciones constitucionales. En sistemas regidos por constituciones rígidas y garantizadas, el principio se extiende a la función legislativa, de forma que ésta sea desarrollada conforme a la constitución. La ley se encuentra subordinada a la constitución, jerárquicamente supraordenada, y se vuelven relevantes ya no sólo la forma de la producción jurídica, sino también los contenidos normativos.

La legalidad, por tanto, por múltiples motivos, afecta al plano de las fuentes y a la tipología de los actos legitimados para producir Derecho. Se refiere a la adecuación de las fuentes concretas a los criterios organizativos, procedimentales y de contenido establecidos por las normas sobre la producción jurídica⁴¹.

La metáfora de la «cadena normativa»⁴², referida a las relaciones formales entre las fuentes y entendida como secuencia de conexiones justificantes, difícilmente se adapta a una realidad en la que el acervo de actos emanados por las diferentes autoridades manifiesta una especie de flujo a través de líneas discontinuas que discurren en un delta reticular⁴³.

No se puede dejar de evidenciar, a este respecto, como, en Italia, la producción de decretos del presidente del Consejo de Ministros, en aplicación del decreto-ley núm. 6 de 2020, se ha producido sobre la base de una «delegación en blanco», ciertamente no compatible con la esencia del principio de legalidad sustancial, que no permite una absoluta indeterminación del poder conferido a una autoridad administrati-

³⁹ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 432-434, 485-488, 515, 567-568, 596-597.

⁴⁰ Cfr. GUASTINI, R., «Legalità», en PINO, G., y VILLA V. (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, Il Mulino, 2016, pp. 137-152. Como es sabido, tradicionalmente, la problemática específica del principio de legalidad se refiere a las relaciones entre poder legislativo y poder ejecutivo (administración). Tiene, sin embargo, como tercer término necesario, al poder jurisdiccional, en función de control del respeto de los actos del legislador por parte de la administración.

⁴¹ ZAGREBELSKY, G., *Manuale di diritto costituzionale*. I. *Il sistema delle fonti del diritto*, Torino, Utet, 1987, pp. 31, 36 ss.

⁴² LUCIANI, M., «Il sistema delle fonti del diritto alla prova dell'emergenza», *op. cit.*, pp. 109 ss., 111 ss.

⁴³ STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *op. cit.*, p. 544.

va, teniendo, como efecto, la atribución de una libertad plena (por tanto sin limitación alguna de forma y/o de contenido) a quien es investido de la función⁴⁴. Tampoco debe pasarse por alto el impulso a una desenvuelta reescritura de la legalidad, resultado de la afirmación de la prevalencia de la fuente regional sobre la estatal, con la consecuente creación de disciplinas «con piel de leopardo»⁴⁵ caracterizadas por la falta de homogeneidad territorial y por la diferencia de trato, en una materia en la que la competencia corresponde al Estado⁴⁶.

Resta el hecho de que una aluvional, concurrente y fragmentada producción normativa, caracterizada por la contingencia, por su carácter extraordinario y por la atipicidad, ha sometido a presión la coherencia ordinamental vinculada a parámetros constitucionales.

3. EL USO DEL *SOFT LAW*

La emergencia pandémica ha sido gestionada en muchos aspectos a través de medidas de naturaleza administrativa. Se ha tratado de decretos, ordenanzas, circulares, líneas guía, recomendaciones, directivas, instrucciones, acuerdos, que han incidido de forma pesada en la certeza del Derecho, aumentando las dificultades interpretativas y haciendo extremadamente difícil, si no imposible, para los ciudadanos saber cuáles eran los comportamientos admitidos y cuáles los prohibidos⁴⁷.

Las medidas mencionadas se sitúan, en buena medida, en el ámbito del *soft law*, locución generalmente utilizada para indicar una serie de actos, no homogéneos en cuanto a su origen y naturaleza, que, si bien carentes de efectos jurídicos vinculantes, resultan de diferente modo jurídicamente relevantes⁴⁸. Orientan la actuación de los sujetos destinatarios empujándolos a la consecución de determinados objetivos, incidiendo generalmente en su colaboración voluntaria.

El *soft law*, en realidad, constituye un cambio del modelo de regulación, atento a la exigencia de hacer de la normación un instrumento capaz de adaptarse a situaciones de continuo cambio e idóneo para desarrollar funciones diversas: de guía, de persuasión, de información y comunicación, de socialización respecto a las finalidades que las reglas intentan poner en marcha, de orientación del proceso de inter-

⁴⁴ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», *op. cit.*, pp. 40-41.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁴⁶ STAIANO, S., «Né modello né sistema. La produzione del diritto al cospetto della pandemia», *op. cit.*, pp. 541-542.

⁴⁷ CELOTTO, A., «Costituzione e coronavirus», *op. cit.*, p. 29.

⁴⁸ PASTORE, B., «Soft law y la teoría de las fuentes del derecho», *Soft Power*, I, núm. 1, 2014, pp. 75-89.

pretación de las mismas reglas⁴⁹. En un panorama jurídico, donde resulta considerable la variedad creciente de las fuentes, junto a la relativización del principio de tipicidad de las formas, el *soft law* representa uno de los factores de manifestación de la normatividad jurídica. La heterogeneidad aparece como uno de sus rasgos peculiares, vinculado a la dimensión multifuncional no siempre reconducible a los elementos típicos de las tradicionales fuentes. En este sentido, se sitúa como fuente *extra ordinem*, que convive con las fuentes de *hard law*, insertándose en el proceso generativo de reglas. Así, también las normas de conducta *soft* producen consecuencias, efectos prácticos, que se traducen *prima facie* en una «influencia» respecto a los destinatarios, pero que, en la concreta configuración ordinamental, pueden tener una incidencia jurídica directa, inmediata.

De ello son un ejemplo significativo, en la gestión jurídica de la pandemia de COVID-19 en el contexto italiano, aquellas normas, provenientes de actos no ciertamente reconducibles a la categoría de las fuentes formales, que han asumido una relevancia a menudo decisiva convirtiéndose en las reglas principales de la vida cotidiana. Basta pensar en las FAQ (*Frequently Asked Questions*), publicadas en las páginas de la Presidencia del Consejo, del Ministerio de la Salud, de la Protección civil, que dan indicaciones operativas (encaminadas a una aplicación homogénea) sea en la interpretación de disposiciones normativas, sea en la clarificación y ejemplificación de conceptos indeterminado, sea en la determinación de contenidos específicos de acción⁵⁰, en el contexto de las medidas de contención de la emergencia epidemiológica. El tema afecta a la producción normativa «infrajurídica», relativa a todas aquellas reglas, adoptadas por fuentes atípicas con la finalidad de circunscribir el ámbito de los textos normativos, pero que a menudo tienen contenidos innovadores o derogatorios respecto a las fuentes formales⁵¹.

En el marco de los cambios del paisaje jurídico, en cualquier caso, se constata que el mundo de la juridicidad asume aspectos dúctiles, porosos, diferenciados, multiformes, que rediseñan las relaciones entre legalidad, legitimidad y eficacia. Se constata, además, que disminuye la posibilidad de diferenciar claramente la dimensión «per-

⁴⁹ FERRARESE, M. R., «Soft law: Funzioni e definizioni», en SOMMA, A. (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, Giappichelli, 2009, pp. 80-82.

⁵⁰ LO CALZO, A., «Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione», *Etica & Politica/ Ethics & Politics*, 22, núm. 3, 2020, pp. 403-404, 413-414; VENANZONI, A., «La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2», *Federalismi.it. Osservatorio Emergenza COVID-19*. Paper - 20 maggio 2020, pp. 15-17; SCHIAVELLO, A., «“La grida canta chiaro”... o forse no. Qualche osservazione a partire da un esercizio di interpretazione giuridica», *Lo Stato*, 14, 2020, pp. 367-384.

⁵¹ LO CALZO, A., «Emergenza e infradiritto. Limiti ai diritti fondamentali, regole di condotta e canoni di interpretazione», *op. cit.*, pp. 397 ss., 400-401, 404.

suasiva» de las normas de la «vinculante». Su fuerza obligatoria, de hecho, varía, mostrando el funcionamiento plural y gradual de la positividad jurídica, que se sitúa a lo largo de un *continuum* relativo a la vigencia, a la validez, a la efectividad, al valor preceptivo, a la coherencia, al índice de conformidad de los materiales normativos.

Permanece firme, en todo caso, la exigencia de la compatibilidad ordinamental, del control y de la justificación argumentativa, que contribuye a liberar la prescripción jurídica de la sospecha de arbitrariedad, para garantizar la igualdad, la certeza, la proporcionalidad, la imparcialidad.

4. REGLAS Y CERTEZA

Las fuentes, si bien presentando diversos grados de objetivización, de elaboración, de determinación⁵², son los lugares privilegiados, los recursos principales para articular el modo jurídico de guiar las acciones humanas, asumiendo que los ciudadanos usan las reglas producidas como actos considerados por ellos idóneos.

Las reglas son razones para la acción (para emprenderla o para abstenerse de emprenderla), para llevar a cabo elecciones o tomar decisiones. Seguir una regla implica ser guiados por una regla, actuando en línea con sus indicaciones y en cumplimiento de cuanto prescribe. El uso de las reglas jurídicas se vincula a la aceptación de los criterios para individualizar cuáles sean. Dicha aceptación es justificada por su pretensión de ofrecer estándares comunes de comportamiento, de crear una red de expectativas estables que permita a los individuos alcanzar sus fines personales en una lógica de interacción⁵³.

La gestión de la emergencia pandémica, caracterizada por una producción jurídica que ha dejado un rastro profundo en la articulación de las fuentes y en los procedimientos de regulación empleados, ha vuelto inestable la relación entre ciudadanos e instituciones; la ha fragilizado, como consecuencia de la confusión producida por el incremento de las medidas adoptadas y por el conflicto con el resto del conjunto normativo, sobre todo de nivel regional y local.

Todo ello ha hecho difícil la orientación de los ciudadanos y de los operadores y ha incidido en la certeza, entendida como cognoscibilidad *ex ante* de las consecuencias jurídicas de los comportamientos de los individuos, basada en el conocimiento de las normas; como previsibilidad de la intervención (o de la no intervención) de los órganos

⁵² ROSS, A., *On Law and Justice*, London, Stevens & Sons Ltd., 1958, p. 77; SCHAUER, F., *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford, Clarendon Press, 1991, p. 201.

⁵³ VIOLA, F., y ZACCARIA, G., *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, 9.^a edizione, Roma-Bari, Laterza, 2016, p. 36.

con competencia decisional o meramente ejecutiva en relación con los concretos supuestos de hecho; como previsibilidad de la consecuencia de cada intervención llevada a cabo por dichos órganos; como accesibilidad al conocimiento de las prescripciones jurídicas por parte de sus destinatarios; como precisión de las calificaciones jurídicas; como claridad e inteligibilidad de las directivas comportamentales contenidas en las normas jurídicas; como determinación de las competencias y de las recíprocas relaciones entre poderes públicos⁵⁴. Tales acepciones de certeza jurídica, en realidad, se encuentran en el corazón de la coordinación entre acciones individuales e instituciones, y expresan la exigencia de sustraer los asuntos humanos a la inestabilidad y a la inseguridad. La certeza es una condición de posibilidad de la interacción social, que reenvía a la existencia de un clima general de confianza y se presenta como elemento constitutivo del fenómeno jurídico, como su valor específico, contribuyendo a la aceptabilidad racional de las decisiones⁵⁵. Hay que subrayar, a propósito, que la certeza es un presupuesto necesario de la previsibilidad. Pero, mientras que la certeza se refiere propiamente a la fase enunciativa, la previsibilidad se conecta directamente también con la fase aplicativa, es decir, con las consecuencias pronosticables⁵⁶.

La multiplicación de los centros de producción normativa y la complicación de las fuentes, además, plantean algunos problemas que afectan al tema de la interpretación jurídica⁵⁷. Se refieren: a) a la identificación de lo que vale (o no vale) como Derecho y de lo que se puede (o no se puede) tener en cuenta en su aplicación; b) a las técnicas de redacción de los textos normativos, encaminados a prevenir dudas interpretativas, circunscribiendo los márgenes de discrecionalidad de quien debe aplicarlas y/o atenerse a las normas producidas, haciendo explícita la *ratio* fundante de toda medida y evitando que germine un cuadro irregular, difícil de descifrar, que remite, en los casos concretos, a las elecciones discrecionales de los operadores concretos⁵⁸; c) a las elecciones entre las posibles alternativas que informan la redacción de los textos normativos y a las diferentes consecuencias que las distintas alternativas implican, sobre todo en situaciones (como la de la pandemia del COVID-19 con las intervenciones para su contención) en las que se ha asistido a una peculiar mezcla entre incerteza de las medidas a adoptar y urgencia de su pron-

⁵⁴ GIANFORMAGGIO, L., «Certeza del diritto», *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sez. civ., II, Torino, Utet, 1988, pp. 274-278.

⁵⁵ PASTORE, B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2015, pp. 65-66.

⁵⁶ GROSSI, P., *Oltre la legalità*, Bari-Roma, Laterza, 2020, pp. 79-80.

⁵⁷ MAZZARESE, T., «COVID-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio. Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario», *Lo Stato*, 15, 2020, pp. 373-374.

⁵⁸ VENANZONI, A., «La lingua dell'emergenza: le criticità linguistiche negli atti normativi finalizzati al contrasto al SARS CoV-2», *op. cit.*, pp. 11, 14.

ta implementación⁵⁹ en relación a la miríada de aspectos de la vida cotidiana en sus expresiones individuales y colectivas.

Frente a la emergencia pandémica, con la confusión y el desorden de las fuentes que se vinculan a ella, se abre la cuestión de la sostenibilidad del Derecho⁶⁰. Es esencial, así, que éste mantenga sus propias características fundamentales, reconducibles al respeto de las garantías, al igual tratamiento de situaciones iguales, a la proporcionalidad, al equilibrio, a la medida. La pandemia ha sometido a *stress* a las instituciones llamadas a ofrecer respuestas. Los problemas que ha planteado requieren soluciones que, evitando forzamientos y el riesgo de que se consoliden tendencias encaminadas a transformar mecanismos pensados y contruidos para un momento contingente en instrumentos ordinarios de funcionamiento, se inserten en el corpus de los principios constitucionales. Aquí se mide la función del Derecho como indispensable modalidad de regulación social.

La observancia del Derecho, en la óptica de la coordinación para hacer posible la interacción, está encaminada a garantizar y perseguir bienes y valores fundamentales de la vida personal y social⁶¹. El Derecho, desde este punto de vista, se caracteriza como modalidad instrumental, encaminada a mantener, en el tiempo, la vida asociada. Por tanto, se debe evitar su transformación en un «Derecho de la emergencia». Lo que es necesario, por el contrario, es un «Derecho en la emergencia», que ejerza su capacidad ordenadora, mediante la actuación de sus métodos y la salvaguarda de su específica racionalidad. Asumen relevancia al respecto, aquellas valoraciones de adecuación, pertinencia, congruencia, vinculadas al compromiso de vigilancia crítica que pertenece a la cultura jurídica.

⁵⁹ MAZZARESE, T., «COVID-19 e interventi giuridici per arginarne il contagio. Un groviglio di problemi dei quali tentare un inventario», *op. cit.*, pp. 374, 380.

⁶⁰ SCODITTI, E., «Il diritto iperbolico dello stato di emergenza», *op. cit.*, p. 34.

⁶¹ Cfr. POSTEMA, G. J., «Coordination and Convention at the Foundation of Law», *Journal of Legal Studies*, 11, n.1, 1982, p. 186; PASTORE, B., *Decisioni, argomenti, controlli. Diritto positivo e filosofia del diritto*, *op. cit.*, pp. 5-6.

La Filosofía del Derecho ante la pandemia: Una reflexión hispalense

Por ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

RESUMEN

Este artículo se propone exponer las tres circunstancias que concurrieron en la celebración en Sevilla de las XXVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, dedicadas al estudio de la temática relativa a la Filosofía del Derecho y pandemia en la sociedad global. Las reflexiones que lo integran pretenden esbozar, de forma puramente programática, algunas consideraciones sobre esas tres principales circunstancias que, a juicio del autor, explicitan el sentido de las Jornadas. En primer término, la referencia a la sede en la que el encuentro se desarrolló, es decir, al peculiar estímulo que el ámbito espacial y el clima cultural de Sevilla podían proyectar sobre el desarrollo de las deliberaciones del evento. El segundo término, la temática de la pandemia con todo lo que su incidencia en la experiencia jurídica ha comportado y comporta. Por último, se alude al punto de vista o al enfoque desde el que se contempló la temática monográfica de las Jornadas, que no podía ser otro que el de una reflexión filosófica jurídica y política.

Palabras clave: Nuevas Tecnologías, Inteligencia Artificial, pandemia, posthumanismo, sociedad digital, derechos humanos.

ABSTRACT

This article sets out to explain the three circumstances that concurred in the holding in Seville of the XXVIII Conference of the Spanish Society of

Legal and Political Philosophy, dedicated to the study of the subject of the Philosophy of Law and pandemic in global society. The reflections that comprise it are intended to outline, in a purely programmatic way, some considerations on the three main circumstances which, in the author's opinion, make the meaning of the Conference explicit. Firstly, the reference to the venue in which the meeting took place, that is to say, the particular stimulus that the spatial environment and cultural climate of Seville could project on the development of the event's deliberations. Secondly, the theme of the pandemic with all that its impact on the legal experience has entailed and continues to entail. Finally, reference is made to the point of view or approach from which the monographic theme of the Conference was contemplated, which could be none other than that of a philosophical, legal and political reflection.

Keywords: New Technologies, Artificial Intelligence, pandemic, posthumanism, digital society, human rights.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO: ANTE UNAS NUEVAS JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA. – 2. SOBRE LA SEDE DE LAS JORNADAS. – 3. SOBRE EL OBJETO DE LAS JORNADAS. – 4. SOBRE EL ENFOQUE DE LAS JORNADAS.

1. PLANTEAMIENTO: ANTE UNAS NUEVAS JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA

La celebración en Sevilla de las XXVIII Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política I Foro de internacionalización y cooperación en investigación iusfilosófica, dedicado al estudio de la temática relativa a la Filosofía del Derecho y pandemia en la sociedad global, muestra la consolidación de este espacio de estudio y debate siempre provechoso para el mayor desarrollo científico de nuestra disciplina. Síntoma ejemplar de la sensibilidad hacia los principales riesgos y problemas de nuestro tiempo, que inciden en la sociedad global que habitamos, ha sido la elección como pauta temática de las Jornadas de lo que ha supuesto la pandemia en todos los ámbitos de la vida individual y colectiva de cuantos habitamos el planeta.

Durante estos tres últimos años todo cuanto concierne a la pandemia ha constituido cuestión, casi monográfica de inquietud constante en los más diversos ámbitos y foros de nuestro país y de todo el orbe. Parafraseando el título de la obra de Ortega, *El tema de nuestro tiempo*¹,

¹ ORTEGA Y GASSET, J., «El tema de nuestro tiempo» (1923), en *Obras Completas*, Madrid, Alianza Editorial & Revista de Occidente, 1983, vol. 3, pp. 143 ss.

podría afirmarse que todo lo referente al COVID-19 ha sido «el tema de nuestro tiempo» y de nuestro espacio, ya que su incidencia ha tenido una repercusión global.

Quienes nos hallamos vocacionalmente comprometidos con el estudio de la filosofía jurídica y política no podíamos permanecer ajenos o, en el peor de los casos, indiferentes ante las dramáticas consecuencias que se han derivado de la pandemia en todos los ámbitos de nuestra cotidianeidad. La reflexión iusfilosófica no puede ser inmune a los grandes temas o problemas de su circunstancia. Si compartimos la célebre tesis de Hegel a tenor de la cual el concepto de filosofía, expresado en el Discurso preliminar de sus *Fundamentos de la filosofía del Derecho*, como «aprehensión del tiempo por el pensamiento»². Ello equivale a decir que la filosofía no es otra cosa que la proyección de la razón sobre los problemas de su tiempo. Es también notorio el decisivo impulso teórico de Hegel en la formación del concepto y de la propia expresión «Filosofía del Derecho». Por ello, la filosofía jurídica, desde sus presupuestos fundacionales, fue una disciplina integrada por una ineliminable dimensión temporal. Si la filosofía era concebida, en la acepción hegeliana, como captación racional del tiempo, la filosofía del derecho aparecía desde esas premisas, como la proyección de la razón sobre la experiencia temporal del Derecho. De ahí, que nuestras Jornadas al mantener una constante atención a los distintos problemas que se van planteando en nuestro ámbito cultural, social y político con inmediata repercusión en la experiencia jurídica, mantienen estricta fidelidad a su significado original y a su propia razón de ser.

Las reflexiones que a continuación se avanzan solo pretenden esbozar, de forma puramente programática, algunas consideraciones sobre las tres principales circunstancias que, a mi entender, explicitan el sentido de estas Jornadas. En primer término, la referencia a la sede en la que nuestro encuentro se desarrolla, es decir, al peculiar estímulo que el ámbito espacial y el clima cultural de Sevilla pueden proyectar sobre el desarrollo de nuestras deliberaciones. El segundo término, la ya aludida temática de la pandemia con todo lo que su incidencia en la experiencia jurídica ha comportado y comporta. Por último, aludiré al punto de vista o al enfoque desde el que va a contemplarse la temática monográfica de nuestras Jornadas, que no puede ser otro que el de una reflexión filosófica jurídica y política.

² HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, 1821, Vorrede. Se cita por la trad. cast. y Estudio preliminar a cargo de ABELLÁN, J., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural y Ciencia Política*, Madrid, Tecnos, 2017, p. 19. Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «Hegel y Ortega y los presupuestos historiográficos de la Filosofía del Derecho» en *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Sevilla, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2009, pp. 143 ss.

2. SOBRE LA SEDE DE LAS JORNADAS

El aforismo romano: «*locus regit actum*», es decir, que los actos o actuaciones se hallan regidos por el lugar en que se realizan tiene gran incidencia en el desarrollo de los negocios y actuaciones jurídicos y, estimo, que por extensión también la tienen en otros ámbitos de la vida social y cultural. En consecuencia, no debe parecer impropio tener presentes algunos rasgos que caracterizan la identidad de la sede en que las Jornadas de nuestra Sociedad tienen lugar.

Sevilla, al igual que cualquier otro ámbito espacial, posee unas peculiaridades que le son propias y que definen su personalidad.

De las páginas que dedica a Sevilla, José Ortega y Gasset, en su penetrante ensayo *Teoría de Andalucía*³, se infiere que en dicha urbe se dan dos circunstancias de contrapuesto signo: la serenidad y la vitalidad. Quien recorre la Sevilla antigua, la que todavía se mantiene intacta por no haber sido incluida en las rutas y circuitos turísticos, se hallará ante un dédalo de calles angostas, silenciosas, en constante penumbra y que suelen desembocar en plazuelas, a su vez, umbrátiles en las que se palpa la quietud y el sosiego y en las que parece haberse detenido el tiempo. Esa impresión de serenidad se ve corroborada por uno de los grandes símbolos hispalenses: el Guadalquivir, que imparte su lección cotidiana y solemne de calma en el discurrir grave y despacioso de sus aguas.

Como contrapunto a esa imagen de serenidad y sosiego, Sevilla es, al propio tiempo, la ciudad donde en grado superlativo se percibe la energía vital. Una urbe en la que el gozo de la existencia se muestra con toda su plenitud y rotundidad. Conviene tener presente que quizás, por ese motivo, Sevilla ha sido el ámbito espacial en el que se han manifestado y desarrollado numerosas manifestaciones artísticas y ha sido el lugar en que suceden los argumentos de numerosas obras literarias. En una manifestación cultural de tan denso contenido artístico como la ópera que certeramente fue definida por Richard Wagner como la *Gesamtkunstwerk* (obra de arte total), porque en ella se conjugan la intensidad estética con la plenitud de la vida. Sevilla ha sido el destino elegido para ubicar la trama argumental de algunas de las más célebres obras del repertorio operístico. Como ejemplo recordar que *Le Nozze di Figaro* y el *Don Giovanni* de Wolfgang Amadeus Mozart o *Fidelio* de Ludwig van Beethoven se desarrollan en el marco espacial sevillano. ¿Cabría imaginar al *Barbiere* de Gioacchino Rossini, o a la *Carmen* de Georges Bizet en un lugar que no fuera Sevilla?

Tengo para mí que estos dos caracteres propios de la idiosincrasia hispalense pueden ser un estímulo provechoso para el enfoque y desa-

³ ORTEGA Y GASSET, J., «Teoría de Andalucía y otros ensayos», en *Obras Completas*, cit., vol. 6, pp. 111 ss. y 121 ss.

rollo de estas Jornadas. Su tema, la pandemia, afecta a un fenómeno que ha tenido trágicas consecuencias en nuestra más reciente actualidad. De ahí, que se corra el riesgo de que al tratar de circunstancias dramáticas nuestros argumentos incidan en consideraciones melodramáticas, lo que sería opuesto a una reflexión iusfilosófica que reclama siempre la objetividad, el rigor y la serenidad en sus planteamientos. Pero, al propio tiempo, al tener que tratar de las circunstancias dramáticas que se han derivado de la pandemia, se hace preciso un enfoque que no consista en una mera reflexión especulativa o academicista sobre esos hechos, sino que se implique y se comprometa no solo en un planteamiento sino en la búsqueda de soluciones para esos dramas vitales que la difusión global del COVID-19 ha producido.

3. SOBRE EL OBJETO DE LAS JORNADAS

La temática de estas Jornadas sobre la «Filosofía del derecho y pandemia en la sociedad global», invita a una reflexión sobre los retos del jurista, en particular los de quienes cultivamos la Filosofía jurídica y política, en la era digital. Me parece necesario aludir a la circunstancia ambiental en la que este evento se desarrolla. Ello obliga a tomar en consideración las repercusiones de la pandemia en todos los ámbitos de la vida y, en concreto, sus repercusiones en la sociedad global.

El momento en el que estas Jornadas de nuestra Sociedad, con proyección internacional, se celebran es el de un tiempo en el que sigue vigente la inquietud por cuanto ha supuesto y por las consecuencias que pueden derivarse de la pandemia, y lo que de ello implica. Sería incurrir en una inconsciencia imperdonable el querer hacer abstracción de esas circunstancias que contextualizan el desarrollo de nuestro evento. Esas circunstancias inciden inmediatamente en nuestra cotidianidad, en el desenvolvimiento de nuestras formas de vida y en las de millones de habitantes de nuestro planeta.

Esa situación de pandemia que ha condicionado los más importantes aspectos de nuestra existencia, individual y colectiva, vislumbra como uno de sus horizontes de esperanza las aplicaciones de las Nuevas Tecnologías (NT) y, en especial, de la Inteligencia Artificial (IA). Se confía en que la IA ostente un protagonismo destacado en la erradicación definitiva del coronavirus. Asimismo, se prevé que la IA pueda desempeñar un papel destacado en la elaboración de programas que permitan paliar las consecuencias de la pandemia en los distintos sectores de la actividad económica y social.

No huelga recordar que la IA es un signo emblemático de la sociedad digital. Una sociedad, cuya seguridad en sus logros y perfeccionamientos, evocan el título de un célebre drama de Jacinto Benavente:

*La ciudad alegre y confiada*⁴. Hasta hace muy poco tiempo la sociedad digital representaba un marco de convivencia basado, si no en la alegría, sí en el optimismo y la confianza. Dicha confianza se cifraba en la pretendida seguridad de que, a diferencia de cuanto había ocurrido en sociedades del pasado, la sociedad digital quedaba a salvo de los grandes peligros y catástrofes, en particular, en cuanto atañe a la salud colectiva, tales como pestes, epidemias, el cólera... Esa confianza se hallaba sustentada también en la creencia de que los desarrollos tecnológicos y científicos garantizaban la calidad de vida de los miembros de las sociedades tecnológicamente avanzadas, aunque de esas ventajas se excluyan a quienes habitan en países subdesarrollados.

Se pensaba, además, por parte de los más entusiastas y fervorosos ideólogos de la sociedad digital, que esos avances tecnocientíficos eran intangibles e irreversibles y que se hallaban excluidos de cualquier riesgo de retroceso o menoscabo. Esa confianza se traducían en una visión decididamente optimista del progreso. Dicho enfoque contrasta con determinadas concepciones historiográficas, entre las que cabe aludir a la teoría de la evolución histórica avanzada por el filósofo napolitano Giambattista Vico. En su célebre obra *Scienza nuova seconda* sustentaba que el desarrollo histórico se produce a través de *corsi e ricorsi*, de avances y de retrocesos. De ahí, que frente a la idea de un progreso continuo estimaba más congruente con la realidad de los hechos admitir que todo avance, en el devenir de la historia humana, se halla amenazado por fenómenos de involución y retroceso. Para Vico, tras los momentos más fecundos de evolución humana se vislumbra la sombra inquietante del *bestione*, o sea, de un regreso a formas de barbarie⁵. La visión histórica de Vico no puede juzgarse como una elucubración carente de fundamento. En pleno siglo xx se han registrado episodios tan aterradores como Auschwitz⁶, el Gulag⁷, la utilización de la bomba atómica contra poblaciones civiles⁸, las «limpiezas étnicas» y otros genocidios. En nuestro siglo, una vez iniciado el Tercer Milenio, no han desaparecido los crímenes y atentados contra la humanidad. La pervivencia de ideologías nacionalistas, fundamentalistas, comunistas favorece la persistencia de distintas formas de

⁴ BENAVENTE, J., *La ciudad alegre y confiada*, Madrid, Sociedad de Autores Españoles, 1916.

⁵ VICO, G. B., *Scienza nuova seconda*. (1730), ed., a cargo de F. Nicolini, Bari, Laterza, 1953, parágrafos 141 ss. y 915 ss.

⁶ Resultan del mayor interés al respecto las reflexiones de ADORNO, T., en su ensayo, «Después de Auschwitz», incluido en su *Dialéctica negativa*, trad. Cast. de J. M. Ripalda, Madrid, Taurus, 1975, 361 ss.

⁷ Ha adquirido celebridad la denuncia de los campos de concentración soviéticos formulada por Aleksandr Solzhenitsyn contenida en su libro *Archipiélago Gulag, Ensayo de investigación literaria*, trad. cast. J. F. García, Barcelona, Plaza y Janés, 1974.

⁸ Mantienen plena vigencia los juicios avanzados por JASPERS, K., en su obra *La bomba atómica y el futuro de la humanidad*, trad. cast. de I. Garfeidt-Klever, Buenos Aires, Fabril Editora, 1961.

opresión y siguen vigentes fenómenos discriminatorios por razones económicas, sociales, raciales o sexuales.

No obstante, debe reconocerse que, en la cultura historiográfica contemporánea ha gozado de mayor repercusión la teoría de Georg Wilhelm Friedrich Hegel, según la cual en la historia se pueden producir avances y retrocesos, que denomina tesis y antítesis, pero frente a la concepción de Vico, que Hegel conocía bien, sostiene que, tras toda antítesis o involución, se produce siempre una síntesis superadora, que entraña un progreso. En el devenir de los tiempos se produce, aunque no siempre sea evidente para los designios y reflexiones humanas, «la astucia de la razón» (*List der Vernunft*), que ha impedido que determinadas catástrofes históricas no hayan desembocado en la autodestrucción del género humano. La concepción optimista de la historia lleva a Hegel a sustituir el pesimismo por el progresismo en el horizonte de la historia universal: Hegel concibe la historia universal como la conquista y ampliación progresiva de la libertad⁹.

En los últimos años, la concepción optimista del progreso ha tenido como principal núcleo de expresión a los más caracterizados defensores del denominado «movimientos posthumanistas»¹⁰.

Así, Yuval Noah Harari, al hacerse eco del ideario de ese movimiento, sostiene que, gracias a los avances tecnológicos y biocientíficos, hoy nos hallamos ante una nueva dimensión de la existencia humana. La IA permite un conocimiento sin trabas de cuanto existe. Como todo conocimiento es poder, los seres posthumanos estarán dotados de unas posibilidades ilimitadas de actuación sobre el mundo y la vida. La muerte, tradicionalmente considerada como un fenóme-

⁹ HEGEL, G. W. F., *Grundlinien der Philosophie des Rechts, oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundriss*, 1821, Edición y trad. cast. a cargo de Abellán, J., *Fundamentos de la Filosofía del Derecho o Compendio de Derecho Natural o Ciencia Política*, cit., párrafos 353 ss., pp. 344 ss.; *Vorlesungen über die philosophie der Geschichte*, 1837, Edición y trad. cast. a cargo de J. Gaos, con prólogo de J. Ortega y Gasset, *Lecciones sobre la Filosofía de la Historia Universal*, Madrid, Alianza, 1989, 4.ª ed., pp. 41 ss.

¹⁰ Entre las posturas que invocan hoy la ciencia y la tecnología como marco de referencia para el desarrollo de la vida individual y colectiva, deben distinguirse dos concepciones que obedecen a planteamientos diferentes: el transhumanismo y el posthumanismo. Ambas expresiones aluden a la reivindicación del derecho a investigar y utilizar, con plena libertad, los avances de la tecnociencia, para conseguir el mayor grado de desarrollo tecnocientífico. Al propio tiempo, estos movimientos se proponen trascender los límites naturales, biológicos o sociales que actualmente condicionan el pleno desarrollo de la existencia. Ahora bien, existe una diferencia básica entre estas dos concepciones. Así, mientras los transhumanistas sostienen que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana (*Vid.*, por todos, LLANO ALONSO, F., *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018), los posthumanistas propugnan la abolición de la era del *homo sapiens*, en aras de una posthumanidad en la que queden superadas todas las limitaciones e insuficiencias de la condición humana (*vid.*, PÉREZ LUÑO, A. E., «El posthumanismo no es un humanismo», en *Doxa*, n. 44, 2021, pp. 291 ss.).

no metafísico vinculado a la voluntad de unos presuntos designios divinos, será entendida como un mero problema técnico y podrá ser resuelta con medios técnicos. De este modo, la ingeniería genética y las biotecnologías permitirán una prolongación indefinida de la vida humana. Concluye Harari que, durante milenios, los dioses se caracterizaban por poseer la omnisciencia, la omnipotencia y la eternidad y, precisamente, esos atributos podrán ser disfrutados por los posthumanos: el *homo sapiens* será sustituido por el *homo Deus*¹¹.

Esta visión decididamente optimista sobre el presente y el futuro de la sociedad digital y de la tecnociencia será contemplada con estupor y sarcasmo por los millones de personas que han sido o están siendo víctimas de la pandemia, o para quienes han sufrido los efectos del coronavirus en la vida o en la salud de sus familiares o allegados. Desde esas perspectivas críticas o escépticas de quienes han sido golpeados por la pandemia se abre una actitud de incertidumbre, o de abierta desconfianza, sobre las virtualidades de la sociedad digital y global. Ese marco social aparece más frágil y vulnerable de cuanto afirmaban sus más fervorosos apologistas. Tenía razón el sociólogo alemán Ulrich Beck cuando, hace ya algunos años, avanzó un diagnóstico premonitorio al definir la sociedad avanzada actual como «la sociedad del riesgo»¹². En efecto, las sociedades tecnológicamente avanzadas del presente gozan de logros y ventajas impensables, en etapas anteriores de la historia, pero es incapaz de eludir riesgos que se producen en los momentos más imprevistos y que proceden de fenómenos y agentes insospechados.

Esa situación recuerda un fragmento de la obra de uno de los más cualificados representantes de la cultura literaria del pasado siglo. Me refiero al autor austriaco Robert Musil, quien en un fragmento de su obra *Der Mann ohne Eigenschaften*¹³, señala que resulta paradójico comprobar que el hombre más fuerte de Austria podía ser destruido por un organismo microscópico tan insignificante como el bacilo de Koch. Hoy se podría afirmar, trasladando el ejemplo de Musil a las circunstancias que vivimos, que la sociedad digital con toda su poten-

¹¹ HARARI, Y. N., *Homo Deus: Breve historia del mañana*, trad. cast., R. Joan-domènec, Barcelona, Debate, 2016, pp. 323 ss.

¹² BECK, U., *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*, trad. cast., R. S. Carbó, Barcelona, Paidós, 2008.

¹³ MUSIL, R., *Der Mann ohne Eigenschaften*. La 1.ª ed., de esta obra se publicó en 1930. Las ediciones francesa, inglesa e italiana de esta obra traducen el término «*Eigenschaften*», con los respectivos términos de: «*qualities*», «*Qualities*», «*qualità*»; es decir, con el equivalente al vocablo castellano de «cualidades», expresión preferible a la de «atributos», aunque menos fiel a lo que pretende expresar el término germano, que entiendo sería preferible haber traducido con la palabra castellana de: «peculiaridades». La traducción castellana de esta obra con el título de *El hombre sin atributos*, a cargo de Pedro Madrigal Devesa, Barcelona, Seix Barral, 1968, puede dar lugar a interpretaciones irónicas, en clave de doble sentido, que nada tienen que ver con su argumento.

cialidad puede ponerse en cuestión por un ente microscópico tan insignificante como el COVID-19.

Las consideraciones hasta aquí avanzadas no deben entenderse como una infravaloración de los logros y mejoras que, en los más diversos aspectos de nuestra existencia, han aportado las NT y las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC) en el marco de la sociedad digital. Las NT, las TIC y la IA constituyen una conquista irrenunciable de nuestro tiempo y sería un suicidio colectivo pretender prescindir de cuanto comportan. El desafío para la Filosofía jurídica y política actual consiste en orientar esos avances de la tecnociencia hacia horizontes de emancipación humana y deben hallar su vertebración en la tradición cultural humanista.

No sería lícito ignorar que las investigaciones biomédicas han conseguido terapias más eficaces para combatir la pandemia, que aquellos medios con que contaba la medicina del pasado. Gracias a la IA se han conseguido vacunas para prevenir el COVID-19 en un plazo mucho más breve que el que era necesario para la elaboración de vacunas precedentes contra otro tipo de virus o patologías. Las TIC han propiciado un intercambio de informaciones sobre tratamientos terapéuticos entre las diversas instituciones hospitalarias y clínicas a escala planetaria y en tiempo real. No parece juicioso dudar, por tanto, de que la tecnociencia ha contribuido a responder al desafío de la pandemia con mucha mayor eficacia y celeridad de cuanto pudieran haberlo hecho las sociedades del pasado.

Las posibilidades ofrecidas por las TIC para una comunicación, en tiempo real, entre todos los Gobiernos del mundo, entre éstos y sus ciudadanos y entre los ciudadanos entre sí, han contribuido a crear un empoderamiento social, que ha permitido afrontar esa crisis planetaria decisivamente mejor que si no se hubiera contado con esos avances. Es fácil imaginar, por poner un ejemplo, la compañía y el apoyo que, para millones de personas, ha supuesto el poder contar con la TV, la radio, los móviles y el acceso a internet. Disponer de esos medios tecnológicos ha paliado la situación de forzoso aislamiento y confinamiento padecido por la mayor parte de habitantes del planeta. La quiebra que para la calidad de la vida humana representa la imposibilidad de mantener relaciones personales, sin trabas, se ha visto mitigada por la posibilidad de una relación virtual. No huelga tampoco soslayar que la comunicación ciberespacial ha propiciado la creación de redes de solidaridad entre un gran número de cibernautas, lo que permite augurar un reforzamiento de valores comunitarios y, en particular, de aquellos que informan la cultura humanista. Como contrapartida, inherente a gran parte de los progresos tecnocientíficos, se ha suscitado una cierta ambivalencia: esos logros y ventajas se han hallado contrapuntados por un efecto multiplicador de las sensaciones de confusión, alarma y ansiedad, provocadas por la invasión en la Red de todo tipo de postverdades y de *fake news*.

Esta circunstancia nos sitúa ante un dilema, cuyas alternativas son por igual inaceptables. Porque si se desea mantener la plena libertad de comunicación en la Red, lo que constituye una garantía cívica básica de la sociedad digital, habrá que aceptar que se transmitan a través de ella todo tipo de posverdades *fake news*. Pero, si para evitar que el ciberespacio se convierta en un vertedero de falsedades, mensajes discriminatorios, discursos de odio ..., habrá que admitir que ese espacio sea controlado por un Gran Hermano, como el imaginado por George Orwell, que, mediante un Ministerio de la Verdad, establezca de forma dogmática e inapelable cuales son los contenidos que pueden comunicarse a través de la Red. Esa eventualidad sería el horizonte más siniestro para cualquier mentalidad libre y para el ejercicio de la libertad en la sociedad digital.

En aras de la superación de esas polaridades del dilema, ambas igualmente rechazables, se podrían aducir, en el plano de las ideas, frente a los riesgos fácticos del ciberespacio las tesis contrafácticas de Jürgen Habermas relativas a la «situación ideal de comunicación». De conformidad con dichas tesis, quienes intervienen en un proceso comunicativo deben partir de una situación básica de libertad; deben hallarse en una situación que garantice la simetría de sus posiciones, es decir, su igualdad y la ausencia de cualquier situación de dominio; asimismo, se deberá garantizar la calidad de lo que se comunica, mediante el respeto de los principios de veracidad, de coherencia, de no contradicción¹⁴...

En el ámbito jurídico también se asiste a una paulatina inquietud por hacer compatibles la libertad y la seguridad del ciberespacio. En los últimos años, en la temática de los programas de investigación de las facultades de derecho, se percibe un creciente interés por una materia inequívocamente transversal: la protección de datos personales. Esta materia interesa, por igual, a filósofos del Derecho, internacionalistas e investigadores de las diversas disciplinas del Derecho público y privado. Hace algunos años, la doctrina francesa calificó a la Informática jurídica de *carrefour science*, es decir, de ciencia de encrucijada. Hoy se podría afirmar que la problemática de la garantía jurídica de datos personales es también una temática «*carrefour*». Se trata de una encrucijada entre el objeto de las distintas disciplinas jurídicas, que llevan a cabo préstamos teóricos mutuos, que enriquecen sus respectivos enfoques y crean un núcleo de doctrina que, en el pasado y en el presente, han contribuido al desarrollo e innovación del constitucionalismo y de la teoría de los derechos fundamentales. A la vez, han estimulado los desarrollos

¹⁴ HABEMAS, J., *Reconstrucción del materialismo histórico*, trad. cast., de J. Nicolás Muñoz y R. García Cotarelo, Madrid, Taurus, 1981, pp. 179 ss.; id., *Conocimiento e interés*, trad. cast., M. Jiménez, J. F. Ivars y J. M. Santos, Madrid, Taurus, 1982, pp. 324 ss.

legislativos y jurisprudenciales tendentes a la garantía jurídica de esta dimensión básica de la sociedad digital¹⁵.

En relación con esos logros normativos, se puede aludir a dos ejemplos significativos de la hora presente: el Reglamento General de datos personales de la Unión Europea (Reglamento 2016/679 UE), promulgado el 27 de abril del 2016 y que abre una nueva etapa en la regulación de la protección de datos, sensible a los nuevos avances de las NT y las TIC y que ha servido de modelo para la actualización normativa de los países pertenecientes a la UE¹⁶, y la adaptación de dicha norma a nuestro ordenamiento jurídico, a través de la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de datos y garantía de los derechos digitales. En el Título X de esta nueva ley se regulan los derechos digitales y se establecen tres principios, y que entiendo, que constituyen una aportación decisiva para mantener un orden en el ciberespacio que sea capaz de armonización la libertad y la seguridad. Se proclaman, sucesivamente, los principios de neutralidad, de libertad y de seguridad. El principio de «neutralidad» se concreta en la exigencia de que los proveedores de servicios en la Red garanticen su independencia y se comprometan a evitar cualquier discriminación por motivos sociales, económicos o ideológicos, así como cualquier situación de dominio en la misma. El principio de «libertad» consagra el derecho de toda persona al libre acceso a la Red, sin limitación por razones de su origen, de su condición social o económica y por su situación geográfica. Se considera que la libertad de acceso a la Red es un derecho universal del que son titulares todas las personas. A su vez, el principio de «seguridad» se dirige a proteger a cuantos emiten o reciben mensajes a través de la Red, garantizándoles que dichas comunicaciones no van a sufrir limitaciones injustificadas, interferencias o manipulaciones.

Esos principios, en la medida en que se muestren operativos y eficaces, pueden contribuir, decisivamente, a superar las polaridades del dilema, a las que he tenido ocasión de aludir *supra*, al permitir una libre comunicación en el ciberespacio no degradada por la falsedad, ni limitada o controlada por poderes políticos o económicos.

En todo caso, la Filosofía jurídica y política debe ser consciente de las continuas y aceleradas transformaciones tecnológicas, afín de que las normas jurídicas que las regulan no puedan pecar de obsolescencia. Mantiene, en este punto, intacta su vigencia el postulado del his-

¹⁵ Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «El perpetuum mobile del derecho a la protección de datos: no solo mantenerlo, sino reforzarlo», Entrevista a cargo de Mónica Arenas, en *La Ley Privacidad*, Número 6, octubre-diciembre, 2020, pp. 1 ss.; TURÉGAÑO MANSILLA, I., «La dimensión social de la privacidad en un entorno virtual», en el vol. Col., a cargo de FUENTES SORIANO, O., *Era digital, Sociedad y Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, pp. 27 ss.

¹⁶ Cfr., PÉREZ-LUÑO ROBLEDO, E. «La nueva normativa europea para la protección de los datos personales», en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 40, (2019), pp. 213 ss.

toricismo jurídico a tenor del cual no existe pausa para el Derecho, porque la vida humana es un *perpetuum mobile* y las normas que deben regularla tienen que ser acordes con esa incesante mutación. La sociedad digital se halla en continuo cambio, en continuo movimiento y, en su seno, las NT y las TIC constituyen la vanguardia de ese flujo transformador. A la Filosofía política y jurídica le incumbe la insoslayable tarea de analizar las aplicaciones de las NT y las TIC, así como su repercusión en las libertades, con respecto al fenómeno de la pandemia, evaluando sus implicaciones y ofreciendo las pautas normativas más adecuadas para la regulación de este reto.

4. SOBRE EL ENFOQUE DE LAS JORNADAS

Cuanto ha supuesto la pandemia para nuestro actual desarrollo de la vida individual y colectiva y, en particular, para el disfrute de determinados derechos como el que afecta directamente a la salud, así como el derecho al trabajo, a las prestaciones sociales y también la temática de la limitación de los derechos a causa del COVID-19, debe ser objeto de estudio a partir del enfoque que nos es propio, es decir, el de la Filosofía jurídica y política.

En la hora presente, a mi entender, la Filosofía del Derecho debe asumir el cumplimiento de unas tareas fundamentales. El término «tarea», fue utilizado por Rudolf von Ihering para titular una publicación anual destinada a convertirse en una de las más importantes manifestaciones de la cultura jurídica de su época y del porvenir. Con la expresión: *Unsere Aufgabe*, o sea, «nuestra tarea»¹⁷, deseaba aludir a la labor que apremiaba a la teoría jurídica para asumir y dar cumplida respuesta a los problemas más acuciantes de su tiempo. Por ello, esa expresión me parece la más adecuada para designar a los retos y, en especial al que ha supuesto y supone la pandemia, a que debe dar respuesta la reflexión filosófico-jurídica del presente.

En razón de lo expuesto, mi propósito se cifrará en explorar las tres tareas que, estimo, resultan más apremiantes para el presente y el futuro inmediato de nuestra disciplina: la primera hace referencia a la misión «prospectiva», o sea a ese permanente estado de alerta para captar el signo de los tiempos y ofrecer las oportunas respuestas jurídicas a los mismos; la segunda tiene por objeto la elaboración «metodológica» de los instrumentos y técnicas adecuados para el análisis y resolución, en la esfera jurídica, de esas constantes transformaciones

¹⁷ IHERING, R. von, «Unsere Aufgabe», en *Jahrbuch des heutigen römischen und deutschen Recht*, 1, 1857, p. 52. Existe trad. cast. con Estudio preliminar a cargo de LLOREDO ALIX, L., «Rudolf von Ihering: Nuestra tarea (1857) En torno a la jurisprudencia de conceptos: surgimiento, auge y declive» en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* Núm. 4, marzo-agosto 2013, pp. 234 ss.

del mundo y de la vida; la tercera tarea debe consistir en el compromiso «axiológico» con el valor de la justicia y su concreción en el catálogo de los derechos y libertades. Estas tres tareas tienen puntual incidencia para el adecuado enfoque iusfilosófico de la problemática de la pandemia que es el objeto principal de estas Jornadas.

a) Corresponde a la Filosofía jurídica y política una irrenunciable tarea «prospectiva». Hoy, más que en ninguna época anterior, ese *perpetuum mobile* en que la vida consiste se ha traducido en un incesante cambio del horizonte tecnocientífico lo que ha repercutido en la mayor parte de los aspectos de la sociedad, la economía, la política y la experiencia jurídica. Como es previsible que esos cambios se prolonguen en el futuro, la reflexión jurídica y política debe mantenerse alerta para captarlos, para comprobar su repercusión y para intentar avanzar soluciones de presente y de futuro.

Esa tarea ha venido siendo asumida por la Filosofía jurídica desde el momento en que las NT y las TIC proyectaron sus efectos en el universo social, político y jurídico. Así, desde las primeras proyecciones de la cibernética y de la informática al Derecho, la Filosofía jurídica mostró su sensibilidad por llevar a cabo una evaluación del impacto que de esa proyección pudiera derivarse¹⁸.

En años posteriores se ha mantenido esa inquietud por someter al tribunal de la conciencia, o sea, al conjunto de valores ético-jurídicos los constantes desarrollos de las NT y las TIC en la experiencia jurídica. En la actualidad y, en concreto, en lo que hace referencia a las implicaciones jurídicas de la IA, se han promovido numerosos programas y proyectos de estudio, en los que se analizan, de forma pormenorizada, los diversos aspectos y consecuencias de esta nueva frontera de la era digital¹⁹.

La necesidad de dotar de conciencia a los crecientes avances, ámbitos de incidencia y de consiguiente repercusión de la IA en todos los escenarios de la sociedad digital, ha adquirido carácter perentorio en la actual situación derivada de la pandemia. La pandemia ha supuesto una catástrofe de incalculables proporciones a escala planetaria. Algunos analistas indican que sus efectos pueden ser comparables a la devastación producida por la Segunda Guerra Mundial.

Las consecuencias de la pandemia se presagian terribles: provocarán situaciones de pobreza extrema en países del tercer mundo, en los que no pueden descartarse episodios de hambruna, mientras que en los países del primer mundo pueden agudizar la brecha social entre las

¹⁸ Cfr., PÉREZ LUÑO, A. E., «Juscibernética y metodología jurídica», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1970, octubre-diciembre, pp. 779 ss., *Cibernética, Informática y Derecho. Un análisis metodológico*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1976.

¹⁹ Vid., por todos, SÁNCHEZ BRAVO, A. (Ed.), *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos Entornos Digitales*, Sevilla, Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, 2020.

clases y ser causa de una pérdida de empleo que implique una crisis del sistema laboral en su conjunto. En el plano cultural, las NT y las TIC han permitido formas y métodos educativos *online* con lo que se ha evitado el colapso del sistema educativo en su conjunto. Ello no es óbice para que, en determinados ámbitos de la enseñanza, en particular en lo que atañe a los estudios superiores, esas experiencias, en muchas ocasiones improvisadas, de docencia virtual, no dejen de representar cierto menos cabo en la calidad de la enseñanza. Quienes han cursado estudios en tiempo de pandemia pueden ver comprometidos sus niveles de conocimiento y, en definitiva, su formación educativa y universitaria.

La Filosofía jurídica no puede permanecer impasible ante esas graves circunstancias, so pena de incurrir en una actitud de insolidaridad por omisión. No debe tampoco descartarse alguna consecuencia positiva de todo el espectro negativo que ha implicado la pandemia.

El constitucionalista José Antonio González Casanova indica que la verdadera naturaleza de los virus no se corresponde con su versión negativa habitual. Tras la mascarilla de los tremendos males tan evidentes, derivados del coronavirus, la pandemia puede contribuir a desvelar las injusticias y contradicciones de aquellas acciones destructoras de la condición humana y de la naturaleza. Surge así la paradoja a tenor de la cual el COVID-19, con sus efectos destructores, puede producir, a su vez, la destrucción del constructo capitalista y de la mentalidad consumista. De este modo, si los humanos entienden su mensaje, la pandemia podría contribuir a forjar una sociedad viva, más humana y más enraizada en la madre Naturaleza. En definitiva, sostiene González Casanova, que el virus pandémico es una fuerza de destrucción creadora, que está destinada a una renovada construcción de un mundo nuevo²⁰.

La prognosis, decididamente optimista de González Casanova, sobre las posibles consecuencias de la pandemia entrañan una paradoja que no debe considerarse insólita en el panorama de la cultura contemporánea. Theodor Adorno, uno de los más cualificados representantes de la Escuela de Fráncfort, en su *Negative Dialektik*, puso el acento sobre la positividad emergente de los procesos dialécticos en los que se parte de una situación negativa o crítica²¹.

Esta conjetura paradójicamente optimista sobre las eventuales consecuencias positivas de la postpandemia exigirá, como condición *sine qua non*, un decidido compromiso cultural y político dirigido, precisamente, a dotar de conciencia el destino presente y futuro de las NT, las TIC y, especialmente, de la IA.

Es de justicia recordar que la tarea prospectiva de la Filosofía del Derecho no se ha circunscrito a su esfuerzo por asumir el impacto

²⁰ GONZÁLEZ CASANOVA, J. A., *El virus que anunció las pandemias futuras*, Celrá, (Gerona), Far Books, 2020, p. 9.

²¹ ADORNO, T., *Dialéctica negativa*, cit., pp. 48 ss.

tecnológico en la experiencia jurídica. La temática ecológica y la inquietud por las implicaciones de la cuestión medioambiental y el desarrollo sostenible y equilibrado en el Derecho, ha sido también fruto del compromiso de destacados miembros de nuestra Sociedad de Filosofía jurídica y política. Asimismo, no puede omitirse el protagonismo asumido por nuestra disciplina en la proyección de las ciencias sociales y, en particular, de la Sociología en el planteamiento de la problemática jurídica. La Bioética, las biotecnologías y la neurociencia, en sus repercusiones jurídicas, han estado presentes en la labor de investigación y docencia de destacados compañeros y compañeras de nuestra sociedad. Tampoco puede relegarse a olvido el decidido y decisivo empeño surgido entre quienes pertenecen a nuestra Área de conocimiento por inscribir la reivindicación, en el ámbito jurídico, del feminismo y por cuanto es relativo a la temática de género. No se debiera tampoco soslayar la relevante actitud de estudio y compromiso por la situación de los extranjeros, refugiados e inmigrantes, que se ha traducido en importantes iniciativas e investigaciones llevadas a cabo por destacados compañeros y compañeras de nuestra sociedad.

Esta referencia, en modo alguno exhaustiva, muestra la vigencia de esa tarea prospectiva desarrollada por nuestra disciplina, que ha permitido abrir esos nudos temáticos y problemáticos a otras Áreas de conocimiento jurídicas, cumpliendo así una tarea de la que no debe abdicar en el futuro²².

b) Es también tarea ineludible de la Filosofía jurídica cumplir con una función «metodológica» consistente en aportar marcos conceptuales, e instrumentos de indagación que puedan ser utilizados por otras ramas del Derecho. Esa tarea iusfilosófica sugiere la conveniencia de acometer sus estudios bajo unas determinadas exigencias de orden y de rigor, tal como ocurre en cualquier labor intelectual que pretenda ser fecunda.

El marco actual en el que se desenvuelve la reflexión iusfilosófica se halla caracterizado por una evidente dispersión temática. Esa pluralidad de temas es fruto de la pluralidad de problemas que tiene planteados la sociedad digital global de nuestro tiempo y ante los que nuestra disciplina no puede evadirse. Pero, precisamente, por ello, nunca como en el presente ha sido tan necesario para nuestra materia el contar con marcos metodológicos adecuados a esa ampliación de su objeto.

A dar cumplimiento a ese reto se orienta, precisamente, la tarea metodológica entendida como teoría de un conocimiento jurídico, capaz e idóneo para captar y dar cuenta de las circunstancias vigentes, de sus presupuestos y de sus distintas formas. Desde sus premisas

²² Cfr., PEREZ LUÑO, A. E., *Trayectorias contemporáneas de la Filosofía y la Teoría del Derecho*, 5.ª ed. a cargo de R. González-Tablas y F. Llano, Madrid, Tébar, 2007, pp. 139 ss.

pueden avanzarse determinados cauces operativos conducentes a llevar la investigación jurídica a buen fin. Puede, en este sentido, aludirse a unos «modelos» de investigación iusfilosófica, asumidos como modos arquetípicos para indagar, comprender y explicar determinadas ideas, doctrinas o fenómenos culturales relativos a experiencias jurídicas y, por tanto, idóneo para asumir con rigor la problemática de la pandemia.

En el año 1968 el turinés Enrico di Robilant Nicolis, profesor de Filosofía del Derecho en la Universidad de Trieste, publicó su obra *Modelli nella filosofia del diritto*²³.

En esta obra los modelos iusfilosóficos vienen entendidos como argumentaciones tendentes a la obtención de determinados fines en la investigación. Por eso, su valor dependerá de la consistencia de esos razonamientos argumentativos en relación con su idoneidad para el logro de los fines propuestos. Robilant distingue tres tipos de modalidades de investigación iusfilosófica en función de los fines que en ellas se persigue:

- 1) Fines de carácter meta teórico dirigidos al examen, aclaración o crítica de doctrinas filosófico-jurídicas.
- 2) Fines que se proponen el estudio de la experiencia social o de sus fenómenos.
- 3) Fines de carácter práctico, que intentan proporcionar indicaciones que sirvan para promover la eficacia de la acción.

De conformidad con este planteamiento los modelos de investigación jurídica, que en relación con el fenómeno de la pandemia importan, pueden asumir la naturaleza de fines de carácter meta teóricos. En concreto, estos fines se proponen discernir el grado de validez de aquellas investigaciones científicas y programas políticos avanzados para el estudio y/o la propuesta de solución a las diversas cuestiones suscitadas por la pandemia.

Esa finalidad no excluye que la investigación iusfilosófica se proponga también fines que pretenden elucidar los problemas sanitarios, laborales, económicos y cívicos producidos por la pandemia y sus consecuencias.

Tampoco puede omitirse la finalidad pragmática que pueden revestir determinados planteamientos iusfilosóficos y políticos, cuya reflexión se halle orientada hacia la praxis, es decir, hacia la orientación de las actuaciones tendentes al remedio de los daños concretos derivados de la pandemia.

En cualquier caso, estas tres finalidades no se excluyen mutuamente y pueden complementarse para ofrecer enfoques metodológicos integradores de esas perspectivas.

²³ ROBILANT NICOLIS, E., *Modelli nella filosofia del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1968.

c) Tarea inexcusable de la Filosofía del Derecho es el asumir su dimensión «axiológica», que es rasgo constitutivo de su significado y de su propia razón de ser. El compromiso con los valores y, en concreto, con el valor de la justicia cuyo contenido se explicita hoy en el catálogo de derechos y libertades determina su tarea en relación con la problemática de la pandemia. Las trágicas consecuencias de este fenómeno han agredido directamente a diferentes derechos: en primer término, el derecho a la salud de millones de personas de nuestro mundo ha afectado a los derechos laborales y las prestaciones sociales de un número inmenso de trabajadores y trabajadoras de todo el orbe, ha limitado, por los estados de alarma y confinamiento, el ejercicio de la libertad personal de circulación y, en ocasiones, a la de transmisión de determinadas comunicaciones...

Las aportaciones tecnológicas, que son del todo necesarias para dar respuesta a la gravedad del daño producido por el coronavirus en los más diversos aspectos de nuestra experiencia, deben ser dirigidas por la conciencia. Han transcurrido más de siete décadas desde que se produjo la promulgación en París el 10 de diciembre de 1948 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU.

Pese al tiempo transcurrido desde aquel momento, no se ha conseguido que los derechos humanos, en ella reconocidos, sean una realidad efectiva a escala planetaria. Para millones de habitantes de nuestro planeta la declaración sigue siendo una promesa incumplida, porque no se han emancipado del hambre, la pobreza, la ignorancia o la opresión. Los derechos humanos no pueden quedar relegados en una fraseología retórica o en un elenco de bellas ilusiones. Se ha indicado, certeramente, que los derechos humanos deben ser entendidos y practicados a tiempo completo y en todo lugar, porque no son meras instancias axiológicas o normativas que moran o residen distantes de nosotros²⁴. Por ello, la Declaración Universal, los Pactos que la desarrollaron, los Convenios y Tratados internacionales en materia de derechos humanos, el constitucionalismo democrático con los catálogos de derechos fundamentales que le son inherentes, constituyen desarrollos de una tradición cultural humanista, que nutre y es elemento constitutivo de la conciencia de la que la Filosofía jurídica debe hacerse impulsora y portavoz.

En nuestro tiempo, junto a posturas cínicas y escépticas respecto a los derechos humanos, constituye una grave amenaza para lo que tales derechos representan, la postura tecnocrática. Dicha postura concibe la gobernanza como el gobierno de tecnócratas que debe gestionarlo

²⁴ SÁNCHEZ RUBIO, D., «Derechos humanos a tiempo completo y en todo lugar: una propuesta multigarantista en materia de (mal)-trata de personas» en el vol. col., a cargo de CORDERO RAMOS, N., y CRUZ ZÚÑIGA, P., *Trata de personas, género y migraciones en Andalucía (España), Costa Rica y Marruecos retos y propuestas para la defensa y garantía de los derechos humanos*, Madrid, Dykinson., 2019, pp. 21 ss.

todo en términos económicos y de austeridad²⁵. Hoy, algunos tecnólogos e ideólogos posthumanistas, no se han recatado en sustentar que los problemas de la pobreza, del hambre, de la sanidad, la educación o el empleo, han dejado de tener su ámbito de planteamiento y solución en los foros internaciones o en los parlamentos de los Estados democráticos, ya que su espacio de tratamiento y solución más adecuado ha pasado a ser el de los laboratorios de Silicon Valley. Personalmente, no puedo estar más en desacuerdo con esa pretensión, que me recuerda la denuncia realizada, hace ya casi un siglo, por José Ortega y Gasset cuando acuñó la expresión del «terrorismo de los laboratorios»²⁶.

Como he indicado, las NT, las TIC, la IA, el *Big-Data* y los algoritmos son del todo imprescindibles para el desarrollo humano. Asimismo, los estudios, investigaciones e informaciones de los tecnólogos y científicos poseen una importancia incuestionable para la toma de decisiones sobre los distintos ámbitos del mundo y de la vida, pero las decisiones definitivas no se deben tomar en los laboratorios de Silicon Valley, sino que deben ser el fruto de deliberaciones libres, razonadas y responsables de los foros democráticos internacionales y nacionales.

Al concluir estas reflexiones lo hago con la convicción de que a la Filosofía jurídica le corresponde, por su constitutiva e irrenunciable dimensión axiológica, la tarea de propiciar la garantía de los derechos y libertades, en especial, en tiempos de pandemia. Asimismo, deberá asumir la función de conciencia crítica para un uso de las NT, las TIC y la IA, conforme a los valores del humanismo en sus proyecciones sobre la problemática y consecuencias de la pandemia y en otros aspectos de nuestro universo cultural, social y político.

²⁵ SÁNCHEZ RUBIO, D., «El cinismo, el escepticismo y la tecnocracia frente a los derechos humanos en el contexto del COVID-19», en el vol. col., a cargo de SÁNCHEZ RUBIO, D., y SÁNCHEZ BRAVO, A., *Temas de Teoría y Filosofía del Derecho en contextos de pandemia*, Madrid, Dykinson, 2020, pp. 149 ss.

²⁶ ORTEGA Y GASSET, J., «El imperialismo de la Física» en *Obras Completas*, cit., vol. 2, pp. 334 ss.

De la negación a la catarsis. El debate en torno a la pandemia de la COVID-19*

From denial to catharsis. The debate around the COVID-19 pandemic

Por Prof.^a CRISTINA GARCÍA PASCUAL
Universitat de València

RESUMEN

En la gran discusión pública en torno a la pandemia de la COVID-19 fue posible identificar cuatro líneas argumentales que contenían un análisis del evento pandémico, una valoración y una predicción o propuesta futuro. La primera fue la de la negación o el engaño bajo el paradigma del Estado de excepción permanente. La segunda cifró el peligro en la posible inacción de los Estados y en la consiguiente violación de la dignidad humana. La tercera consideró la pandemia un acelerador de la crisis de los sistemas democráticos y del triunfo del capitalismo tecnológico. Finalmente, la cuarta línea argumental anunció el advenimiento de un momento único de catarsis colectiva. El objeto de este artículo es repensar con la perspectiva del tiempo los marcos interpretativos que iluminaron un debate que todavía hoy no puede darse por cerrado.

Palabras clave: Pandemia, dignidad humana, engaño, negación, catarsis.

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación «*Tiempos y espacios de una justicia inclusiva. Derechos para una sociedad resiliente frente a los nuevos retos*». IN_JUSTICE». Ref. PID2021-126552OB-I00.

ABSTRACT

From the very outset of the COVID-19 pandemic, a great deal of public attention and discussion has been devoted to examining and assessing the societal significance and predicting the likely future course and lingering effects of the coronavirus crisis. Four different lines of analysis have emerged within such debates. The first places the spotlight on political denial, deceit and deception and stays firmly within the paradigm of the permanent state of emergency. The second focuses on the dangers State complacency and inaction may pose for human rights. The third characterizes the COVID-19 pandemic as the latest catalyst of a broader process of democratic backsliding and ever-advancing technological capitalism. The fourth heralds the advent, as spurred on by the heavy toll of the coronavirus disease, of a unique period of collective catharsis. On the basis of the insights gained since the onset of the pandemic, and with the benefit of hindsight, this article is designed to rethink and review these four main interpretative accounts in an attempt to contribute to the understanding of the COVID-19 experience.

Keywords: Pandemic, state of emergency, human rights, democratic backsliding, catharsis.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LAS DIFICULTADES DE PENSAR LA PANDEMIA DE LA COVID-19. – 3. CUATRO MARCOS INTERPRETATIVOS DEL EVENTO PANDEMICO. 3.1 *La negación de la pandemia o el gran engaño.* 3.2 *La defensa de la dignidad humana ante la pandemia.* 3.3 *La pandemia como acelerador de la historia.* 3.4 *Esperando la catarsis.*

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE DIFFICULTIES IN THINKING ABOUT THE COVID-19 PANDEMIC. – 3. FOUR INTERPRETATIVE ACCOUNTS OF THE COVID-19 PANDEMIC EXPERIENCE. 3.1 *Pandemic denial or the great deception.* 3.2 *The defense of human dignity in the face of the pandemic emergency.* 3.3 *The pandemic as an accelerator of history.* 3.4 *Awaiting the catharsis.*

1. INTRODUCCIÓN

Tal vez hoy resulte anacrónico volver sobre los efectos de la pandemia de la COVID-19. Dominados por el presentismo hasta los acontecimientos que más gravemente han impactado en nuestra vida personal y comunitaria los sentimientos lejanos e indistintos. Bien quedan relegados en el listado de nuestras preocupaciones por otros, como la guerra de Ucrania, las altas temperaturas del verano o nuestros proble-

mas personales, bien quedan sepultados, incluso antes de que podamos darlos por acabados, por el aturdimiento que produce el rápido transcurrir de los acontecimientos y el constante bombardeo informativo. Sabemos, sin embargo, que la pandemia ocurrió, que alteró nuestros ritmos de vida, modificó nuestra percepción del tiempo, tuvo graves consecuencias en los ámbitos de la salud, del trabajo, de la protección social llegando a cuestionar la sostenibilidad misma de la globalización económica. ¿Qué queda de todo esto? Aunque la fuerza de lo inmediato nos lleve a mirar hacia otro lado, no deberíamos pasar tan rápido una página que no ha sido leída hasta sus últimas líneas. La reflexión filosófica, las dinámicas jurídicas precisan o se enriquecen con la perspectiva del tiempo. Con esa perspectiva podemos repensar como lo acontecido, fue analizado, elaborado, valorado por filósofos y juristas, una forma de escapar del presente tal vez, pero también de intentar comprenderlo mejor.

Desde sus inicios la pandemia produjo un buen número de interesantes reflexiones filosóficas y jurídicas. Intelectuales, analistas, filósofos, juristas... se apresuraron a avanzar análisis y predicciones sobre el impacto de la enfermedad en nuestras formas de vida, en nuestros modelos de organización política, en el orden internacional o global. Ya en las primeras semanas, apenas un mes, del primer año de la pandemia pudimos leer, por citar algunas, las opiniones de Jürgen Habermas, o de Luigi Ferrajoli. El filósofo esloveno Slavoj Žižek, publicó un libro titulado *Pandemic*, mientras que el italiano Giorgio Agambem, prácticamente todas las semanas escribía sobre la cuestión en su blog *Una voce* en la editorial *Quodlibet*. En marzo del 2020 se publicó *Sopa de Wuhan* un libro colectivo con textos de Alain Badiou, Judith Butler, Paul B. Preciado entre otros. Resultó admirable cada uno de estos esfuerzos de reflexión, también el de otros intelectuales mediáticos como Byung-Chul Han, Yuval Harari, Boaventura de Sousa Santos, la escritora Zadie Smith o el historiador Timothy Snyder..., porque no es fácil pensar los procesos en los que uno mismo está inmerso. Justamente en esta dificultad de pensar la pandemia quiero detenerme antes de pasar a analizar cada una de las líneas argumentales que dieron cuerpo al gran debate global sobre la COVID-19 y sus consecuencias.

2. LAS DIFICULTADES DE PENSAR LA PANDEMIA DE LA COVID-19

Como individualmente pudimos experimentar, no fue fácil pensar una realidad desmesurada, volátil, en constante transformación e incierta como fue la de la pandemia y sus efectos. Las dificultades fueron palpables en las primeras semanas de confinamiento, en los meses de marzo y abril 2021, pero creo que permanecieron en el tiem-

po y no se ha disuelto ni siquiera hoy. Todavía nos debatimos por entender el alcance real de la pandemia, también si nuestra despreocupación actual se corresponde a que como sociedad nos enfrentamos con éxito a sus amenazas o si es la consecuencia de nuestra manera superficial de estar en el mundo.

Durante enteros días, semanas, meses muchos ciudadanos de todo el mundo consultaron los datos sobre la expansión de la enfermedad, los comentaron, los compararon con otras pandemias, con otras enfermedades, con otras catástrofes, sacaron medias y porcentajes. Se esperaba que las cifras sirvieran incluso para medir el sufrimiento, cuánta gente perdió su vida, cuánta gente perdió su trabajo, cuánta su estabilidad mental... Y sin embargo había algo que los datos no nos decían por muy atentamente que los repasáramos a diario o por mucho que se examinaran en los diferentes foros de discusión creados a este fin. Había algo que no se alcanzaba a comprender. Si los datos debían darnos la dimensión exacta de la catástrofe, había en ellos, y sigue habiéndolo hoy, algo de impenetrable.

Lo bien cierto es que la pandemia nos encontró viviendo en la que Günter Anders denominará, en los años 70 del siglo pasado, la «edad oscura». Es decir en un mundo tecnificado y globalizado donde aquello que podemos producir, también los efectos de las acciones políticas o de nuestros comportamientos de masas, es más grande que aquello de lo que podemos hacernos una representación (concebirlo e identificarlo como nuestro). En palabras del filósofo alemán «somos más pequeños que nosotros mismos, incapaces de darnos cuenta mentalmente de las realidades que nosotros mismos hemos producido» Una especie de «utopistas invertidos mientras los utopistas corrientes son incapaces de producir lo que pueden imaginar, nosotros somos incapaces de imaginar lo que estamos produciendo»¹. Esta desproporción torna nuestro mundo global en un lugar oscuro. La impotencia ante las altas cifras que diariamente nos ofrecían los medios de comunicación sobre la pandemia, bien puede interpretarse como expresión de nuestra propia naturaleza limitada, de nuestra misma condición humana.

Sometidos a los efectos de la desproporción, frente a la extensión del coronavirus muchos mostraron limitada capacidad de sentir horror, compasión, responsabilidad. Las altas cifras de enfermos y fallecidos nos dijeron poco, a veces nada, ante ellas nos mostramos, en algunos momentos, como «analfabetos emocionales». Si es verdad que la pandemia puso de manifiesto la interconexión de todos los habitantes de la tierra, no siempre resultó fácil despertar en nosotros los vínculos de solidaridad que exigía la situación. Si aquello a lo que propiamente habría que reaccionar se torna desmesurado, también nuestra capaci-

¹ ANDERS, G., «Tesis para la Era Atómica». *Estudios Latinoamericanos*, trad. de Eduardo Saxe-Fernández, 44, 2019, pp. 175.

dad de sentir desfallece². Parafraseando de nuevo a Anders aquello que es demasiado grande nos puede dejar fríos, o, mejor dicho, ni siquiera fríos (pues la frialdad sería también una forma de sentir), sino completamente indiferentes. Los miles de muertos por la pandemia podrían ser para nosotros no más que un simple número, mientras que tal vez la evocación de la muerte de diez personas quizá cause todavía alguna resonancia en nosotros, y la muerte de un solo ser humano nos llene de horror.

Si nadie está libre de la fatalidad de la regla de la desproporción hubiéramos debido interpretar nuestra incapacidad de representación, nuestra desazón frente a las grandes cifras, como una alerta moral. Lo inaccesible de los datos como una advertencia de que algo terrible podía ocurrir o estaba ocurriendo. No siempre fue así.

Junto con la impenetrabilidad de los datos la pandemia puso en evidencia la irracionalidad de nuestras redes de abastecimiento de productos. Carecíamos justamente de aquello que resultaba necesario para superar la enfermedad y aquí también nos movimos a oscuras. Nuestros modernos y sofisticados sistemas económicos tenían (tienen) los pies de barro no podían autoabastecerse de mascarillas o de respiradores mecánicos. Tras décadas de exaltación de la economía del emprendimiento rendimos por unos días homenaje a los trabajos más básicos, a los conductores de ambulancias, a los reponedores de los supermercados, a quienes recogen la fruta, cultivan la tierra y desde luego a los médicos y a todo el personal de los hospitales. En el Congreso de los Diputados de España se aplaudió a la asistente que limpiaba la tribuna de los oradores. Los más admirados no fueron ni los futbolistas, ni los hombres de negocios y ciertamente tampoco los juristas.

Pero de nuevo ahí había algo que resultaba difícil de explicar ¿cómo era posible que sociedades avanzadas e industrializadas no pudieran fabricar y distribuir lo que en aquellos momentos necesitábamos? También sobre este punto Günter Anders desde el convulso contexto histórico del siglo XX nos da interesantes claves de comprensión. Desde hace muchas décadas vivimos instalados en un mundo tecnificado. Nuestra capacidad de fabricación, de llenar los espacios de objetos, es incontenible e ilimitada, tan grande que en el proceso de producción solo ejecutamos, una de las innumerables actividades de las que se compone. La división del trabajo hace que cada persona se concentre en un minúsculo segmento del proceso de producción global y en este sentido somos prisioneros de nuestro trabajo especializa-

² Este desfallecimiento hace posible la repetición de lo peor, facilita su incremento; convierte incluso en inevitable su repetición y su incremento. Pues entre los sentimientos que desfallecen no solo está el del horror, el del respeto o el de la compasión, sino también el sentimiento de responsabilidad (ANDERS, G., *Nosotros hijos de Eichmann. Carta abierta Klaus Eichmann*, trad. de Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2001, p. 38.).

do porque nos excluye de la representación del producto o del aparato como totalidad.

Dicho con las palabras del filósofo alemán «que lo que ... podemos hacer (y lo que, por tanto, hacemos realmente) es más grande que aquello de lo que podemos crearnos una representación; que entre nuestra capacidad de fabricación y nuestra facultad de representación se ha abierto un abismo, y que cada día éste se hace mayor; que nuestra capacidad de fabricación es ilimitada, mientras que nuestra facultad de representación es, por naturaleza, limitada»³. Siendo esto así los objetos que hoy estamos acostumbrados a producir con la ayuda de nuestra técnica imposible de contener, pero sobre todo los efectos que somos capaces de provocar o las consecuencias de la suma de nuestras desagregadas acciones individuales son tan enormes y tan potentes que ya no podemos concebirlos, y menos aún identificarlos como nuestros. Ciertamente, no es solo la desmesurada magnitud de nuestros logros o de las consecuencias de nuestras pequeñas acciones individuales lo que excede nuestra facultad de representación, sino la ilimitada mediación de nuestras formas de actuar, de nuestros procesos de trabajo. «Tan pronto como se nos da un empleo para que ejecutemos una de las innumerables actividades aisladas de las que se compone el proceso de producción perdemos no solo el interés por el mecanismo en tanto que totalidad y por sus efectos últimos, sino que, además, se nos arrebató la capacidad de crearnos una representación de todo ello. Una vez sobrepasado cierto grado máximo de mediación —y esto es la norma en la forma actual del trabajo industrial, comercial y administrativo—, renunciamos, o mejor dicho, ya no sabemos siquiera que renunciamos a lo que sería nuestra tarea: contar con una representación de lo que hacemos»⁴.

Vivimos en la *era obscura*, allí dónde «cuanto más trepidante es el ritmo del progreso, cuanto mayores son los efectos de nuestra producción y más compleja es la estructura de nuestros aparatos, tanto más rápidamente pierden nuestra representación y nuestra percepción, la fuerza de avanzar al mismo ritmo; cuanto más rápidamente se eclipsan nuestras “luces”, más ciegos nos volvemos»⁵. En todo este proceso nuestra existencia humana desfallece porque si nuestro mundo es así, y son así las circunstancias en las que vivimos, nuestra naturaleza difícilmente podrá hacerles frente.

³ ANDERS, G., *Nosotros hijos de Eichmann...*, cit. p. 20.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibid.*, p. 22.

3. CUATRO MARCOS INTERPRETATIVOS DEL EVENTO PANDÉMICO

Es en la «era oscura» donde nos encontramos viviendo la pandemia. En ese marco con la desazón que produce pensar en la obscuridad, bajo la regla de la desproporción, se abrió un gran debate social (que parecía no tener fin) en el que de alguna manera todos participamos con nuestras familias, amigos, colegas... en la calle, en los medios, en la Universidad, en el ámbito político... En esa gran discusión pública creo que podemos identificar al menos cuatro líneas argumentales o cuatro marcos interpretativos del fenómeno pandemia que contienen, cada uno de ellos, un análisis de su impacto en nuestras sociedades, una valoración y una predicción o propuesta futuro.

La primera línea argumental podríamos denominarla la de la negación o el engaño. Algunas aproximaciones al acontecimiento pandémico se construyeron restando credibilidad o redimensionando a la baja los datos del avance y de la extensión de la enfermedad. En consecuencia, se sostuvo que las medidas adoptadas por los gobiernos para hacer frente a la COVID-19 eran del todo excesivas, expresión de formas políticas autoritarias cuando no totalitarias, un paso más en el establecimiento del Estado de excepción permanente con la consiguiente limitación espuria de los derechos individuales. La segunda línea argumental fue el reverso de la primera: la realidad de la pandemia resultaba incontestable y el peligro se cifró en la posible inacción de los Estados y en la consiguiente violación del bien más sagrado: la dignidad humana. La pandemia como momento privilegiado de la biopolítica debería haber sido la ocasión de afirmar la razón comunicativa por encima de la razón instrumental. La vida humana como el valor primero y en consecuencia la subordinación de la economía a su radical protección. La tercera línea, fue la de quienes identificaron en la pandemia un acelerador de procesos que ya estaban en curso y que con la extensión del coronavirus se vislumbraron con mayor claridad, procesos tales como la obsolescencia de los sistemas democráticos, expresada en su lenta e ineficaz respuesta a la expansión de enfermedad, y el progresivo triunfo del capitalismo tecnológico. Finalmente, la cuarta línea argumental fue la de quienes pensaron (y desearon) que la pandemia podía ser un momento único de catarsis colectiva, un punto de inflexión hacia el nacimiento de lo nuevo.

Estas cuatro líneas argumentales están atravesadas por dos ejes de discusión como son la fractura entre Oriente y Occidente y la fractura Norte Sur. Y a cada una de ellas le podemos fácilmente asignar el nombre de un jurista, de un filósofo o de un pensador. Veámoslo.

3.1 La negación de la pandemia o el gran engaño

Cuando la pandemia arreciaba en el norte de Italia y muchos países europeos todavía pensaban que la enfermedad no les alcanzaría el filósofo italiano Giorgio Agamben representó la posición de todos aquellos ciudadanos que desde el primer momento pensaron que la pandemia no tenía la entidad suficiente como para desatar las medidas de confinamiento que se sucedieron⁶. La idea que Agamben sostuvo es que los índices de contagios, de hospitalizaciones, de muertes... no nos llevaban a pensar que estábamos ante algo distinto a una epidemia de gripe. La población se encontraba instalada en un equívoco, o bien porque no sabía interpretar los datos, o bien simplemente porque estos les llegaban sesgados o manipulados. Para el filósofo italiano, por ejemplo, con la intención de aumentar el impacto de las cifras en el oyente se informaba de la mortalidad por Covid en términos absolutos sin la comparación con las tasas de mortalidad general o con las causadas por otras enfermedades. Si el análisis de los datos estaba equivocado el confinamiento se mostraba de forma evidente como una sobreactuación de los gobiernos movidos por una falta de respecto a las libertades individuales y por el uso del miedo como forma de control social.

Con este punto de partida el análisis de Agamben se desarrollará a través de ácidas críticas dirigidas a sus dirigentes políticos, pero también hacia otros actores sociales como la Iglesia, los médicos, o los juristas y a desde luego a los ciudadanos prontos a creer las informaciones vertidas en los noticieros sin contrastarlas⁷.

De la Iglesia sostendrá Agamben que al convertirse en la doncella de la ciencia, la verdadera religión de nuestro tiempo, ha negado radicalmente sus principios más esenciales. Olvidó que una de las obras de misericordia es visitar a los enfermos. Olvidó que los mártires enseñan que uno debe estar dispuesto a sacrificar la vida en lugar de la fe y que renunciar al prójimo significa renunciar a la fe⁸.

También fallaron en sus deberes los juristas demasiado acostumbrados al uso imprudente de los decretos de emergencia mediante los cuales el poder ejecutivo reemplaza realmente al legislativo, abolien-

⁶ AGAMBEN, G., *Una voce*, Quodlibet, disponible en www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben. *Una voce* de Giorgio Agamben es una plataforma en línea en la que Agamben publica breves intervenciones públicas desde marzo de 2017. Está alojada y mantenida por la editorial italiana Quodlibet. El 26 de febrero de 2020, Giorgio Agamben comenzó a publicar intervenciones breves de forma regular, todas ellas centradas en la pandemia COVID-19. Muchas de estas intervenciones se recogieron en: AGAMBEN, G., *A che punto siamo? L'epidemia come politica*, Macerata, Quodlibet, 2020. Existe traducción castellana con el título *¿En qué punto estamos? La epidemia como política*, Buenos Aires: Adriana Hidalgo Editora, 2020.

⁷ AGAMBEN, G., «Una domanda» en *Una voce*, Quodlibet, 13 de abril de 2020.

⁸ La Iglesia, bajo un papa llamado Francisco, ha olvidado que Francisco abrazó a los leprosos (*Ibidem*).

do ese principio de separación de poderes que define la democracia⁹. Porque las extendidas y prorrogadas limitaciones a las libertades no pueden sostenerse de acuerdo a derecho ¿Con qué arreglos legales? ¿Con un estado de excepción permanente? Sería deber de los juristas verificar que se respeten las normas de la Constitución, pero los juristas –dirá el filósofo italiano– guardan silencio. *Quare silete iuristae in munere vestro*¹⁰? (¿Por qué guardáis silencio, juristas, sobre lo que os concierne?). Sé –sostendrá Agamben– que siempre habrá alguien que responderá que el sacrificio serio se ha hecho en nombre de los principios morales. [...] pero] una regla, que establece que se debe renunciar al bien para salvar el bien, es tan falsa y contradictoria como la que, para proteger la libertad, requiere que renunciemos a la libertad¹¹.

En este marco interpretativo del evento pandémico donde los gobernantes, la Iglesia, los médicos o los juristas violaron sus deberes más básicos, tampoco será posible eximir a los ciudadanos, ni a los partidos políticos, organizaciones sindicales o movimientos sociales. Así –dirá el filósofo– fue posible presenciar la paradoja de las organizaciones de izquierda, tradicionalmente acostumbradas a reclamar derechos y denunciar violaciones de la constitución, aceptando sin reservas las limitaciones de las libertades... que incluso el fascismo nunca había soñado con poder imponer¹². Si ya, en el declive progresivo de las ideologías y las creencias políticas, los motivos de seguridad habían permitido a los ciudadanos aceptar limitaciones a las libertades que no estaban dispuestos a aceptar antes, la bioseguridad ha demostrado ser capaz de conseguir el cese absoluto de todas las resistencias¹³.

Agamben no deja grupo social o institución ajeno a la crítica. Obviamente si partimos de que la amenaza de la COVID-19 no es tal todas las actuaciones de los gobiernos se vuelven sospechosas, desmesuradas, antidemocráticas, totalitarias. En este sentido podríamos fácilmente decir que el punto de partida, más aún con la perspectiva que nos da el paso del tiempo, fue del todo equivocado, y no obstante no podemos dejar de encontrar en la palabras de Agamben reflexiones que nos interpelan, argumentos que no pueden dejarse a lado como

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Agamben invierte el conocido reproche que en el siglo XVI Alberico Gentile dirigió a los teólogos, «Silete theologi in munere alieno», reivindicado el alejamiento de la teología del derecho internacional (GENTILI, A., *De Iure Belli*, lib. I, cap. XII).

¹¹ A ellos –continúa– me gustaría recordarles que Eichmann, aparentemente de buena fe, nunca se cansó de repetir que había hecho lo que había hecho según la conciencia, de obedecer lo que creía que eran los preceptos de la moralidad kantiana (*Ibidem*).

¹² El diseño de un paradigma de gobierno cuya efectividad supera con creces la de todas las formas de gobierno que la historia política de Occidente ha conocido hasta ahora (AGAMBEN, G., *Biosicurezza e política*, en *Una voce*, Quodlibet 11 de mayo de 2020).

¹³ AGAMBEN, G. «Biosicurezza e política», en *Una voce*, Quodlibet 11 de mayo de 2020.

dejaríamos las posiciones anticientíficas de algunos líderes sociales o de políticos negacionistas en los que fue muy fácil entrever el interés que les movía. Agamben no es un charlatán sino un filósofo reputado y merecidamente respetado. Nada de lo que dice es fácilmente descartable ni siquiera su escepticismo.

Bajo la ley de la desproporción Agamben erró en algunos de sus análisis y acertó en otros. Sus reflexiones y afiladas críticas se deben inscribir en el marco de una construcción teórica desarrollada mucho antes de que se produjera la pandemia¹⁴ y sin embargo relevante para la comprensión de la misma. Dentro de la filosofía política de Agamben lo característico de las sociedades contemporáneas es que cualquier situación de emergencia se transforma en la ocasión de oro para que la soberanía estatal ejercite su poder, para avanzar hacia el estado de emergencia como estado permanente. Es algo que ya ocurrió con la alarma terrorista de principios de siglo cuyas consecuencias plasmadas en limitaciones de derechos no podemos dar por terminadas antes bien se han convertido no ya en la excepción, sino en la regla. ¿Cuántas restricciones en los derechos justificadas por la emergencia COVID-19 permanecerán en el tiempo? ¿Cuántos pequeños cambios en nuestras formas de vida no hemos ya naturalizado? El ser humano se ha acostumbrado tanto a vivir en condiciones de perpetua crisis y perpetua emergencia que parece no darse cuenta de que su vida se ha reducido a una condición puramente biológica y ha perdido toda dimensión, no solo social y política, sino incluso humana y afectiva¹⁵.

Prueba de esa reducción a lo biológico sería nuestra particular manera de enfrentar la muerte y el dolor como una patología, como algo inadmisibles o incluso excepcional. En nombre de lo excepcional, lo inadmisibles, lo que debe ser superado a través de la medicina se justifica cualquier acción. La supervivencia biológica se convierte en el fin último. Lo que conlleva la reducción de la humanidad a la vida desnuda, a una aspiración a la supervivencia que lo cubre todo, lo justifica todo, y nos conduce a la impolítica. Agamben, sobre este punto, se apoyan en otro gran pensador Ivan Illich crítico hasta el extremo de la tiranía de la biomedicina¹⁶, esa «ciencia» que habría convertido la

¹⁴ La misma pregunta: «*Quare silete iuristae in munere vestro?*» como reproche que Agamben dirige a los juristas por no haber articulado una teoría del estado de excepción en derecho público se encuentra ya al inicio del libro de AGAMBEN, G., *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, spec. 9.

¹⁵ AGAMBEN, G., *Chiarimenti* en *Una voce*, Quodlibet 17 de marzo de 2020.

¹⁶ AGAMBEN hace explícito su evidente vínculo con las tesis de Ivan Illich dando cabida en su blog al artículo de David Cayley, «Questions about the current pandemic from the point of view of Ivan Illich», *Una voce*, Quodlibet, 8 de abril de 2020.

Para Illich, como nos recuerda Cayley, en nuestros tiempos el «arte del sufrimiento» está siendo eclipsado, con la expectativa de que todo sufrimiento puede y debe ser aliviado de inmediato, una actitud que, de hecho, no termina con el sufrimiento, sino que lo deja sin sentido, convirtiéndolo simplemente en una anomalía. La muerte, se transforma así de un acto íntimo y personal, en una derrota sin sentido, un simple cese del tratamiento o «una desconexión».

muerte en una obscenidad a evitar más allá de cualquier límite. Y sin embargo, ¿no fue legítimo invertir en ese esfuerzo en salvar vidas? ¿no es la vida lo único que tenemos?

3.2 La defensa de la dignidad humana ante la pandemia

La segunda línea argumental gira precisamente en torno a la centralidad del derecho a la vida y la comprensión de la pandemia como un momento privilegiado de la biopolítica, es decir, de gestión política de la vida y de la muerte. Esta gestión en el estado de derecho solo es posible si se realiza bajo el imperativo de los derechos humanos o desde la afirmación de la primacía de la vida humana, como el valor primero y en consecuencia desde la postergación de cualquier interés económico a la salvaguarda de la dignidad humana.

En este sentido, fue Jürgen Habermas quien manifestó en la primavera del 2020 una primera preocupación justo por lo contrario que había inquietado a Giorgio Agamben. Habermas no temía que los gobiernos se excedieran en sus políticas de control de la enfermedad, sino que se quedaran demasiado cortos. Para el pensador alemán el temor principal era que la pandemia, que había conducido al confinamiento de la población de Europa entera, llevara a los gobiernos a realizar los cálculos instrumentales de quien no tiene en consideración el valor de cada vida humana y pone por delante los intereses económicos para la salvaguarda de la espiral de expansión infinita que alimenta la lógica del sistema capitalista¹⁷.

En los peores días de la pandemia en muchos hospitales ante la saturación de los servicios de salud, especialmente de las unidades de cuidados intensivos, se tuvo que decidir a qué enfermos dar preferencia cuando no fue posible atender a todos como se hubiera debido¹⁸. Habermas advertía del peligro de que, en los protocolos de clasificación, en el triaje, se colaran motivaciones utilitaristas, que arrastraran a los profesionales a «comparar el valor de una vida humana con el valor de otra», dando preferencia, por ejemplo, a la salvaguarda de la

Bajo este prisma, la medicina moderna se presenta como el monopolio radical de los expertos. Illich llega a la conclusión de que la vida se ha convertido hoy en un ídolo casi religioso, mientras que la muerte constituye una obscenidad sin sentido antes que en una compañera inteligible. Detrás de los argumentos de pensador austriaco yace la actitud cristiana que afirma que el sufrimiento y la muerte son inherentes a la condición humana, son parte de lo que define esta condición. Vid., ILLICH, I., *Némesis médica. La expropiación de la salud* (1976), Mérida, Editorial Irrecuperables, 2020 y *Ivan Illich in Conversation interviews with Cayley*, David, Toronto, Anansi Press, 1992.

¹⁷ HABERMAS, J., «Entrevista de Nicolas Truong», *Le Monde*, 10 de abril de 2020.

¹⁸ Vid. como ejemplo el *Informe de la Comisión Central de Deontología en relación con la priorización de las decisiones sobre los enfermos en estado crítico en una catástrofe sanitaria*, 23 de marzo de 2020.

vida de las personas de menor edad frente a las vidas de las personas mayores o ancianas.

Se hacía evidente la dimensión ética, pero sobre todo jurídica o incluso constitucional de la práctica del triaje en la prohibición de la ponderación de las vidas humanas. Porque si algo significa el artículo 10 de nuestra Constitución, (cuya redacción de forma muy similar se puede encontrar en otros textos constitucionales), cuando afirma que la dignidad de la persona es «fundamento del orden político y de la paz social» es que respecto al derecho a la vida somos radicalmente iguales. No existen personas cuyas vidas sean más dignas de vivir que otras. En este sentido concuerdo con Thomas Gutman cuando sostiene que los criterios de prelación que se establecieron en el triaje en los hospitales, en el contexto excepcional de pandemia, constituirían (debieron constituir) una cuestión estrictamente jurídica, que solo podía fundamentarse en la ley y no en opiniones médicas¹⁹. Son estas mismas implicaciones constitucionales del triaje las que lo hacen incompatible con planteamientos de tipo utilitarista que acaban siempre discriminando a los más vulnerables. Conforme a derecho no podemos dejar morir a alguien para salvar a otras personas, es decir, cuando se trata del derecho a la vida, cada vida tiene el mismo valor, lo que implica que no solo no se debió discriminar en el triaje por criterios como la raza, la religión, la ideología o el género; no se debió tampoco discriminar atendiendo a razones económicas, de estatus, de origen, de edad²⁰. En un Estado de derecho aún bajo el Estado de excepción no se suspende el deber de tratar a todos por igual, por tanto, no hay ninguna legitimidad especial para que los médicos decidan qué ciudadanos deben sobrevivir y qué ciudadanos deben morir. El triaje debió ser conforme con los principios jurídicos según los cuales vivimos porque no nos encontrábamos en una situación en la que la ley no fuera aplicable, en la que el valor de la igual dignidad humana hubiese sido suspendido o sustituido por otro. Lo contrario, como temió Habermas, sería instalar como algo legítimo una especie de darwinismo social, una imposición de la lógica económica por encima de las consideraciones jurídicas y éticas²¹.

Ciertamente los miedos de Habermas no fueron infundados, se hicieron realidad en muchos países europeos casi al mismo tiempo en que sus palabras se difundían en la prensa. En España en comunidades como Madrid o Castilla y León las propias consejerías de sanidad dictaron protocolos discriminatorios por edad en la admisión en los hos-

¹⁹ GUTMANN, T., «Scelte tragiche. Criteri per il “Triage” dei pazienti COVID-19 che hanno bisogno di terapia intensiva» en Ansuategui, F. J.; GUTMANN, T.; INNERARITY, D., y LA TORRE, M., *Pandemia e diritti. La società civile in condizioni d'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 2022, p. 8.

²⁰ HABERMAS, J., «Entrevista de Nicolas Truong», cit.

²¹ *Vid.* en el mismo sentido ORDINE, N. «La política neoliberal ha descuidado los pilares de la dignidad humana». Entrevistado por Juan Cruz. *El País*, 26 de marzo 2020. <https://tinyurl.com/rah33dl>

pitales o simplemente ordenaron no trasladar a los ancianos de las residencias a los hospitales²², olvidando que los criterios de triaje basados únicamente en la edad estaban (están) prohibidos²³.

Si abrimos más nuestro objetivo si analizamos lo acontecido desde la fractura entre los países del sur y los países del norte todavía resulta más evidente la primacía de la lógica económica sobre la protección de la vida. Este análisis es el que hicieron la antropóloga brasileña Debora Diniz junto con la politóloga argentina Giselle Carino²⁴. Ambas apoyándose en Michel Foucault²⁵ mostraron como la pandemia constituía un momento de biopolítica, es decir, de un uso de técnicas o tecnologías dirigidas a convertir la biología humana, los cuerpos, en el medio a través del cual el Estado alcanza sus objetivos. La gestión de la pandemia se desarrolló, en este sentido, como una gestión de la muerte, antes que como una gestión de la vida, como un conjunto de tácticas que regulaban qué cuerpos debían vivir y qué cuerpos podían ser desechables. La explosión de la epidemia resultó ser un momento intenso de biopolítica porque en nombre de la protección colectiva se controlaron los cuerpos, se delinearon las fronteras reales o imaginarias de la salud²⁶.

Las autoras no compararon la pandemia con la gripe, como hizo Agamben, sino con la epidemia de Zika que en 2016 generó una alarma global breve puesto que pronto se comprendió que la población mayoritariamente afectada estaba en los países tropicales. Si son los regímenes de desigualdad los que determinan qué cuerpos son los que deben correr los riesgos y cuáles no toda la biopolítica se convierte en una necropolítica. De manera que el darwinismo social temido por Habermas ya era algo instalado desde hace tiempo en nuestro mundo desigual en relación con la salud de los grupos más desfavorecidos²⁷.

²² M. RICO, *¡Vergüenza! El escándalo de las residencias*, Barcelona, Planeta, 2021.

²³ ROMEO CASABONA, C., y URRUELA MORA, A., «La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», *Revista Bioética y Derecho* n. 50, 2020. Epub 23-Nov-2020, p. 6

²⁴ DINIZ, D., y CARINO, G., «La salud tiene fronteras», *El País*, 11 marzo del 2020

²⁵ Cabe recordar que el término biopolítica aparece en el trabajo de Foucault ya en los años setenta para describir la manera en que el poder del Estado se ejerce en el Estado moderno. Mientras que el Estado soberano de la antigüedad el centro de la vida era el territorio; en el Estado moderno, es la población, los cuerpos como medio para alcanzar objetivos políticos (FOUCAULT, M., *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004)

²⁶ DINIZ, D., y CARINO, G., «La salud tiene fronteras», *cit.*

²⁷ No debería ser así, la lógica económica no se debería situar por encima de los derechos humanos en este sentido apuntaba Habermas los políticos no deben levantar apresuradamente el aislamiento para aliviar la consiguiente crisis económica, si eso pone en peligro la vida de los ciudadanos. Pues los derechos fundamentales «prohíben que las autoridades públicas tomen decisiones que supongan la muerte de personas». Y todo esto en un contexto en que como reconocía el filósofo alemán se hacían evidentes los límites del saber de los expertos incapaces esto de indicar con seguridad que se debía hacer. En palabras de Habermas «el escenario en que se desarrolla una

No resulta sorprendente pues que desde los primeros meses de la pandemia la insatisfacción frente a la gestión política de la pandemia se encauzará en términos jurídicos a través de reclamaciones, recursos o denuncias a los organismos públicos en el marco de dos escenarios extremos y la vez opuestos.

Algunos gobiernos tomaron medidas más o menos rápidas, que esencialmente congelaron la vida social y económica como un medio para impedir la propagación del virus. Otros hicieron exactamente lo opuesto, decidieron no tomar medidas que afectaran la vida social y económica, considerando, sobre la base de ciertos aportes científicos, que la inmunidad colectiva podía ofrecer un mejor equilibrio entre las pérdidas de vidas y la vida económica. Ambas políticas tuvieron su propio fundamento y mostraron diferentes prioridades. Como el propio Habermas reconoce la situación fue del todo excepcional y el conocimiento de los gobiernos limitado²⁸.

El fin de las medidas que congelaron la vida social y económica fue la protección de la vida humana. El confinamiento pudo resultar en menos vidas directamente perdidas por COVID-19 (al menos a corto plazo), pero indudablemente también conllevó costos. Un primer costo fue la restricción de los derechos humanos, como la libertad de movimiento, el derecho a la familia, al trabajo, a la privacidad, al ejercicio de la religión, etc. Un segundo costo está asociado con el impacto económico del bloqueo. Una economía paralizada no solo afecta a nuestra propiedad. Tiene múltiples consecuencias de largo alcance (por ejemplo, desempleo o impacto en las cadenas de suministro mundiales y disponibilidad en el mercado de bienes esenciales). Los derechos humanos, cabe recordar, están estrechamente relacionados con la economía, entre otras razones porque generan obligaciones positivas de parte del estado que conllevan un costo económico.

Al otro extremo del espectro, las políticas de inmunidad colectiva supusieron poner la vida humana en mayor riesgo directo, salvaguardando la actividad económica y evitando comprometer la capacidad de las autoridades nacionales para ofrecer protección a los derechos humanos. Aunque las pérdidas de derechos humanos directamente causadas por la COVID-19 no se evitan de manera muy efectiva con esta política, la sociedad no tiene que sacrificar otros derechos humanos para protegerse del coronavirus.

Parece que Habermas nos indica que la segunda estrategia no fue legítima, pero ambas se hicieron en nombre de la protección de los derechos y si es verdad que se trata de dos políticas que difieren en sus

acción política sumida en la incertidumbre pocas veces se ha puesto de manifiesto de una manera tan clara». (HABERMAS, J., «Entrevista de Nicolas Truong», cit.)

²⁸ Como sostuvo Javier de Lucas frente a las ruinas del mito de la certeza, la política evidenciaba su debilidad, se mostraba como gestión imposible de la certidumbre. (DE LUCAS, J., «El derecho, desde la pandemia. Una introducción», *Teoría y Derecho*, 2020, n. 28, pp. 16-379).

objetivos y en sus efectos, que reflejan diferentes prioridades y que parten de valoraciones opuestas sobre el costo social de la COVID-19, es difícil pensar que como marcos políticos puedan constituir el objeto de disputas con base jurídica o de procesos judiciales²⁹.

Diferente será o debería ser, el recorrido de las denuncias, quejas y reclamaciones generadas por las malas praxis realizadas bajo ambos marcos políticos como la falta de diligencia (de información adecuada... recomendaciones), la inidoneidad de las medidas tomadas (el triaje discriminatorio...), los abusos en las restricciones. La insatisfacción con la gestión de la pandemia se tradujo desde los primeros meses en cientos de reclamaciones, recursos o denuncias frente a autoridades o responsables políticos. Hoy todavía está por ver si algunas de estas reclamaciones serán escuchadas, si se derivarán finalmente responsabilidades³⁰. En desde luego importante. Se trata de entender si la discriminación por razón de edad, por ejemplo, sigue siendo una violación de nuestro orden jurídico constitucional, y por lo tanto debe ser sancionada o al contrario hemos aceptado de manera informal, pero efectiva, el utilitarismo economicista como ley superior. Pero volvamos a las líneas del debate.

3.3 La pandemia como acelerador de la historia

La tercera línea argumental presente en el debate global en torno a las causas, los efectos y la gestión de la COVID-19 giró en torno a la capacidad del evento pandemia para acelerar el curso de la historia y evidenciar la obsolescencia de los sistemas democráticos y el inevitable triunfo del capitalismo tecnológico. Si desde finales del siglo xx fue posible identificar una lenta crisis de los sistemas democráticos la pandemia nos situaba directamente frente a su previsible caducidad. Si el triunfo del capitalismo resultaba desde décadas incontestable la pandemia iluminaba su última mutación: el capitalismo tecnológico.

Sobre este precipitarse de los resultados de procesos históricos que ya estaban en marcha desde hacía décadas escribió Byung-Chul

²⁹ TZEVELEKOS, V. P., «Herd Immunity and Lockdown: The Legitimacy of National Policies Against the Pandemic and Judicial Self-Restraint by The ECtHR», *Strasbourg Observers*, 11 de mayo de 2020. <https://strasbourgobservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lockdown-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-ecthr/>

³⁰ En España causas se han cerrado sin resolución judicial. Concretamente Amnistía internacional en fecha 25 de enero de 2023 denunciaba que casi el 90 % de las investigaciones penales iniciadas por la Fiscalía sobre lo ocurrido en las residencias desde el estallido de la pandemia habían sido archivadas. Sobre la responsabilidad penal y administrativa de cargos públicos o por mal funcionamiento de las Administraciones públicas *Vid.* QUINTERO, G., «Los poderes públicos y la pandemia: cuestiones penales y sancionadoras», *Teoría y Derecho*, n. 28, p. 54-73.

Han³¹, el mediático filósofo coreano, situando la pandemia y sus consecuencias en el marco de la fractura entre Oriente y Occidente. Desde esa perspectiva Han constató, algo difícil de admitir, que las ricas democracias occidentales mostraban menor capacidad de respuesta a la excepcionalidad que países como Corea, Japón o incluso China con sus graves déficits democráticos, pero con gran capacidad de control social³².

Se podría decir que la pandemia nos mostró con claridad cómo se habían materializado algunos relatos de ciencia ficción o cómo el futuro ya estaba aquí. La gestión de miles de datos que realizaban los gobiernos asiáticos permitía saber todo sobre sus ciudadanos y de ese modo fue posible personalizar las medidas dirigidas a aquellos infectados, de manera que se les pudo tratar, pero también aislar o sancionar. La barrera entre lo público y lo privado quedó así del todo difuminada.

Frente a la reacción en cierta medida lenta y torpe de los estados occidentales que ante la pandemia cerraron sus fronteras, los países asiáticos en nombre de la protección de sus ciudadanos penetraron sin resistencia en los aspectos más íntimos de sus vidas. Siendo esto motivo de orgullo y muestra de la superioridad de su sistema. Con la gestión de la pandemia se estaba dando pues un paso definitivo hacia el triunfo del capitalismo tecnológico, hacia la posibilidad de que a Occidente llegará el modelo de Estado policial al estilo chino. Si siguiendo a Schmitt soberano es quien puede declarar el estado de excepción, hoy atendiendo al filósofo coreano podríamos decir que es soberano el que tiene mayor número de datos.

En este sentido la pandemia habría permitido dos reajustes el del orden internacional y del neoliberalismo económico. Respecto al orden internacional algunos analistas llamaron nuestra atención sobre como el liderazgo global de China dejaba de ser estrictamente comercial para pasar a ser ideacional. China podría ser un modelo para emular. El reajuste del orden internacional que ya había sido reiteradamente anunciado, se verificaría en un proceso de sustitución del

³¹ HAN, B. C., «La emergencia viral y el mundo de mañana. Byung-Chul Han, el filósofo surcoreano que piensa desde Berlín». *El País*, 22 de marzo de 2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundode>

³² Nos recuerda Byung-Chul Han que en China no hay ningún momento de la vida cotidiana que no esté sometido a observación. Esa vigilancia social es posible porque se produce un irrestricto intercambio de datos entre los proveedores de Internet y de telefonía móvil y las autoridades. Prácticamente no existe la protección de datos. En el vocabulario de los chinos no aparece el término esfera privada. Y esto sirve también en relación con otros países de Oriente (Corea del Sur, Hong Kong, Singapur, Taiwán o Japón) donde como en China no existe una conciencia crítica ante la vigilancia digital o el big data. Han dirá que la digitalización directamente embriaga a los orientales. Obviamente hay motivos culturales. Frente al individualismo occidental en Asia impera el colectivismo. Aunque claramente no debemos confundir el individualismo con el egoísmo que por supuesto, nos advierte el filósofo coreano, también está muy propagado en Asia (*ibídem*).

liderazgo mundial en manos de EE. UU. por la preminencia de China³³. La pandemia solo habría acelerado ese proceso de sustitución en la medida en que constituyó un progreso para el país asiático justamente en el campo ideacional. Si desde hace décadas ha sido evidente la creciente influencia de China en el ámbito internacional, está se producía siempre acompañada de un cierto desprestigio en cuanto a las ejercicio y garantías de los derechos civiles, a la calidad de vida en ese país, también a su fuerza empresarial centrada en la fabricación más básica. Con la gestión de la pandemia pudimos observar, en cambio, cómo el liderazgo global dejaba de ser estrictamente comercial para adentrarse en el terreno de la ideología. La pregunta de hasta qué punto una cierta dosis de jerarquía y de sentido de comunidad permiten confrontar mejor una crisis como la del coronavirus escondía la idea de que China podía ser un ejemplo para el mundo.

Se reajusta el orden internacional y con él el neoliberalismo, ese sistema gobernado por la premisa de la acumulación capitalista hacia el cual nos vemos obligados a adaptar toda nuestra vida. La economía es un fin, no es un medio. Es decir, no es que toda la estructura económica esté atravesada por el capital es que todas las esferas de la vida están atravesadas por el ideal de la acumulación. Si no te has capitalizado no puedes entrar en las esferas de acción social, si algo no puede favorecer la acumulación deja de existir. El neoliberalismo se nos revela como un proceso de colonización del psiquismo, de la subjetividad, proceso acelerado por las formas de enfrentar el evento pandémico.

Decimos adiós a la ya maltrecha barrera entre lo público y lo privado que a través del control digital queda del todo difuminada. Se podría decir así que frente a la pandemia se materializaban ficciones distópicas y las peores profecías adquirían verosimilitud. Como única respuesta: la impotencia o la huida hacia adelante. Si no estamos en condiciones de renovar el mundo de la vida de manera real renovaremos los mundos virtuales que favorecen el liberalismo la desagregación social, la soledad y que aparentemente no dañan el medio ambiente. En ese contexto pueden entenderse las palabras de Paul Preciado cuando sostiene que «el sujeto del technopatriarcado neoliberal que la COVID-19 fabrica no tiene piel, es intocable, no tiene

³³ El músculo industrial y financiero de China permitía pensar que tendría capacidad de liderar la recuperación global mientras que los estados occidentales parecían replegarse sobre sí mismos y abandonar sus responsabilidades globales o simplemente perdían confianza en los beneficios de la globalización. Si estos factores resultaban insuficientes algunas analistas vinculaban el posible *sorpasso* a un estallido de la conflictividad social en Europa, a una actuación oportunista por parte de países como Rusia o a la falta de interés de EE. UU. en comprometerse en la política de seguridad europea y la disolución de la Unión europea, Vid, FUENTE COBO, I., «El mundo después de la pandemia: el nuevo orden no será chino» Documento de opinión, *IEEE* n. 33, 2020. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEO33_2020IGNFUE_mundo.pdf

manos. No intercambia bienes físicos, ni toca monedas, paga con tarjeta de crédito. No tiene labios, no tiene lengua. No habla en directo, deja un mensaje de voz. No se reúne ni se colectiviza. Es radicalmente individuo. No tiene rostro, tiene máscara. Su cuerpo orgánico se oculta para poder existir tras una serie indefinida de mediaciones semiotécnicas, una serie de prótesis cibernéticas que le sirven de máscara: la máscara de la dirección de correo electrónico, la máscara de la cuenta Facebook, la máscara de Instagram. No es un agente físico, sino un consumidor digital, un teleproductor, es un código, un píxel, una cuenta bancaria, una puerta con un nombre, un domicilio al que Amazon puede enviar sus pedidos»³⁴.

3.4 Esperando la catarsis

La última línea argumental fue la de aquellos que interpretaron el acontecimiento pandemia con la esperanza de un gran cambio. Ante tantas profecías negativas, ante tantas distopías prontas a verificarse, hubo quien pensó que la pandemia constituía indefectiblemente un punto de inflexión en la deriva autodestructiva de la humanidad, un momento catártico de nacimiento de lo nuevo.

La pandemia podía leerse así como un momento privilegiado que nos permitía comprender la necesidad de limitar la espiral capitalista ante la fragilidad de la vida humana y sus condiciones de subsistencia. Nuestra vulnerabilidad antropológica puesta al descubierto de una manera intensa y global permitía vernos como lo que somos seres relacionales, necesitados de cuidados impelidos indefectiblemente, si somos racionales o simplemente egoístas, a la cooperación. Nadie se salva solo y en la situación pandémica, espejo de la vida misma, cada uno es para los otros, fuente de salvación y fuente de amenaza. Esta epifanía del sujeto vulnerable por relacional llevo a muchos ciudadanos a pensar en la salvación de todos. Muchos fueron los que desearon que la pandemia fuera una catarsis que nos capacitará para identificar nuestros problemas como sociedad y nos diera fuerzas e inteligencia para reconstruir un mundo mejor.

También aquí filósofos y juristas dieron voz a esas aspiraciones. Slavoj Žižek el filósofo esloveno, reivindicó un cierto grado de comunismo necesario para la supervivencia del mundo³⁵. Luigi Ferrajoli avanzó un proyecto de Constitución de la Tierra como espacio de discusión para una comunidad jurídico-política mundial³⁶. La analista italiana Ida Dominijani, desde la teoría feminista, pensó lle-

³⁴ PRECIADO, P. B., «Aprendiendo del virus» en AA. V.V., *Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporáneo en tiempos de Pandemias*, Buenos Aires: ASPO 2020, p. 178.

³⁵ ŽIŽEK, S., *Pan(dem)ic! COVID-19 shakes the world*, New York, O/R Books, 2020. Y *Pandemic! 2. Chronicles of a Time Lost*, New York, O/R Books, 2020.

³⁶ FERRAJOLI, L., *La Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta 2022.

gado el tiempo del primado de la reproducción, de la libertad, de una nueva alianza con el saber científico y de la refundación del estado de bienestar³⁷.

En todos ellos, y en otros muchos pensadores que en algún momento soñaron la catarsis observamos dos deseos: que la extensión del coronavirus nos aumentará la vista y que nos obligará a la cooperación, nos constriñera a la solidaridad, poniendo fin a la espiral capitalista de explotación que solo nos puede conducir a la humanidad al suicido colectivo. En palabras de Ferrajoli se esperaba que la pandemia provocase «un despertar de la razón, generando la plena conciencia de nuestra fragilidad y de nuestra interdependencia global»³⁸.

Con la perspectiva del tiempo, la posibilidad de que el mundo gire hacia la cooperación no parece hoy más próxima que antes de 2020, tal vez más lejana. La catarsis nunca llegó, porque ciertamente no son las pandemias, ni tampoco las guerras, como la que ahora ocupa a los europeos, agentes revolucionarios. El estado de excepción permanente, el imperativo de la razón instrumental, la obsolescencia de las democracias y la victoria del capitalismo digital, en cambio, siguen ahí, patentes en múltiples aspectos de nuestra vida individual y colectiva.

Incapaces así de vislumbrar que es lo que debería ocurrir para la que humanidad tuviera futuro nos refugiamos en el hoy, o nos revoltamos contra nuestra propia desesperanza abrazando tal vez proyectos tan bellos, tan rigurosos, tan posibles como el de una Constitución de la Tierra, porque, citando de nuevo a Gunther Anders, «si estamos desesperados, ¿Qué nos importa? Continuemos como si no lo estuviéramos»³⁹.

BIBLIOGRAFÍA

AGAMBEN, G., «Biosicurezza e política», en *Una voce*, Quodlibet 11 de mayo de 2020.

AGAMBEN, G., «Una domanda» en *Una voce*, Quodlibet, 13 de abril de 2020.

AGAMBEN, G., «Biosicurezza e política», en *Una voce*, Quodlibet 11 de mayo de 2020.

AGAMBEN, G., «Chiarimenti» en *Una voce*, Quodlibet 17 de marzo de 2020.

³⁷ DOMINIJANI, I., «Non siamo più gli stessi», *Internazionale*, 26 de abril 2020. <https://www.internazionale.it/notizie/ida-dominijanni/2020/04/26/lockdown-non-siamo-gli-stessi>

³⁸ FERRAJOLI, L., «Entrevista de Braulio García Jaén», *El País*, 28 de marzo 2020. <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>.

³⁹ ANDERS, G., *Llámele cobardía a esa esperanza. Entrevistas y declaraciones*, introducción de E. Martínez Rubio, trad. L. Bredlow Bilbao, Basatari, 1995. Incluye la entrevista con Mathias Greffrath: «Si estoy desesperado, ¿a mí qué me importa?», (1989).

- AGAMBEN, G., *Stato di eccezione. Homo sacer, II, I*, Bollati Boringhieri, Torino, 2003, spec. 9.
- AGAMBEN, G., *Una voce*, Quodlibet, disponible en www.quodlibet.it/una-voce-giorgio-agamben.
- AGAMBEN, G., *A che punto siamo? L'epidemia come política*, Macerata, Quodlibet, 2020. [*En qué punto estamos? La epidemia como política*, Buenos Aires, Adriana Hidalgo Editora, 2020].
- ANDERS, G., «Tesis para la Era Atómica». *Estudios Latinoamericanos*, trad. de Eduardo Saxe-Fernández, 44, 2019, pp. 175.
- ANDERS, G., *Llámesese cobardía a esa esperanza. Entrevistas y declaraciones*, introducción de E. Martínez Rubio, trad. L. Bredlow Bilbao, Basatari, 1995. Incluye la entrevista con Mathias Greffrath: «Si estoy desesperado, ¿a mí qué me importa?», (1989).
- ANDERS, G., *Nosotros hijos de Eichmann. Carta abierta Klaus Eichmann*, trad. de Vicente Gómez Ibáñez, Barcelona, Paidós, 2001, p. 38.
- CAYLEY, D., «Questions about the current pandemic from the point of view of Ivan Illich», *Una voce*, Quodlibet, 8 de abril de 2020.
- DE LUCAS J., «El derecho, desde la pandemia. Una introducción», *Teoría y derecho* n. 28, 2020, pp.16-37.
- DINIZ, D., y CARINO, G., «La salud tiene fronteras», *El País*, 11 marzo de 2020.
- DOMINIJANI, I., «Non siamo più gli stessi», *Internazionale*, 26 de abril 2020. <https://www.internazionale.it/notizie/ida-dominijanni/2020/04/26/lockdown-non-siamo-gli-stessi>.
- FERRAJOLI, L., *La Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. cast. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta 2022.
- FERRAJOLI, L., «Entrevista de Braulio García Jaén», *El País*, 28 de marzo 2020. <https://elpais.com/ideas/2020-03-27/luigi-ferrajoli-filosofo-los-paises-de-la-ue-van-cada-uno-por-su-lado-defendiendo-una-soberania-insensata.html>.
- FOUCAULT, M., *Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, 2004.
- FUENTE COBO, I., «El mundo después de la pandemia: el nuevo orden no será chino» Documento de opinión, IEEE n. 33, 2020. http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_opinion/2020/DIEEEE033_2020IGNFUE_mundo.pdf
- Gentili, A., *De Iure Belli*, lib. I, cap. XII.
- GUTMANN, T., «Scelte tragiche. Criteri per il “Triage” dei pazienti COVID-19 che hanno bisogno di terapia intensiva» en F. J. Ansuategui, T. Gutmann, D. Innerarity y M. La Torre, *Pandemia e diritti, La società civile in condizioni d'emergenza*, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles 2022, p. 8.
- HABERMAS, J., «Entrevista de Nicolas Truong», *Le Monde*, 10 de abril de 2020.
- HAN B. C., «El filósofo surcoreano que piensa desde Berlín», *El País*, 22 de marzo de 2020, <https://elpais.com/ideas/2020-03-21/la-emergencia-viral-y-el-mundode>.
- ILLICH, I., *Némesis médica. La expropiación de la salud* (1976), Mérida, Editorial Irrecuperables, 2020 y *Ivan Illich in Conversation interviews with Cayley, David*, Toronto, Anansi Press, 1992.
- ORDINE, N., «La política neoliberal ha descuidado los pilares de la dignidad humana». Entrevistado por Juan Cruz. *El País*, 26 de marzo 2020. <https://tinyurl.com/rah33dl>.

- PRECIADO, P. B., «Aprendiendo del virus» en AA. V. V., *Sopa de Wuhan, Pensamiento contemporáneo en tiempos de Pandemias*, Buenos Aires: ASPO 2020, p. 178.
- QUINTERO, G., «Los poderes públicos y la pandemia: cuestiones penales y sancionadoras», *Teoría y Derecho*, n. 28, p. 54-73.
- RICO, M., *¡Vergüenza! El escándalo de las residencias*, Barcelona, Planeta, 2021.
- ROMEO CASABONA, C., y URRUELA MORA, A., «La gestión de soportes vitales escasos en contextos de pandemia. Reflexiones acerca de la aplicación de triajes en el marco del COVID-19», *Revista Bioética y Derecho* n. 50, 2020. Epub 23-Nov-2020, p. 6.
- TZEVELEKOS, V. P., «Herd Immunity and Lockdown: The Legitimacy of National Policies Against the Pandemic and Judicial Self-Restraint by The ECtHR» en *Strasbourg Observers*, 11 de mayo de 2020. <https://strasbourgobservers.com/2020/05/11/herd-immunity-and-lockdown-the-legitimacy-of-national-policies-against-the-pandemic-and-judicial-self-restraint-by-the-ecthr/>
- ŽIŽEK, S., *Pan(dem)ic! COVID-19 shakes the world*, New York, O/R Books, 2020.
- ŽIŽEK, S., *Pandemic! Chronicles of a Time Lost*, New York, O/R Books, 2020.

El «psicopoder» de las nuevas tecnologías:
¿La condena a la servidumbre psicopolítica?

*The «Psychopower» of New Technologies:
Is the Condemnation to Psychopolitical Servitude?*

Por NURIA BELLOSO MARTÍN
Universidad de Burgos

RESUMEN

El presente trabajo se propone recuperar las nociones de biopolítica y de biopoder en cuanto origen y fundamento de los actuales constructos de la psicopolítica y del psicopoder. El tiempo pandémico, que obligó a recuperar los postulados de la sociedad disciplinaria, contribuyó a expandir el universo digital y tecnológico, configurando unos poderosos instrumentos que ya no solo se sirven del control sobre el cuerpo sino también –y principalmente– de la mente. Los efectos de este psicopoder smart se dejan notar en los individuos, configurando una situación de servidumbre voluntaria y preflexiva en la mayor parte de los casos. La búsqueda de soluciones para superar tal estadio de servidumbre es uno de los grandes retos que, en la sociedad tecnológica, tiene el jurista en general, y el filósofo del Derecho en particular; intentando aunar racionalidad y ética.

Palabras llave: biopolítica, psicopolítica, psicopoder, servidumbre, nuevas tecnologías

ABSTRACT

This paper aims to recover the notions of biopolitics and biopower as the origin and foundation of the current constructs of psychopolitics and psychopower. The pandemic time, which forced the recovery of the postulates of the disciplinary society, contributed to expanding the digital and technological universe, configuring powerful instruments that no longer only use control over the body but also –and mainly– the mind. The effects of this smart psychopower are felt in individuals, configuring a situation of voluntary and pre-reflexive servitude in most cases. The search for solutions to overcome this stage of servitude is one of the great challenges that, in the technological society, the jurist in general has, and the legal philosopher in particular, trying to combine rationality and ethics.

Keywords: biopolitics, psychopolitics, psychopower, servitude, new technologies

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. BIOPOLÍTICA Y BIOPODER: SU PROYECCIÓN EN LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA. 2.1 *La biopolítica y el biopoder: una lectura desde las raíces foucaultianas.* 2.2 *Las varias caras de la biopolítica.* – 3. LA MUTACIÓN DE LA BIOPOLÍTICA EN LA PSICOPO-LÍTICA COMO ESTRATEGIA DE DOMINACIÓN Y DE CONTROL. – 4. LA MUTACIÓN DEL BIOPODER AL (MÁS EFICAZ) PSICOPODER. – 5. LA SERVI-DUMBRE (VOLUNTARIA O NO) COMO EFECTO DEL PSICOPODER. ALGUNAS PROPUESTAS PARA ESCAPAR DE LA SERVIDUMBRE. – 6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. BIOPOLITICS AND BIOWE: ITS PROJECTION IN THE DISCIPLINARY SOCIETY. 1.1 *Biopolitics and biopower: a reading from foucauldian roots;* 1.2 *the various faces of biopolitics.* – 3. THE MUTATION OF BIOPOLITICS INTO PSYCHOPOLITICS AS A STRATEGY OF DOMINATION AND CONTROL. – 4. THE MUTATION OF BIOWE TO (MOST EFFECTIVE) PSYCHOWE. – 5. SERVITY (VOLUNTARY OR NOT) AS AN EFFECT OF PSYCHOWE. SOME PROPOSALS TO ESCAPE FROM SERVITY. – 6. CONCLUSIONS.

«Nadie es más esclavo que el que se cree libre sin serlo»
Johann Wolfgang von Goethe, *Las afinidades electivas* (1809)

1. INTRODUCCIÓN

Entre los numerosos efectos causados por el escenario pandémico recientemente vivido, y sin entrar en el análisis de la mayor o menor cabida que las diferentes medidas encontraron en los Estados de Derecho, uno de sus efectos ha sido que retomara protagonismo el concepto de la biopolítica, a la vez que se ponía el acento sobre la idea del «poder»

que, en tiempos víricos, dejó de ser un mero concepto para tomar cuerpo en uno de sus esquemas más básicos que suele adoptar: mando-obediencia. De un análisis inicial, cabría sospechar que se trataba de un poder que se ejerció únicamente sobre lo corpóreo –cuerpos que, a raíz del virus pugnaron por visibilizarse, aunque estuvieron más ocultos que nunca– Sin embargo, un análisis más profundo, permite apreciar una combinación de *bio* y *psico* (biopolítica y psicopolítica, cuerpo y mente), y ello porque el virus del COVID-19, además de la incidencia que sobre los cuerpos han tenido la normatividad tan prolija que se impuso –principalmente mediante Decretos-ley– tuvo la virtualidad de sacar a la luz que la psicopolítica del malestar y la psicopolítica digital formaron un tándem que arrojó como resultado unos sujetos más vulnerables, con una capacidad crítica más reducida y, por ello, más fácilmente manipulables. La combinación del escenario pandémico con la inmersión en la digitalización y en el uso de los medios tecnológicos, han puesto de manifiesto algunos rasgos que, o bien estaban en estado latente o bien habían pasado casi desapercibidos para la mayoría de los individuos. El análisis de la noción de la biopolítica y su consiguiente deriva en la psicopolítica –sobre la que no abundan los estudios–, como también del biopoder y su actual versión como psicopoder, aportan una visión del orden normativo en toda su amplitud, incentivando que se preste atención a aspectos políticos, psicológicos, sociales que, con el uso extendido de las nuevas tecnologías, se han convertido en poderosos instrumentos de influencia en la toma de decisiones.

En el actual contexto se ha creado un caldo de cultivo que impele a reflexionar sobre algunas construcciones que se han ido difundiendo –debiéndose advertir que todas giran sobre la política en cuanto forma de ejercer el poder, pero que resultan imprecisas– tales como la biopolítica (administrar la vida y construir estilos de vida) con su correspondiente biopoder (impacto que tiene el poder político sobre la vida); y la psicopolítica (sistema de dominación que, en lugar de emplear el poder opresor, utiliza un poder seductor, que consigue que los individuos se sometan por sí mismos al entramado de dominación. En este sistema, que se sirve del *Big Data*, el cual, como un *Big Brother* digital, se apodera de los datos que los individuos le entregan de forma efusiva y voluntaria, el sujeto sometido no es consciente de su sometimiento, condicionándole a un nivel prereflexivo. Junto con el biopoder y el psicopoder¹, estas cuatro nociones constituyen unas coordenadas que permiten una mirada sobre los esquemas de poder-obediencia actual, necesarios en cualquier orden normativo, para poderlos comprender en toda su amplitud (filosofía, política y Derecho).

En este trabajo, a partir de la noción de biopolítica y de biopoder (cuerpo), me propongo examinar su mutación en los conceptos de psicopolítica y psicopoder (mente) y de esa especie de catastrofismo con

¹ No se analizará aquí la necropolítica (administrar la muerte y destruir hábitos y pueblos), aunque en los tiempos pandémicos ha sido especialmente relevante.

respecto a que los ciudadanos del siglo XXI están condenados a una especie de servidumbre psicopolítica –visión distópica que ya adelantó que no comparto–. El mundo contemporáneo y la Sociedad de la Información y la Comunicación han dado lugar a nuevas formas de poder sobre la vida, que se dirigen especialmente a la psique con eficiencia y que no son captadas por la noción de biopolítica. La privación de autoridades epistémicas fiables hace a los individuos fácilmente manipulables. De ahí que, tras apuntar los rasgos que presiden la mutación del biopoder al psicopoder, examinaré algunas propuestas encaminadas a liberar sujeto de esa especie de servidumbre voluntaria que caracteriza la psicopolítica. La resilencia por un lado, la resistencia y el disenso, son esgrimidas como potenciales vías para facilitar que el ser humano del siglo XXI recupere su autonomía y su libertad.

2. BIOPOLÍTICA Y BIOPODER: SUS ORÍGENES EN LA SOCIEDAD DISCIPLINARIA

La acepción de biopolítica, integrada por los términos *bios* (la vida) y política, consiste en un compendio de «saberes, técnicas y tecnologías, a partir de las cuales el Estado alcanza sus objetivos a través de la capacidad biológica del ser humano»². Esposito explica que el concepto de biopolítica fue acuñado por un autor noruego, Rudolf Kjellén, en 1916, aunque fue con Foucault quien contribuyó a su difusión a partir de 1974, en sus estudios que relacionaban gestión de la población y racionalidad económica, es decir, un enfoque doble: biológico y económico³.

2.1 La biopolítica y el biopoder: una lectura desde las raíces foucaultianas

Foucault utilizó los términos de biopolítica y biopoder sin distinguirlos, como si tuvieran idéntico significado. Poco a poco, el término

² GARCÍA LÓPEZ, D. J., «Prólogo» a Bazzicalupo, L., *Biopolítica. Un mapa conceptual*, trad. de Daniel J. García López, Ed. Melusina, 2016, p. 18; también, *vid.* UGARTE PÉREZ, J., «Biopolítica. Un análisis de la cuestión», *Claves de razón práctica*, núm. 166, 2006, pp. 1-14. Tanto el trabajo de García López como el de Ugarte Pérez, aportan claridad al campo de estudio relativamente reciente, como es el de la biopolítica. Ofrecen respectivamente, una clarificadora génesis del concepto y señalan los autores que han dedicado alguna obra al estudio de la biopolítica (HÉLLER, A. y FÉHER, F., *Biopolítica. La modernidad y la liberación del cuerpo*, Barcelona, Península, 1995) o algunas páginas (Paolo Virno, Jean-Luc Nancy o Antonio Negri); y también ponen de relieve aquellos autores que han hecho de la biopolítica un tema central de sus estudios (Agamben y Esposito).

³ BALERIOLA ESCUDERO, E., y TIRADO, F., «De la Bio a la psicopolítica: los dispositivos contemporáneos para la gestión de la psique», en García López, D. J., (Coordinador), *Gobernar los cuerpos. La biopolítica como caja de herramientas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 245-246.

de biopolítica se ha ido consolidando frente al de biopoder y, aunque estén íntimamente relacionados habría que identificar para cada uno su correspondiente campo semántico⁴. Aunque Foucault manifestó expresamente que el propósito de su trabajo no era el de analizar los fenómenos del poder, su obra gira fundamentalmente alrededor de las diversas manifestaciones del poder en las sociedades modernas y contemporáneas, a partir de un modelo de la «batalla perpetua», de una intrincada red de relaciones sociales siempre tensas. El poder del mundo moderno se conceptualiza a partir de tres fórmulas: el «poder soberano», el «poder disciplinario» y el «biopoder». Todas ellas admiten un examen en clave foucaultiana. El poder no es una cosa que se pueda tomar o tener; antes bien, implica un juego de estrategias, técnicas y acciones para incidir sobre los cuerpos y las subjetividades, para conducir las conductas de los individuos⁵. El individuo de Foucault es al mismo tiempo objeto del poder y está sujeto al poder. La acción del sujeto crítico debe ser contra la dominación, la exclusión y la sumisión que asfixia. Este camino conduce a los análisis de la economía como poder de posesión, de la soberanía como poder jurídico, de la represión como poder de control, de los discursos como poderes de sujeción, de la neutralidad como poder de indiferencia. El poder se refiere a los dispositivos que pretenden manipular conductivamente los comportamientos y disponer de sus posibilidades⁶.

El propio término biopolítica remite a una vinculación entre la dimensión de la política y la de la vida, entendida esta última en su caracterización estrictamente biológica. En líneas generales, resulta evidente que la acción política siempre ha estado relacionada con la vida y, recíprocamente, la vida siempre ha constituido el marco de referencia de las dinámicas sociopolíticas. En realidad, la vida siempre ha sido el objetivo de la política. Aristóteles ya lo expresó en su idea del hombre como animal político y de la política como actividad encaminada al buen vivir, lo que representaba un vínculo indudablemente estructural, –la obra de Arendt ha dado testimonio de ese vínculo antiguo y problemático–. Hobbes, como exponente de la filosofía

⁴ Ugarte pone de relieve ese desinterés por deslindar ambos términos y señala como una excepción a tal desinterés el número 1 de la revista francesa *Multitudes* (Exils, 2000), dedicado a analizar ambos términos. Entre los diversos trabajos destaca el de LAZZARATO, M. «Du biopouvoir à la biopolitique». UGARTE PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 9. Un ejemplo de esa distinción, aplicada a la pandemia, sería considerar como biopoder la inversión que han hecho las instituciones públicas en investigación para conocer el origen y forma de luchar contra el virus COVID-19; biopolítica es lo que hacen con los resultados quienes han financiado la investigación.

⁵ FOUCAULT, M., *Nacimiento de la biopolítica: curso en el College de France: 1978-1979*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2007; FOUCAULT, M., *Seguridad, territorio, población: Curso en el College de France: 1977-1978*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2006; FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, México, D. F. Siglo XXI Editores, 1976.

⁶ GÜITRÓN TORRES, R., «Biopoder, psicopoder y ecopoder», *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, vol. 54, jul./dez. 2020, pp. 26-39.

política moderna fundada en el binomio clásico entre soberanía estatal y derechos individuales, constituye un exponente de esta vinculación más fuerte en cuanto su propuesta de la política refleja la necesidad de preservar la vida frente a los riesgos de muerte violenta que son inherentes a las interrelaciones humanas. Sistematiza el concepto de soberanía en términos de protección de la vida, como un dispositivo institucional para la supervivencia primordialmente biológica. Pero después de Hobbes, el paradigma de la soberanía encuentra otro discurso orientado más bien hacia el gobierno de los cuerpos individuales y del cuerpo colectivo de la población. Si el dominio soberano se ejerció principalmente sobre el derecho de vida y muerte sobre los sujetos, el biopoder se dirige más bien a aquellos procesos –de reproducción, rehabilitación, profilaxis– que atañen a la prolongación y a la mejora de las condiciones de vida.

Sin embargo, la cuestión de la biopolítica no puede reducirse a una trayectoria virtuosa de tutela y potenciación de la vida, sino que también va ligada a su efecto contrario que parece restaurar, a nivel de masas, la práctica soberana de decidir sobre la muerte. Será Foucault quien aporte al concepto una visión renovada. Para el pensador francés, no es tanto una constante natural como una sucesión de formas de poder, primero mediante el gobierno de las almas por la actividad pastoral cristiana y después, mediante las tecnologías de la ‘razón’ de estado de los siglos XVII y XVIII.

Como subraya Foucault, la biopolítica sustituye la racionalidad del «hacer morir, dejar vivir», propio de las sociedades que se apoyan en la soberanía como ejercicio de gobierno por la de «hacer vivir, dejar morir,» de la construcción histórica disciplinaria propia de la biopolítica de la población. La biopolítica de Foucault se asienta sobre la lógica de la racionalidad que deriva del proyecto liberal y que se corresponde con el *homo oeconomicus*. Foucault vincula expresamente la biopolítica con la forma disciplinaria del capitalismo. Con el advenimiento de la Modernidad «se requiere de otra gestión de los cuerpos para acomodarlos a los nuevos esquemas productivos del capitalismo»⁷.

En paralelo a la recuperación de la idea de la biopolítica, se recupera el concepto de biopoder⁸. Las pautas disciplinarias, el control y las técnicas de gubernamentalidad han diseñado un esquema cultural, heredado de los siglos XVIII y XIX. Sin embargo, a partir del siglo XX y las dinámicas globalizadas, este esquema resulta insuficiente para explicar las relaciones de poder, insuficiencia que se agudiza en el siglo XXI. La seguridad se interpreta en clave de que el interés indivi-

⁷ PERES DÍAS, D., «Juridicidad, veracidad y subjetividad el derecho como dispositivo Biopolítico», en García López, D. J., (Coordinador), *Gobernar los cuerpos. La biopolítica como caja de herramientas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 271-272.

⁸ UGARTE PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 12.

dual no ponga en peligro o dañe el interés colectivo de manera que, esa dicotomía libertad/seguridad, se resuelve mediante técnicas disciplinarias. Según Foucault, a partir del siglo xvii el poder ya no se manifiesta como la capacidad de imponer la muerte, sino como biopoder. El viejo derecho del monarca de «hacer» morir o de «dejar» vivir ha sido sustituido por un poder de «hacer» vivir o de «rechazar» en la muerte. El biopoder representa ahora un poder de control que interviene en los procesos biológicos de las poblaciones.

Las dimensiones y proyecciones por las que ha transitado el poder son numerosas: la globalización, la racionalidad neoliberal, la gobernabilidad y la la deriva totalitaria, entre otras, lo que dio lugar a algunos interrogantes: ¿Es el poder soberano el origen o el trasfondo contrastante sobre el que se labra la biopolítica? ¿Debe entenderse el proceso biopolítico en un sentido predominantemente afirmativo, como potencia productora de vida, o en los términos negativos de su clausura imponente y violenta?

A finales de los años setenta del siglo xx, Foucault abandonó el terreno resbaladizo de la biopolítica a favor de otros temas. En los años noventa la biopolítica vuelve a ser objeto de interés por parte de la filosofía contemporánea, principalmente a raíz de los trabajos de G. Agamben, A. Negri y R. Esposito en el contexto italiano, recobrando protagonismo en este milenio⁹. Sus versiones de la biopolítica pretenden revisar y, en gran medida, corregir la obra de Foucault sobre la modernidad¹⁰.

2.2 Las varias caras de la biopolítica

A juicio de Agamben, la pareja categorial fundamental de la política occidental no es la de amigo-enemigo, sino la de nuda vida-existencia política, y el eje de la política sería el control o regulación de la

⁹ Los temas en los que se ha proyectado la biopolítica son numerosos: el carácter étnico de los conflictos internacionales; la creciente indistinción entre política y policía en la gestión de los problemas sociales; la migración de un número cada vez mayor de hombres y mujeres privados de todo estatus legal y a menudo reducidos al estado informe de la nuda vida con la consiguiente demanda de derechos humanitarios; la reafirmación de la centralidad de la política de salud en todos los programas de gobierno –especialmente desde la pandemia del Covid-19–; la penetración de la ciencia en el cuerpo humano, como ponen de relieve las biotecnologías, son todas ellas problemáticas que atañen a la cuestión de la vida. Si a estas cuestiones se suma la transformación que ha supuesto la dinámica de la globalización tecnológica en el Norte global –dejando al Sur global en una situación de retroceso– se dibuja una cartografía en la que se apoya la actual biopolítica.

¹⁰ Frente a la tesis de Agamben, que sostiene que la muerte de Foucault le impidió profundizar en el concepto de la *biopolítica*, Byung-Chul Han señala que la sociedad disciplinaria descrita por Foucault no es representativa de la actualidad, y que la muerte temprana de Foucault lo privó, si acaso, de abandonar su idea de biopolítica en favor de la noción de psicopolítica neoliberal. Vid. SALINAS, A., *La semántica biopolítica. Foucault y sus recepciones*, Viña del Mar, Cenaltes, 2014.

vida. Para Agamben toda política es en realidad biopolítica¹¹. Señala que la noción de no-ciudadano es el prototipo del paradigma biopolítico de Occidente, el cual condujo a la creación de espacios de indistinción (campos de concentración, campos de refugiados, periferias urbanas convertidas en cloacas existenciales, etc.¹²). Estamos frente al hecho de que la seguridad está por encima de la persona. Pero quizás es Roberto Esposito quien ha hecho de la biopolítica una noción capital para la comprensión social. Siguiendo la línea que interpreta la sociedad como un cuerpo que es sometido a control, Esposito vincula la biopolítica con la idea de «inmunización». El concepto de inmunidad, procedente de las ciencias naturales, pero presente también en el léxico jurídico, se convierte en un paradigma explicativo que le sirve para articular en un solo concepto la dinámica negativa y positiva de protección de la vida que caracteriza al poder en la era moderna¹³. Este modo de entender el poder como biopolítica encuentra su símil en la vacunación. El poder logra «inmunizar» el cuerpo político frente a los enemigos externos o internos mediante un mínimo de control y negatividad represiva que permite preservarlo. Se pregunta Esposito por qué esa prioritaria conservación de la vida está tan íntimamente ligada a la producción de muerte, llegando a lo que considera un escandaloso entrecruzamiento entre biopolítica y tanatopolítica¹⁴.

También el pensamiento francés postmoderno ha sido consciente de los límites del esquema biopolítico de Foucault. En 2006, Deleuze, en sus estudios sobre la sociedad del control, apuntó que la sociedad disciplinaria, en la que se enmarca la biopolítica, estaba experimentando una mutación a partir del siglo xx. La aparición de las televisiones, de los ordenadores, de herramientas de comunicación global, ponían de manifiesto que la disciplina no se conseguía a través de un control centrado en el encierro, en el control de los cuerpos, sino que circulaba, desbordando las propuestas formuladas por Foucault¹⁵. En su «Post-

¹¹ AGAMBEN, G., *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*, Valencia, Pre-Textos, 1998, pp. 16-18.

¹² AGAMBEN, G., *Ibidem*, p. 238.

¹³ ESPOSITO, R., *Immunitas. Protección y negación de la vida*. Buenos Aires, Amorrortu, 2005; también, *Bíos. Biopolítica y filosofía*. Buenos Aires, Amorrortu, 2006.

¹⁴ Por su parte, Toni Negri, sistematiza la separación entre biopoder capitalista y biopolítica proletaria. NEGRI, T., *Marx y Foucault*, Buenos Aires, Cactus, 2020.

¹⁵ Deleuze señala cómo la sociedad disciplinaria descrita por Foucault está dando lugar a una nueva sociedad de control, en la que esas instituciones se difuminan y se sustituyen por el control continuo: «La fábrica hacía de los individuos un cuerpo, con la doble ventaja de que, de este modo, el patrono podía vigilar cada uno de los elementos que formaban la masa y los sindicatos podían movilizar a toda una masa de resistentes. La empresa, en cambio, instituye entre los individuos una rivalidad interminable a modo de sana competición, como una motivación excelente que contrapone unos individuos a otros y atraviesa a cada uno de ellos, dividiéndole interiormente». DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control» en *Conversaciones (1972-1990)*, 3.ª ed. Valencia, Pre-Textos, 1999.

scriptum sobre las sociedades de control», Deleuze va más allá de Foucault, argumentando que, en virtud de los nuevos modos de producción, los entornos de encierro disciplinarios están condenados a perecer. Tiene bastante sentido: en un mundo en el que la producción se basa crecientemente en información y comunicación, la inflexibilidad, el rigor, el encierro que supone el sueño de la «peste», constituye un sueño anacrónico y terriblemente improductivo. Deleuze diagnosticó una crisis de los entornos de reclusión. En cuanto cerrados y rígidos, no se correspondían con las formas de producción inmateriales en la red¹⁶. A este análisis se podría añadir que el poder actual, además de no precisar más encierro, tampoco necesita apenas, de coerción, pues no es el cuerpo sino la psique su objeto ahora privilegiado.

Por su parte, Baudrillard anunció el final del panóptico, esto es, el final de esa estructura de control carcelario que ideó Bentham y que Foucault analizó críticamente. Si lo propio del panóptico de Bentham era la vigilancia desde fuera (ser visto sin poder ver al vigilante), las redes de comunicación han invertido el proceso: ahora somos nosotros mismos los que mostramos nuestra imagen sin ningún tipo de coerción externa. Pero precisamente ese «exceso de imagen» es la mayor fuente de violencia. Toda nuestra vida se convierte en imagen hacia fuera que debe poder ser visible, precisamente porque hacerse imagen es exponer por completo la propia vida cotidiana, mostrar la imagen, mostrar los resultados, mostrar los datos¹⁷. Esta nueva forma de relacionarse el ser humano con su entorno ha sido tipificada de formas similares («hombre de vidrio» de Rodotá¹⁸, «síndrome de la pecera» de Pérez Luño¹⁹, «sociedad de la transparencia» de Han²⁰).

¹⁶ DELEUZE, G., *Ibidem*, p. 278.

¹⁷ BAUDRILLARD, J., *La agonía del poder*, Madrid, Ediciones Pensamiento, 2006, pp. 48-56.

¹⁸ «El paso de una vigilancia dirigida a lo general, y las recogidas de datos personales de la multitud ya han causado la transformación de todos los ciudadanos en posibles sospechosos, frente a los poderes públicos, y la transformación de la persona en objeto, frente al sistema de empresas». RODOTÁ, S., «Democracia y protección de datos», *Cuadernos de derecho público*, núm. 19-20, 2003 (Ejemplar dedicado a: Protección de datos), p. 23 y p. 26.

¹⁹ El profesor Pérez Luño ha advertido sobre el «síndrome de la pecera», es decir, la psicosis que aqueja a los ciudadanos de vivir en una casa de cristal en la que todas las acciones pueden ser controladas. Así, los ficheros de quienes expresamente no desean ver tutelada su intimidad respecto al tráfico de sus datos personales deberían denominarse «ficheros pecera». PÉREZ LUÑO, A. E., «La protección de datos personales en España: presente y futuro», *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho*, Mérida, UNED, 1992, p. 243.

²⁰ Han corrige a Baudrillard, afirmando que nos situamos en el comienzo de un panóptico completamente nuevo, no perspectivista, en el que desaparece por completo esa distinción entre centro y periferia que era constitutiva para el panóptico de Bentham: es el panóptico digital. El panóptico de Bentham pertenece aún a una sociedad disciplinaria, en la que una técnica refinada despierta la ilusión de una vigilancia permanente. En cambio, los habitantes del panóptico digital «se creen que están en libertad». HAN, B. Ch., *La sociedad de la transparencia*, Barcelona, Herder, 2014, p. 11.

3. LA MUTACIÓN DE LA BIOPOLÍTICA EN LA PSICOPOLÍTICA COMO ESTRATEGIA DE DOMINACIÓN Y CONTROL

El concepto de «psicopolítica» fue formulado en 1955 por K. Goff²¹. Filósofos como Bernard Stiegler y Han, en sus estudios sobre la relación entre lo humano y lo técnico²², han aportado nuevos conceptos y propuestas para describir cómo se gestionan los individuos y las sociedades contemporáneas. Aunque actualmente los estudios que se están publicando sobre psicopolítica y psicopoder toman exclusivamente como punto de partida las propuestas de Han²³, lo cierto es unos años antes que Han, el filósofo francés Bernard Stiegler, en 2008, ya se refiere a la conveniencia de dar un paso más que Foucault y adentrarse en el terreno del psicopoder, de la psicotecnología y, por tanto, de la psicopolítica. Han –filósofo que para unos está contribuyendo a acercar algunas ideas filosóficas a lectores no especializados y, para otros, carece de la profundidad y rigurosidad que debe exigirse a un filósofo– construye su noción de psicopolítica y de psicopoder apoyándose en tres pilares (la «sociedad de la transparencia», la «sociedad del rendimiento» y la «sociedad digital»). Subraya que la biopolítica se ha convertido en psicopolítica.

Para comprender más claramente la noción de la actual psicopolítica, se enumerarán algunos de sus rasgos más característicos.

– Colonización psíquica: representa un régimen que tiene como propósito fundamental la colonización psíquica. Del control de los cuerpos descrito por Foucault –poder disciplinario– se ha evolucionado a un control de la voluntad y de la libertad a través de la psique. Se puede conocer la psique de los individuos y, por ende, lograr perfilarlos;

²¹ En 1980, SEDGWICK, P., escribió *Psychopolitics*, lo perfiló, conectando las luchas anti psiquiátricas, los movimientos de usuarios, exusuarios y supervivientes, y el compromiso crítico de los movimientos de trabajadores en salud mental. Autores contemporáneos como Sloterdijk, Laurent de Sutter o Byung Chul-Han utilizan esta noción en un diálogo crítico con el concepto foucaultiano de biopolítica. EXPOSTO, E., «Psicopolíticas», *Reflexiones marginales*, núm. 73 (23 de enero de 2023).

<https://reflexionesmarginales.com/blog/2023/01/28/psicopoliticas/>

²² Han parece inspirarse en algunos de los análisis realizados por el filósofo francés Bernard Stiegler, en su obra de 2008 *Prendre soin: Tome 1, De la jeunesse et des générations*. STIEGLER, B., «Ars e invenciones organológicas en las sociedades de hipercontrol». *Nombres. Revista de Filosofía*, núm. 27, Córdoba, UNC, 2014.

²³ El pensamiento político general de Han se encuentra en su obra: *Sobre el poder*, Barcelona, Herder, 2016; y, de manera particular, en el caso del psicopoder, HAN, B. C., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, Barcelona, Herder, 2018. También, *vid.* MALLAMACI, M. G., «El poder psicopolítico en las sociedades postdisciplinarias del *homo digitalis*» <https://revistas.udc.es/index.php/RELASO/article/view/2135>. Apuntes sobre el pensamiento de Byung-Chul Han», *Revista latina de Sociología*, vol.7, núm. 1, 2017, p. 76; GRASSO, S., «Il poter del virus: tra biopolitica e psicopolitica», 13/04/2020. <https://www.mimesis-scenari.it/2020/04/13/il-poter-del-virus-tra-biopolitica-e-psicopolitica/>

– Falta de resistencia al psicopoder que, además de desplegar su poder sobre la psique, se acompaña de un dominio sin coerción y sin resistencia²⁴. Esta es una característica peculiar del psicopoder –entendiendo por psicopoder una forma de dominación mental mediante la libertad– ya que, en cualquier otro enfoque o propuesta de poder, la resistencia al poder era un elemento que llevaba aparejado el propio poder (poder-obediencia, poder-resistencia²⁵).

– Comunicación debilitada a causa del masivo uso de las nuevas tecnologías: Habermas planteaba una racionalización del mundo –el mundo de la vida– centrado en el sentido dialógico de la acción, en el que el sujeto racionaliza todos los referentes estructurales que le llevan a integrarse como un ser social. Frente a la forma racional de comunicación, las nuevas tecnologías hacen una apelación a las emociones, las cuales acaban debilitando la capacidad racional humana, de manera que, frente a la racionalidad de la acción se opone la emotividad de la acción. En la estructura del mundo de vida digital, la razón comunicativa tiende a ceder frente al denominado régimen de la información, en el que lo que impera es una racionalidad digital, que se sobrepone a la racionalidad dialógica propia de la acción comunicativa, de manera que, sutilmente, acaba anulando el concepto de libertad. Aunque se considera que hay más comunicación que nunca, es una vana ilusión. La hipercomunicación hace que exista un continuo ruido de fondo, que destruye ese silencio tan necesario al espíritu. La cultura digital no narra; el hombre digital se limita a digitar, es decir, a contar y a calcular. Todo se hace numerable para poder ser transformado en el lenguaje del rendimiento y de la eficacia. Se apoya

²⁴ «La psicopolítica no usa la prohibición ni el incentivo económico, es decir, sus medios no son físicos, sino que se desplazan al razonamiento, y desde allí dirigen el comportamiento». BARRERO ARBELÁEZ, J. M., «Psicopolítica, Big data y Nudge. Acerca del dominio sin resistencia», *Revista de la facultad de derecho y ciencias políticas*, Vol. 52, núm. 136, Medellín, Colombia, enero-junio 2022, p. 248.

²⁵ Tanto Deleuze como Han señalan el neoliberalismo como contexto propicio para la psicopolítica. El régimen disciplinario, según Deleuze, se organiza como un «cuerpo» y se rige por la biopolítica (bio-poder). El régimen neoliberal, por el contrario, se comporta como «alma» por lo que el sistema disciplinario ya no sirve y es sustituido por la psicopolítica como su forma de gobierno», el cual, a su vez, se rige por el psicopoder. Se echa en falta un estudio profundo de qué es y qué aporta el neoliberalismo a juicio de Han. No basta solo con esgrimirlo como telón de fondo en el que la psicopolítica cobra fuerza, pero donde no queda claro qué relación tiene la explotación de los cuerpos con la de la psique (equivale al «paso adelante» de la psicopolítica con respecto a la biopolítica), cómo se ha producido históricamente y quién ha iniciado tal revolución mediática. Asimismo, hay que recordar que el valor político de la indignación ya ha sido objeto de análisis en la última década por Peter Sloterdijk, en su obra *Ira y tiempo*, en la que reconstruye el vínculo entre las pasiones-contras, como la indignación, y la política, utilizando –entre otras cosas– el término «psicopolítica». En la entrevista difundida por *Doppiozero* se puede encontrar esta crítica a Han. LUCIO, A., Un’apocalisse integrata / Psicopolitica di Byung-Chul Han», 24/09/2016.

<https://www.doppiozero.com/psicopolitica-di-byung-chul-han>

en el «régimen de la información» ya que, lejos de restringir la comunicación la fomenta²⁶. La relación dialógica que sustenta la comunicación se ve alterada y, además, el régimen de la información se sustenta contradictoriamente en la anulación del acto comunicativo.

– Incorpora una autoexplotación que va asociada a la felicidad. La función de «autoexplotación» –hoy cada uno es un trabajador que se explota a sí mismo en su propia empresa–. No resulta eficiente explotar a alguien contra su propia voluntad, porque en la explotación ajena, el rendimiento será bajo. En cambio, la explotación de la libertad genera el mayor rendimiento. Somos nuestro propio amo y esclavo– y la búsqueda de la felicidad constituye uno de los rasgos definitorios de la psicopolítica, rasgos que han sido especialmente explotados por los gobiernos durante el periodo de pandemia. Se nos ha vendido la tragedia como una oportunidad de crecimiento (laboral) y de solidaridad. Sin embargo, tal estrategia de marketing de «saldremos más fuertes» no era más que un slogan para acallar voces.

– La «gubernamentalidad algorítmica» acentúa y agudiza la psicopolítica. La pandemia ha sido otro pretexto para incidir en ese control. Eso también es psicopolítica. Al pasar a un mundo virtual, que es donde esa «masa» se reúne, prácticamente, se va hacia un estado de privación radical del otro y de cualquier otra idea. Lo virtual ha desarrollado bien su juego de seducción y ha acabado también con la narración del hecho, y con la congruencia empleada en el razonamiento lógico. La emoción prima sobre la razón. Esa tendencia hacia «lo igual» es captado por la máquina, que revela nuestros comportamientos, haciéndonos de espejo, aprovechando la virulencia del contenido para maximizar resultados y analizar patrones de conducta.

Así pues, la psicopolítica se diferencia de la biopolítica por tres razones fundamentales: la primera, la biopolítica no tiene el conocimiento de la psique de los individuos que permiten los *Big data* ya que son una herramienta psicopolítica contemporánea; la segunda, que el objeto en la psicopolítica es esencialmente la psique que interviene con eficiencia, en cambio la biopolítica solo se dirige a la mente en algunas ocasiones y sus técnicas resultan insuficientes; la tercera, que la biopolítica actúa de manera represiva, a diferencia de la psicopolítica que seduce y es amable con la psique de los agentes²⁷.

A su vez, los dispositivos de la biopolítica se han cambiado para ser efectivos en la psicopolítica, lo que se pone de manifiesto también en tres rasgos. En primer lugar, si en la gestión biopolítica para modelar a los individuos y a la población hacia una domesticación del cuerpo o a unas determinadas normas, se recurría a estadísticas de naci-

²⁶ VILLALOBOS-ANTÚNEZ, J. V., *et al.* «Cultura digital y el régimen de la información. Gobernabilidad política en tiempos de crisis del sistema democrático», *Techno Review*, 2023, pp. 2-17.

²⁷ BARRERO ARBELÁEZ, J. M., *Ibidem*, p. 250.

mientos y defunciones, a mediciones psicométricas o al panóptico de Bentham, ahora que hay que gestionar la psique– y no la vida– se trata de moldearlos de forma continuada, machacona, como hacen los múltiples dispositivos de los que nos rodeamos. En segundo lugar, si en la biopolítica se intentó construir un conocimiento desde la medicina y la clínica para diseñar unos patrones de normalidad/patología, en la psicopolítica el objetivo es transmutar en datos todos aquellos elementos –privados y públicos– con los que la psique humana actúa y se relaciona²⁸. En tercer lugar, la referencia al tiempo durante el que se prolonga la intervención. Deleuze apunta que los dispositivos biopolíticos tenían como finalidad principal la de crear «un probable». En cambio, en la psicopolítica, sus dispositivos no se plantean resultados probabilísticos, sino que predicen y pretenden que sea con el mayor grado posible de certidumbre²⁹.

4. LA MUTACIÓN DEL BIOPODER AL (MÁS EFICAZ) PSICOPODER

El Derecho no debe ser un aliado del poder sino un límite del poder. Por ello, conviene enumerar algunas ideas sobre las que conviene reflexionar para comprender el poder actual, un psicopoder que controla a la individualidad mediante una psicología de masas, y que acaba llevando a una voluntad de servir, a una especie de «servidumbre psicopolítica» voluntariamente aceptada y que es incapaz de oponer resistencia.

Los rasgos que caracterizan el psicopoder permiten comprender su eficacia:

– Es un poder inteligente. Actualmente, «la libertad de “poder hacer” genera incluso más coacciones que el disciplinario “deber”. El “deber” tiene un límite. El “poder hacer”, por el contrario, no tiene ninguno»³⁰. Si en la edad moderna la biopolítica emerge en el cuerpo social como una práctica inmunológica (el control venía desde fuera), actualmente los individuos se imponen un nuevo control desde dentro para ser más efectivos (psicopolítica). El poder puede exteriorizarse como violencia o

²⁸ Esta sociedad datificada facilita transitar de una vigilancia pasiva –característica de la biopolítica– a un control omnipresente y activo. Cfr. ZUBOFF, Sh., *La era del capitalismo de la vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*, Barcelona, Editorial Paidós, 2021.

²⁹ BALERIOLA ESCUDERO, E., y TIRADO, F., *op. cit.*, pp. 253-255.

³⁰ HAN, B. Ch., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, cit., p. 12. Recurre a la fórmula del poder «inteligente», aquél que es más afirmativo que negador, más seductor que represor. Aquel que se ajusta a la psique del ciudadano en lugar de disciplinarlas y someterla mediante coacciones. No impone silencio, sino que, por el contrario, anima y exige compartir, participar, comunicar aspiraciones, necesidades, que se vuelcan con entusiasmo en redes y plataformas. *Ibidem*, pp. 12-13.

represión, pero no descansa en ella. El poder disciplinario resulta ineficiente en cuanto solo con prohibiciones y coacción consigue la obediencia. Más eficiente es la técnica de poder que consigue que los ciudadanos se sometan por sí mismos al entramado de dominación.

– Es un poder amable, y resulta plenamente compatible con la libertad. Los dispositivos del biopoder eran visibles (cárcel, administración pública de centros de salud, etc.); sin embargo, el psicopoder se articula de manera invisible, mediante un entramado de dominación que permanece oculto y que hace que el sometido se crea libre. No hay articulación de prohibición/permiso, sino que hace primar la satisfacción del deseo, la complacencia, en lugar de sumisión se genera dependencia. De un disciplinamiento corporal se ha evolucionado hacia una optimización de la mente.

– Se sirve de la dictadura de la transparencia y del *Big Brother vs Big Data*. Si en un primer momento se celebró la red digital como el advenimiento de un medio de libertad ilimitada, después se ha comprobado que libertad y comunicación ilimitadas se han convertido en control y vigilancia totales. Cuando parecía que acabábamos de liberarnos del panóptico disciplinario, nos hemos sumergido en uno nuevo aún más eficiente. A los reclusos del panóptico de Bentham se les asilaba con fines disciplinarios y no se les permitía hablar entre ellos. En el panóptico digital, se comunican activamente y muestran su intimidad de forma voluntaria. No se necesita ni tan siquiera un vigilante en el torreón, sino que el *Big Brother* digital ha traspasado su trabajo a los reclusos, que entregan sus datos, no por coacción sino voluntariamente, respondiendo a una necesidad interna. Es ahí donde reside la eficiencia del panóptico digital³¹. En el panóptico digital nadie se considera realmente vigilado o amenazado. Por ello, el término «Estado vigilante» no resulta el más apropiado para definirlo. El ciudadano pasa a ser consumidor (de noticias, imágenes, mensaje de máximo dos líneas, de lemas, de claves repetitivas, de desinformación, de postverdad). «La sociedad de la transparencia, que está poblada de espectadores y consumidores, funda una democracia de espectadores»³².

– Se nutre de la sociedad del riesgo (y del miedo). Hay dos elementos que pueden ser usados a la vez para ejercer presión sobre la población: uno es el miedo (*Big Brother*), y el otro es el entretenimiento (*Big Mother*). La teoría psicoanalítica ya lo ha explicado suficientemente: el padre –el gran hermano– hace cumplir la ley, mientras que la madre nutre, en el amplio sentido de la palabra, y también entretiene. El miedo que se ha transmitido a raíz de la pandemia no era un miedo al fracaso, o al futuro, sino a la muerte, el miedo más terrible de todos. Bauman ya advertía que el miedo «es más temible cuando es difuso, disperso, poco claro; cuando flota libre, sin víncu-

³¹ HAN, B. Ch., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, cit., p. 21.

³² HAN, B. Ch., *Psicopolítica: neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, cit., p. 24.

los, sin anclas, sin hogar ni causa nítidos [...] miedo es el nombre que damos a nuestra incertidumbre: a nuestra ignorancia con respecto a la amenaza y a lo que hay que hacer»³³.

Vivimos en una sociedad de riesgo, y ello es una condición estructural de la sociedad moderna, su desarrollo no es el producto de «una» decisión (o unas pocas). Se trata de millones de «micro-decisiones» que producen alteraciones de sentido, a partir de la cual la sociedad se «auto-organiza». La biopolítica recombina con la tecno política, virus biológicos además de virus informáticos conforman un par indecifrible, sea para políticos, científicos o filósofos. El poder que se ha obtenido a través del miedo es potencialmente explotado a través de la sociedad del riesgo: desde el calentamiento climático a cualquier otro suceso sobre el que se pueda hipotizar y que, de nuevo, haga replegarse a la comunidad bajo las alas protectoras del Estado³⁴. El control, la vigilancia, el dataísmo, son solo algunos de los instrumentos que hacen posible la vigilancia y el consiguiente control.

– Se apoya en el dataísmo, caldo de cultivo propicio para el psicopoder. El imperativo de esta Segunda Ilustración es que todo debe ser convertido en datos e información. Es el tiempo del conocimiento movido por los meros datos, sin profundizarlos, sin interrelacionarlos, lo que genera un vacío de significado y conduce a una mera cultura de acumular datos, por los que se transita rápidamente, sin analizarlos, reflexionarlos y elaborar un pensamiento crítico. Sin pudor, se nos pide que entreguemos datos personales en aras del bien común³⁵. «La privacidad es una forma de poder y quien posea más datos personales dominará la sociedad. De cualquier tema de relevancia se construye una infodemia masiva, es decir, una cantidad excesiva de información, en algunos casos correcta, en otros no, lo que dificulta que las personas puedan encontrar fuentes fiables y la necesaria orientación fidedigna – el virus y la vacuna fueron exponentes de esa infodemia–. Tal dataísmo contribuye a eliminar toda ideología, en realidad, es una ideología en sí misma que conduce al totalitarismo digital.

Que el poder –el que sea– haya intentado controlar la psique no algo novedoso. Lo nuevo son los dispositivos de los que se vale y algunos

³³ BAUMAN, Z., *Miedo líquido: La sociedad contemporánea y sus temores*, Barcelona, Paidós, 2010, p. 10.

³⁴ Como señala Agamben, una sociedad que vive en un estado de emergencia permanente no puede ser una sociedad libre. Vivimos en una sociedad que descarta la libertad por ‘motivos de seguridad’ permanentemente (terrorismo, pandemia, economía, guerras, calentamiento global), condenándose, por lo mismo, a vivir en un estado permanente de miedo y de inseguridad. La democracia occidental parece necesitar la presencia permanente de un enemigo para sentirse viva. Bien sea el terrorismo, la pandemia o una guerra, constituyen la justificación para, para la mejor consecución del paradigma biopolítico de la seguridad, restringir libertades e inducir a los ciudadanos a aceptar limitaciones.

³⁵ VÉLIZ, C., *Privacidad es poder. Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, Barcelona, Debate, 2021, p. 13.

otros cambios que introduce, tales como su rechazo del discurso narrativo y la exacerbación de las emociones. Tanto las redes como específicamente el metaverso, suponen una exaltación de prescindir del cuerpo, pero también de que la psique navegue en un avatar, en un ámbito global. Las categorías de espacio y tiempo se ven alteradas en esa aplicación de dispositivos psicopolíticos. Ello supone una mutación de las coordenadas espacio-temporales habituales con las que los individuos se venían manejando para contextualizar sus actuaciones. El psicopoder parece derivar en una servidumbre que lleva a plantearse si hay alguna solución, cuestión a lo que se hará referencia seguidamente.

5. LA DERIVA DEL PSICOPODER EN LA SERVIDUMBRE (VOLUNTARIA O NO). ALGUNAS PROPUESTAS PARA ESCAPAR DE LA SERVIDUMBRE

Lo expuesto hasta ahora lleva a reflexionar sobre por qué y cómo se acepta el poder. Como acertadamente señala Ugarte en su análisis sobre la biopolítica, «El objetivo es que cuerpo y mente acepten el cometido que tienen asignado: el cumplimiento de las normas (legales, morales) y la satisfacción de los ritmos de la producción»³⁶. La aceptación y servidumbre con respecto al psicopoder, para algunos autores no resulta tan extraña cuando sostienen que el propio Derecho es un constructo que se vale del poder. O de cómo el temor nos hace amar el poder. El filósofo del derecho francés y psicoanalista, Pierre Legendre, explica que el Derecho es el arte de la palabra tranquilizadora que hace amar el poder: silencio, pasividad, aceptación. El Derecho es, desde tal perspectiva, la más antigua de esas técnicas, aquella que utiliza para regir, es decir: dominar y hacer obedecer. El Derecho se vale de mecanismos de sometimiento y dominación que pone en acción³⁷. Esos mecanismos de sometimiento, dirigidos especialmente a la mente, son los que el psicopoder desarrolla y que, a grandes rasgos, se podrían resumir en los tres siguientes.

El primer rasgo es el individualismo de las masas. La masa ya no es la concentración de la muchedumbre, sino la suma de indistinguibles e intercambiables yoes individuales, cada uno de los cuales ve, consume y piensa las mismas cosas, pero de manera solitaria³⁸. Es una masificación en cierto modo individualista, que da lugar a un individualismo de masas³⁹. El nuevo orden global, al menos en apariencia,

³⁶ UGARTE PÉREZ, J., *op. cit.*, p. 2.

³⁷ LEGENDRE, P., y GOODRICH, P., *Psicoanálisis y Derecho*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, 2017.

³⁸ Vid. LLANO ALONSO, F. H., «El hombre y la técnica en Ortega y Gasset», *IUS ET SCIENTIA: Revista electrónica de Derecho y Ciencia*, vol. 1, núm. 1, 2015, pp. 1-24.

³⁹ Esa nueva masa social –a la que Han denomina el «enjambre digital»– en realidad no es tal masa, ya que está formada por individuos aislados.

parece ser más dócil, flexible y totalitario porque «casi todos» consumen la misma información. Se administra el consenso y el disenso, haciendo el poder que amen y odien lo que ese poder quiere que amen y odien. Como en la caverna de Platón, se consigue que los esclavos se movilizan y protesten en contra de sus potenciales liberadores⁴⁰.

El hombre masa de Ortega y Gasset, también se ha incorporado a este nuevo ambiente⁴¹. Si bien anteriormente, todos parecían aspirar a diferenciarse de la masa, convertirse en objetos de adoración y gozar individualmente de la plenitud de la vida a través de la mirada del otro, ahora parece que, a partir de consignas básicas se nos ha logrado domesticar de manera sutil. La psicología de masas, bien conocida en periodos totalitarios, ha funcionado. Nos ahorran la cansina tarea de pensar, de cuestionarnos, de ser curiosos y de querer saber. En la actual psicopolítica se ofrece un cómodo comportamiento homogéneo y uniforme, que fomenta una felicidad ficticia, donde se las emociones se maximizan y el pensamiento crítico se oculta porque molesta, disturba el plácido discurrir de los días (y de la vida).

En segundo rasgo es el pensamiento único políticamente correcto. Tal tipología de pensamiento se ve reforzado por la debilidad de la narrativa. Los recorridos de navegación y las biografías que forman el *Big Data* son aditivas, pero no narrativas. El *homo digitalis* sabe calcular, pero no narrar. Bajo la fórmula de «Todo lo real es virtual y todo lo virtual es real» se altera la proposición hegeliana de identidad de lo real y lo racional». Los ciudadanos quedan colocados en la situación del hijo del rey del cuento de Günther Anders: como su padre no quería que su hijo se alejara de los caminos vigilados y se formara su propia visión del mundo, le regaló unas magníficas carrozas, de manera que el niño no ya caminaría más por el pueblo, sino que se movería siempre en carroza, y conocería la realidad a través de la ventana de la carroza. Es un símil que encaja bien en cómo se vislumbra la realidad a través de la tecnología⁴².

El tercer rasgo es la disyuntiva entre libertad o voluntad de servir. Una de las definiciones clásicas de poder es la de Robert Dahl: «A tiene poder sobre B cuando consigue que B haga algo que de otra forma no haría»⁴³. Se trata de una concepción del poder como dominación, que es uno de los aspectos más destacados del poder y que, a juicio de Lukes, el que más merece ser objeto de estudio, llevándole a

⁴⁰ FUSSARO, D., *Pensar diferente. Filosofía del disenso*, trad. de Michele Ferrante, Madrid, Trotta, 2022, p. 59.

⁴¹ ORTEGA Y GASSET, J., *La rebelión de las masas*, Madrid, Espasa-Calpe, 2009.

⁴² GÜNTHER, A., *La obsolescencia del hombre*, trad. de Josep Monter Pérez, 2 Vols., Valencia, Editorial Pre-Textos, 2011, p. 105.

⁴³ DAHL, R., «The concept of Power», *Behavioral Science*, No. 2, 1961, pp. 201-205. El pluralismo político de Dahl abre la posibilidad de pensar el ejercicio del poder como una praxis social que puede estructurarse en situaciones políticas asimétricas diferentes y ser ejercida desde la dominación, la resistencia, la emancipación o la negociación.

sostener una concepción tridimensional del poder (dominación, obediencia y posibilidad de resistencia). Aun admitiendo la posibilidad de la coexistencia del poder consentido (si el poder no se ejerce por coerción es porque el sujeto sometido al poder consiente el ejercicio del mismo), y el no consentido, subraya que todo poder convive con cierta resistencia a la vez que encuentra cierto consentimiento⁴⁴. Lo relevante es cómo los poderosos aseguran la obediencia de los que dominan y, específicamente, cómo hacen para que esta obediencia sea voluntaria a pesar de que coexista con la resistencia⁴⁵.

El teórico político británico Steven Lukes ha advertido que el poder puede alumbrar en las personas deseos que van en contra de sus propios intereses⁴⁶. El interrogante que subyace es si la psicopolítica y el psicopoder conllevan el fin de la voluntad libre de los individuos y si han forjado fórmulas digitales de dominación. Frente a un neoliberalismo que, a primera vista, podría considerarse la exacerbación de la libertad, sin embargo, paradójicamente se plantea una crisis de la libertad. La transparencia, en cuanto dispositivo neoliberal, ofrece una vigilancia y control total a un *homo digitalis*. La psicología cognitiva y conductivista bien puede servirse del conocimiento de técnicas de reforzamiento del comportamiento y de cartografía cognitiva para domesticar mejor a las masas en favor de los intereses de las grandes empresas y de quienes las controlan⁴⁷.

En el *Discurso de la servidumbre voluntaria*, de Étienne de La Boétie, escrito en el umbral de la modernidad, sostenía que los hombres aceptan sin reflexionar lo que el mundo es, y se conforman con una vulgar felicidad que es la de una «servidumbre voluntaria», una

⁴⁴ LUKES, S., *Power: A Radical View*, Londres, Palgrave Macmillan, 2005.

⁴⁵ Lukes no comparte el concepto foucaultiano de poder que, supuestamente, implicaría una cuarta dimensión del poder, una ausencia de libertad personal debida a la omnipresencia del poder estructural. FOUCAULT, M., *El poder, una bestia magnífica: sobre el poder, la prisión y la vida*, Buenos Aires, siglo XXI Editores, 2012. Aquí sería oportuno recuperar, por una parte, la definición de Weber de dominación como la probabilidad de que una orden con un contenido concreto sea obedecida por un determinado grupo de personas, así como también el concepto de violencia simbólica de P. Bourdieu, como ejemplo de estudio de un proceso de poder y de su internalización.

⁴⁶ LUKES, S., *op. cit.*

⁴⁷ ETIENNE ARREGUY, M., «Violencia política, traumatismo colectivo y psicopoder». <https://www.cartapsi.org/new/violencia-politica-traumatismo-colectivo-y-psicopoder/>

«Procesos metodológicos y técnicos como la “caja de Skinner”, las prácticas de la «Programación Neurolingüística (PNL)», la «pirámide de autorrealización de Maslow» fueron las formas primarias de componer estos dispositivos de poder que alienan a sujetos desprevenidos, los dichos persuasibles, pero no solo eso. Se trata de una cierta psicología centrada en el logro del individuo, en su adaptación, en su competitividad, en su rentabilidad, pero sobre todo en su desapego de un mundo común, compartido, ligado a la renuncia instintiva. Todos tienen que llegar a la cima de la pirámide. Todos tienen que hacer lo máximo para ser el mejor siempre. Pero no caben todos en la cima».

especie de deseo de servir con tal de que no se les moleste⁴⁸. Es el reflejo de la actualidad: se desea vivir de la mejor manera posible, aunque ello suponga confortables alienaciones y conformismos tranquilizadores. La lucha por la libertad exige esfuerzo y no se tiene aspiraciones por la misma. El poder presenta esa comodidad de tal manera que los sometidos no tienen ninguna aspiración a salir de tal servidumbre. Los seres humanos parecen ser más propensos a servir que a ser libres, bien sea por costumbre, o por las retóricas hábilmente colocadas por el poder. El profesor Ballesteros ya ha apuntado que vivimos en la época de la «servidumbre voluntaria», como intuyó Étienne de la Boétie hace siglos⁴⁹. También insiste en que, por comodidad, estamos dispuestos a ofrecer nuestra intimidad, viviendo un «momento de esclavitud voluntaria».

Siguiendo esta línea, Lassalle también ha advertido que «Nuestra cultura online está modificando radicalmente nuestra identidad». La tecnología que se está construyendo, sin entrar si es buena o mala moralmente, puede ser utilizada para la opresión. De forma silenciosa, pausada, sin causar estruendo, «nos vamos abandonando a la tentación de elegir sin responsabilidad, nos sometemos a las decisiones de las máquinas para que ellas elijan nuestro destino. El paternalismo tecnológico, con sus cálculos y predicciones, invita a adoptar decisiones alejadas de las fallas y errores humanos, ajeno a las cuestiones éticas, y ausente de la relación con la democracia, lo que acaba llevando hacia un totalitarismo digital»⁵⁰. Nos encontramos ante un monopolio indiscutible de poder que se basa en una estructura algorítmica y que ha levantado una administración matematizada del mundo⁵¹. Autonomía de juicio, libre elección, responsabilidad, derecho de las personas a decidir sobre su destino, como también, humanismo tecnológico y democracia digital, no tienen por qué estar reñidos con la tecnología.

⁴⁸ DE LA BOÉTIE, E., *Discurso de la servidumbre voluntaria*, Barcelona, Tusquets, 1980.

⁴⁹ «Utilizamos los servicios de empresas tecnológicas como Google o Facebook, creyendo en la falacia de que se trata de servicios gratuitos, desconociendo consciente o inconscientemente que estas compañías se cobran accediendo a nuestra intimidad, que es lo más valioso que tenemos, de tal forma que saben todo de nosotros mismos y venden dicha información al resto del mundo para lucrarse». Entrevista a Jesús Ballesteros. Valencia, agosto de 2020, p. 2.

<https://jesusballesteros.es/wp-content/uploads/2020/09/Entrevista-a-JB.pdf>

⁵⁰ KRAUZE, E., Prólogo» a: *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Madrid, Arpa Editores, 2019, p. 13

⁵¹ Advierte Lassalle que parece que estamos ante el diseño de un nuevo contrato social de que surgirá un Leviatán posmoderno (un ciberleviatán) y que se apoyará, por un lado, en un tecnopoder que forma la élite innovadora y las corporaciones que sustentan el capitalismo cognitivo; por otro, las multitudes digitales que se integran sin lamentarse dentro de las coordenadas de los dispositivos de control. Cfr. LASSALLE, J. M.^a, *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Madrid, Arpa Editores, 2019, p. 20 y p. 22.

La hipótesis distópica nos llevará a un camino de servidumbre digital. El poder ya no necesita teorías, sino que le bastan los algoritmos.

Una vez hecho el diagnóstico de que la biopolítica y la psicopolítica se basan en el concepto de bio/pisco-poder para estructurar las técnicas de dominio sobre la sociedad (cuerpo y mente) y de la fácil deriva del psico-poder en servidumbre y opresión, cabe preguntarse qué se puede hacer. ¿Cómo escapar de este oscuro futuro de servidumbre (voluntaria o no)? ¿Son la resistencia o la disidencia las únicas soluciones? Ya no se trata de la mera resistencia ante el poder (biopoder) sino frente al psicopoder. Hay propuestas de diverso tenor y aquí haré referencia a tres de ellas, por haber alcanzado cierto eco en la doctrina.

La respuesta de Byung-Chul Han –si bien es recibida con escepticismo– es la de volver nuestra mirada hacia lo inservible, lo singular, lo no cuantificable e incluso, a la vida contemplativa. Retornemos a una era de analfabetos digitales, de aquellos que no participan ni comparten en el mundo digital. Aislados del *Big data* estaremos a salvo del sutil control que ejerce sobre nuestras vidas. Han considera que el ser humano será capaz de escapar de la esclavitud impuesta por él mismo si logra transformar el peso cualitativo de sus acciones. Es decir, si consigue que estas, en lugar de ser perfectamente predecibles y calculables, pasen a ser acontecimientos –concepto con claras raíces nietzscheanas– que remiten a lo imprevisible, repentino, a lo que escapa a todo cálculo y predicción, en el pleno sentido de esta palabra.

Conviene recordar que Deleuze y Guattari recurren a la figura del «idiota» que, a su juicio, constituye el personaje filosófico por excelencia⁵². Concretamente, Deleuze podría proporcionar una vía de escape de la psicopolítica digital a partir de esta propuesta, en cuanto que señala, de una manera provocadora, que los filósofos «se hacen los idiotas» –idiota es el ser único, excepcional–. Esta consideración no tiene nada de peyorativo, si se tiene en cuenta que, para él, «el idiota es el hombre de la luz natural», por oposición a la luz del saber. Podríamos decir que el idiota es aquel que no transita por caminos ya trillados y, en esta medida, aquel que tiene acceso a lo totalmente otro. El idiota tiene la posibilidad de acceder al acontecimiento en el sentido más radical del término, lo cual le permite, según interpreta Han, escapar a «toda subjetivización y psicologización»⁵³.

⁵² Sobre la característica del filósofo como expresivo de un no-saber, varios autores lo han puesto de relieve. Basta recordar la obra de Erasmo de Rotterdam, *Elogio de la estulticia*, en la que ya se lamentaba de la incomprensión que sufrían los filósofos al poner todo en cuestión. También, *vid.* ROGER, A., *Bréviaire de la bêtise*, Gallimard, París, 2007; ROSSET, C., *Le Réel. Traité de l'idiotie*, Les Éditions de Minuit, París, 2004; MENGUE, Ph., *Faire l'idiot*, Germina, París, 2013.

⁵³ En la comparación que realiza Deleuze entre el idiota antiguo y el moderno, este último no sale bien parado: «El idiota moderno no pretende llegar a ninguna evidencia [...], quiere lo absurdo, no es la misma imagen del pensamiento. El idiota antiguo quería lo verdadero, pero el idiota moderno quiere convertir lo absurdo en la

La vía de escape propuesta por Han (tras la estela de Foucault y Deleuze) para salir de esa psicopolítica construida sobre el *Big Data* (quedando abierta la cuestión de si es posible o no escapar por completo) presenta similitudes formales con la señalada en su día por Nietzsche para salir de la vida decadente predicada por la metafísica dominada por la moral tradicional. En la obra de Nietzsche, el superhombre es la figura que encarna a ese hombre que podrá –al igual que el idiota deleuziano– asomar su cabeza entre los miembros del rebaño, reivindicando su singularidad y su excepcionalidad. El superhombre nietzscheano también quiere la autosuperación de su propia vida⁵⁴.

En cualquier caso, es difícil de llevar a la práctica la medida que propone Han en cuanto que ya no se concibe la vida sin el mundo digital, dependencia que seguirá potenciándose aún más en el futuro. Lo cual no significa que, por utilizar instrumentos con inteligencia artificial IA y datos, no se sepa discernir la consiguiente servidumbre de la libertad al psicopoder. En la era digital, la resistencia al abuso de poder ha sido calificada de *techlash* (reacción negativa frente a la tecnología). La historia nos recuerda que el poder debe conocer límites y contrapesos para que sea una influencia positiva en la sociedad. El propio Derecho ha sido concebido como límite al poder y ahí es donde habría que poner el acento, al igual que en la ética, de manera que ambos órdenes (ético y jurídico) diseñen esos límites que, a modo de diques de contención, eviten la servidumbre del ser humano a estos mecanismos tecnológicos.

Otras propuestas, como las de Vitale o Fussaro, no van en la línea de rescatar la singularidad, sino que preconizan la resistencia o el disenso. Vitale señala dos acepciones del verbo resistir, la primera consiste en la facultad de resistir fuerza con fuerza, y la segunda en soportar o no ceder. La primera consiste en una acción, y la segunda en una omisión. La resistencia, bien sea individual o colectiva, puede ejercerse mediante la negativa del individuo o del grupo a realizar lo que el regulador dispone que debe hacer, o mediante la realización de una conducta prohibida. Esta resistencia puede tratarse de un concepto con carácter jurídico o moral, un derecho o un deber. Ahora bien, son conocidas las dificultades para establecer de manera jurídica, positiva o legal, un derecho de resistencia ya que la resistencia no es un concepto pacífico. Es decir que, pese a que se sostenga que la resistencia puede ser considerada como un derecho o un deber, debido a que resulta complejo determinarlo con claridad en los ordenamientos jurídicos, se ha optado por considerarlo un asunto de los individuos ligado a la conciencia individual. Ahora bien, para que el sujeto pueda llegar a plantearse estas discrepancias es necesario que los individuos conozcan que sobre ellos se ejerce una cierta presión o que se desea imponer una medida y, además la idea

fuerza más poderosa del pensamiento, es decir, crear». DELEUZE, G., y GUATTARI, F., *Qu'est-ce que la philosophie?*, Les Éditions de Minuit, París, 1991, p. 63.

⁵⁴ MENGUE, Ph., *Faire l'idiote. La politique de Deleuze*, París, Germina, 2013.

de que esta resulta inconveniente. Son dos condiciones necesarias para la resistencia. El problema es que cuando tales medidas son psiocopolíticas, muchos sujetos no son conscientes de que se les está controlando y dirigiendo a que adopten ciertas decisiones inducidos a través de la psique, por lo que no pueden aplicar la resistencia (por medio de una acción o una omisión de carácter individual⁵⁵).

Por su parte, Fussaro, plantea el disenso frente a la obediencia. El disentir se identifica con ese «decir-que-no» al poder, a una situación dada o a una orden simbólica. Desde el mito arquetípico de la filosofía occidental, la caverna de la *República* de Platón, la libertad se concibe como un proceso dinámico de liberación de una situación injusta y de un marco ideológico considerado falso⁵⁶. El disenso, aunque se concreta políticamente en las figuras que derivan del mismo (rebelión, revolución, contestación, desobediencia, protesta, disidencia), es por su naturaleza un acto previo por lo que respecta a sus configuraciones políticas. No se agota en el rechazo o en la oposición, sino que niega para afirmar y destituye para reconstruir⁵⁷. Como dijo Tácito, «más quiero esa peligrosa libertad que una servidumbre tranquila⁵⁸».

Cuando el disenso se calla en una democracia, deberían de sonar las alarmas. Precisamente, «en el contexto de la moderna civilización tecnológica, donde las masas actúan cada vez más como cajas de resonancia de la ideología y son manipuladas para construir un consenso pasivo», la capacidad para disentir está debilitada y, si existe, se la obstaculiza mediante formas que van desde el silenciamiento hasta la persecución a través de los medios de comunicación de masas. Se acaba disciplinando el disenso y se le hace permanecer aprisionado en la conciencia del yo individual. En el modelo del Leviatán de Hobbes, el poder absoluto del Estado se extendía sobre los súbditos, pero no podía acceder a la conciencia del yo individual⁵⁹. Con las nuevas tecnologías, el poder no castiga los cuerpos, se apodera de las almas, y el siempre elogiado pluralismo de la aldea global se resuelve en un monólogo de masas que dicen lo mismo: aunque aparentan criticarlo, elogian el orden real y simbólico, tal y como Debord lo define, el «monólogo elogioso» del orden dominante, en su obra *Sociedad del Espectáculo*, en la que describe una sociedad moderna en la que

⁵⁵ VITALE, E., *Defenderse del poder. Por una resistencia constitucional*, Madrid, Trotta, 2012.

⁵⁶ FUSSARO, D., *op. cit.*, p. 14

⁵⁷ FUSSARO, D., *op. cit.*, p. 18

⁵⁸ La fábula de Fedro lo ilustra bien: un lobo flaco y hambriento encuentra a un perro bien nutrido pero atado; ante esa condición, el lobo prefiere seguir padeciendo hambre antes que perder su libertad e independencia. Ese disenso, como rechazo de la autoridad y del poder –político o eclesiástico, real o simbólico–, forma parte de la civilización occidental, desde Adán y Eva, pasando por Platón y llegando a Kant: «atrévete a saber».

⁵⁹ SCHMITT, C., *El Leviatán en la doctrina del estado de Thomas Hobbes*, México, Fontamara, 2008, p. 61.

«Todo lo que una vez fue vivido directamente se ha convertido en una mera representación»⁶⁰.

6. CONCLUSIONES

Las nociones de psicolítica y de psicopoder, como herederas respectivamente de la biopolítica y del biopoder, son especialmente ilustrativas para comprender los mecanismos (políticos, psicoanalíticos, sociales, etc.) que influyen en la normatividad (jurídica y moral) en la actual sociedad tecnológica. El jurista actual debe saber leer e interpretar qué subyace bajo las decisiones que adoptan los individuos, de manera que discierna críticamente si ofrece obediencia y se somete una determinado orden –como acaeció durante la pandemia– o sí, por el contrario, prefiere disentir (aunque a veces, tenga que obedecer, al menos, su capacidad crítica se mantendrá y su libertad –al menos de pensamiento– seguirá incólume-).

Si el consenso se construye sobre no pensar y ni siquiera advertir la necesidad de hacerlo, se acaba llegando a la distopía por la que Orwell había construido la «ortodoxia» en *1984*. La esclavitud se vive como si fuera libertad. Y ello porque el poder no se ejerce ahora siguiendo la forma tradicional autoritaria sino eliminando toda posible alternativa, de manera que solo cabe someterse a los dictados y leyes, pero al mismo tiempo, aparenta ser una libre elección. La racionalidad que opera en este tipo de tecnología no parece estar determinada por una estructura en la que prime tanto la consecución de los medios para obtener ciertos fines como la consideración ética de los valores que se persiguen. El reto es construir una racionalidad práctica que no se limite a ser un saber puramente instrumental, sino que incluya apreciaciones éticas respecto a los fines. Debe examinarse si las acciones que se realizan en el interior de una tecnología son racionales tanto desde el punto de vista instrumental como desde el punto de vista moral.

No hay que dejarse caer por la pendiente resbaladiza de los críticos apocalípticos tecnofóbicos de la sociedad, que viene a aunar tecnología con decadencia, según los cuales, la democratización de las tecnologías de masas equivale a una estupefacción de masas y a una relativa esclavitud de masas. Sin embargo, no ser derrotista no está reñido con estar alerta sobre la manipulación humana y social mediante los mecanismos de la sofisticada emocional, y las consecuencias que tendría tales como el conformismo, de modo que el Leviatán político sería vivido felizmente.

⁶⁰ Debord argumenta que la historia de la vida social se puede entender como «la declinación de ser en tener, y de tener en simplemente parecer». DEBORD, G., *Sociedad del Espectáculo*, trad. de José Luis Pardo Torío, Valencia, Pretextos, 2005.

El jurista del dato

The jurist of data

Por JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

RESUMEN

La inteligencia artificial transforma el derecho. No es solo un modo de facilitar la actividad jurídica. Tiene implicaciones epistemológicas y sociales. El derecho se reduce a datos y a cálculos. Prospera un jurista maquinal. Se empobrece la racionalidad jurídica. Se olvida que la clave del derecho no es el procesamiento de datos sino la creación de sentido.

Palabras clave: inteligencia artificial, datos, cálculo, resonancia, comunicación, sentido.

ABSTRACT

Artificial intelligence transforms law. It is not only a way of facilitating legal activity. It has epistemological and social implications. Law is reduced to data and calculations. A machinic jurist prospers. Legal rationality is impoverished. It is forgotten that the key of law is not data processing, but the creation of sense.

Keywords: artificial intelligence, data, calculus, resonance, communication, sense.

SUMARIO: 1. INSTALACIÓN. –2. RESONANCIA. –3. RELACIÓN. –4. DATOS. –5. SENTIDO. –6. MUNDO.

SUMMARY: 1. INSTALLATION. –2. RESONANCE. –3. RELATION. –4. DATA. –5. SENSE. –6. WORLD.

La inteligencia artificial no es solo un instrumento para hacer el derecho más manejable. Cambia nuestra forma de verlo y de trabajar con él. Condiciona el modo en que el profesional del derecho se imagina a sí mismo. Promueve un «jurista del dato». Y esto empobrece y distorsiona la racionalidad jurídica.

La proliferación del jurista del dato es un efecto más de la actual «psicopolítica»¹. El medio digital reprograma la mente de los juristas. No emplea la coacción: los seduce, suscita su entrega, incluso entusiasta. Se infiltra silenciosamente y modifica su horizonte intelectual. Produce juristas de formato reducido, conformistas y satisfechos, que se consideran profesionalmente realizados. Juristas productivos, enganchados a una maquinaria eficiente, con la arrogancia narcisista de quien domina las nuevas tecnologías.

1. INSTALACIÓN

La inteligencia artificial no consiste solo en la implantación de dispositivos electrónicos. Opera en un nivel más profundo: provoca un

¹ HAN, B. C., *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder*, trad. de A. Bergés, Barcelona, Herder, 2021, denomina así a un mecanismo de dominación que pretende «intervenir en la psique y condicionarla a un nivel prerreflexivo» (p. 24). Hay una «psicopolítica digital» (p. 24), una «industria de la conciencia» (p. 48) que trabaja para que la mente resulte «formateada» y reescrita» (p. 49). Se trata de «una “psicopolítica movida por datos”» y «algoritmos inteligentes» (p. 81). Es «una “política inteligente” que busca agradar en lugar de someter» (p. 52). Configura un «inconsciente digital» que actúa en lo profundo de la mente y la explota (p. 82). Como dice en Id.; Infocracia. La digitalización y la crisis de la democracia, trad. de J. Chamorro, Barcelona, Taurus, 2022, la digitalización «somete nuestra percepción, nuestra relación con el mundo y nuestra convivencia a un cambio radical» (p. 25). En Id.; *Vida contemplativa. Elogio de la inactividad*, trad. de M. Alberti, Barcelona, Taurus, 2023, reitera que «la digitalización produce el régimen de la información cuya “psicopolítica” vigila y controla la acción por medio de algoritmos e inteligencia artificial» (p. 95). Es una técnica de poder característica de las «sociedades de control», según la terminología de DELEUZE, G., «Post-scriptum sobre las sociedades de control», en Id.; *Conversaciones, 1972-1990*, trad. de J. L. Pardo, Valencia, Pre-Textos, 1995, pp. 277 ss., propias del mundo neoliberal del capitalismo financiero, que se distinguen de las tradicionales «sociedades de soberanía» y de las «sociedades disciplinarias» que estudió Foucault. Hay una correspondencia entre los tipos de sociedad y los tipos de máquinas que utilizan. Las sociedades de control ya no se sirven de «máquinas simples» ni de «máquinas energéticas»: actúan mediante «máquinas informáticas» (p. 282).

nuevo modo de «instalación» en la realidad². Modifica el modo de «encontrarse» en el mundo, nuestra relación «primaria» con la realidad, que es previa a toda reflexión, a toda conceptualización³.

Para trabajar «con» el derecho hay que estar ya «en» el derecho. Se actúa «desde» una instalación concreta. El jurista parte siempre de una particular instalación en la realidad, y específicamente en la realidad jurídica. Por eso las distintas épocas de la historia del derecho no se distinguen solo por sus instituciones y por sus normas sino, mucho más radicalmente, por su modo de instalación en lo jurídico y de instalación de lo jurídico. Las profesiones jurídicas proporcionan también modos específicos de instalación.

La inteligencia artificial, a la vez que se instala en los lugares de trabajo, se instala en la mente de los juristas. Y desde ahí induce una peculiar ubicación y orientación. Pudiera ser una instalación deficiente, que no esté a la altura de las posibilidades del pensamiento jurídico, que no tenga en cuenta las necesidades de las personas, que esté pensada más al servicio del sistema que de los individuos, que ignore problemas que plantea la nueva realidad digital.

Los avances tecnológicos pueden venir acompañados de una mentalidad rígida y estrecha que provoca un retroceso de la racionalidad jurídica. Puede que las nuevas facilidades operativas no solo simplifiquen tareas sino que además produzcan un «jurista simplista», más preocupado por acoplarse eficazmente a los nuevos dispositivos de la inteligencia artificial que por instalarse de modo inteligente en la sociedad. Contará con más medios tecnológicos pero con menos recursos epistemológicos.

Una de las funciones de la inteligencia es la «reducción de complejidad». Pero no es pasar de lo complejo a lo simple, sino sustituir una

² Para la noción de «instalación» cfr. MARÍAS, J., *Antropología metafísica*, Madrid, Alianza, 1995, pp. 79 ss. Puede concebirse también como una «estructura de emplazamiento» (*Gestell*), entendida no solo como una determinada ubicación o disposición sino además como una interpelación que solicita, demanda y provoca, en la línea de HEIDEGGER, M., «La pregunta por la técnica», en *Conferencias y artículos*, trad. de E. Barjau, Barcelona, Ediciones del Serbal, 1994, pp. 21 ss.

³ Define una posición y una actitud. Puede recordarse la noción de «disposición anímica» en HEIDEGGER, M., *Ser y tiempo*, trad. de J. E. Rivera, Madrid, Trotta, 2003, pues «el estado de ánimo ya ha abierto siempre el estar-en-el-mundo en su totalidad, y hace posible por primera vez un dirigirse hacia...» (§ 29, p. 161). La «disposición afectiva (*Befindlichkeit*)» es un presupuesto ontológico y no solo un temple anímico (*Stimmung*) de carácter psicológico (cfr. p. 158). Esto significa, en palabras de HAN, B. C., *No-cosas. Quiébras del mundo de hoy*, trad. de J. Chamorro, Barcelona, Taurus, 2021, que «antes de que el pensamiento se dirija hacia algo, “se encuentra” ya en una disposición anímica básica» (p. 53), que no se reduce a un estado subjetivo sino que configura la realidad. En tanto que abre el mundo puede decirse que «es el mundo». Es lo que «precede a la conceptualización» y «nos “hace” pensar» (p. 54). De otro modo «el pensamiento carece de un “marco organizador”» (p. 55).

complejidad por otra, más manejable y potente⁴. Puede que el jurista que prospera en entornos tecnológicos no sea suficientemente complejo.

Se parte siempre de una «imagen» del derecho, que proporciona el «fondo» de visión sobre el que se perfilan las demás figuras. El derecho se presenta antes como imagen que como concepto. Una «metafórica de fondo», activa y potente, condiciona nuestra visión del mundo y la sustenta⁵. También la podemos descubrir en el derecho.

Es muy distinto verlo como texto o verlo como máquina. Ante el derecho como texto el jurista se sitúa como lector. Lo interpreta y puede que tenga un margen para distanciarse de la literalidad. El lector es un «colaborador» del texto. Pero si lo ve como máquina se convierte en operario. Se inserta en el mecanismo e «ingresa como elemento funcional del engranaje»⁶. Se convierte en «hombre máquina»⁷. El lector parte del «distanciamiento»; la máquina exige «acoplamiento».

Cuando el derecho aparece como texto hay que hacerlo legible, hacer que hable, darle sentido para que dé una «respuesta». Muy diferente es cuando aparece como un panel de mandos e instrucciones, de teclas que hay que pulsar para activar el mecanismo y producir un «resultado».

Hay un jurista que, cuando desliza el cursor por la pantalla de su ordenador, se desplaza por la superficie de los textos pero ya no lee. El «cerebro lector», que ha sido uno de los principales factores de desarrollo del pensamiento jurídico, puede quedar atrofiado por el universo digital. La mente, habituada a trabajar exclusivamente con datos y no con estructuras de sentido, acaba perdiendo facultades para una interpretación inteligente.

Podríamos ir hacia una «sociedad descodificadora de información», que olvida «la naturaleza generativa de la lectura», que se vuelve incapaz de una lectura autónoma y potente, transformadora, que va

⁴ LUHMANN, N., *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de S. Pappé y B. Erker, Barcelona, Anthropos, 1998, advierte que «solo la complejidad puede reducir complejidad» (p. 49). Se trata de la «reducción de una complejidad por otra», que produce una «“diferencia” de complejidades» (p. 50).

⁵ BLUMENBERG, H., *Paradigmas para una metaforología*, trad. de J. Pérez de Tudela, Madrid, Trotta, 2003, p. 141.

⁶ *Ibidem*, p. 158.

⁷ Aunque hay que tener en cuenta que para La METTRIE, J. O. de; «El hombre-máquina», en *Obra filosófica*, edic. de M. Gras, Madrid, Editora Nacional, 1983, la clave de todo se halla en la maquinaria desconocida de la imaginación: «todo se imagina» (p. 221), «todo se concibe a través de la imaginación» (p. 222). No es una simple mecánica, como cuando «un geómetra ha aprendido a hacer las demostraciones y los cálculos más difíciles, como un mono...» (p. 219). SANTAYANA, G., *Los reinos del ser*, trad. de F. González, México, Fondo de Cultura Económica, 1985, decía que «un mundo de autómatas sin mente, como las *bêtes-machines* de Descartes, es un objeto violentamente artificial, concebido en puros términos matemáticos y mecánicos» (p. 391). Y nada se ganaría «si condenáramos la inteligencia, así como la imaginación, a sonar como un reloj, si no al silencio total», mediante una «tecnología de las artes mecánicas» (p. 396).

más allá de lo dado y forma nuevos pensamientos⁸. Se instauraría entonces un positivismo jurídico que no deriva tanto de la sumisión acrítica a la autoridad como de la incapacidad de leer.

Al perder comprensión lectora el cerebro se endurece. Disminuye su plasticidad, su capacidad de cambio. La mente se vuelve cerrada y rígida. Tiende hacia un «pensamiento computacional» y adquiere un «giro determinista». El trato con textos deja de ser «evocación de significado» y se reduce a «manipulación de datos legibles mecánicamente mediante una serie de reglas inequívocas»⁹.

El texto electrónico modifica la manera de leer y cambia la forma de pensar¹⁰. El nuevo modo de ser del texto reconfigura el derecho, y también al jurista, que tiene que reubicarse en un entorno digital. No es solo una cuestión de «soporte». La lectura electrónica induce una nueva relación con el derecho y con nosotros mismos como juristas, que tiene ventajas operativas pero también riesgos. El lector adherido al texto se comporta como un «usuario». El trato con el texto, en lugar de interpretación, será «tratamiento de textos». La conversión del derecho en base de datos no afecta solo al modo de archivarlo y de buscarlo sino también a su articulación y contenido. Deja de aparecer como estructura de significado, como palabra¹¹.

La escritura, por contraste con la oralidad, favorece una «disposición mental» que «eleva la conciencia» y provoca «una mayor interiorización y una mayor apertura». El texto escrito «liberó a la mente para el pensamiento más abstracto y original»¹². La escritura es una «tecnología del intelecto» que estimula el desarrollo cognitivo¹³. Habrá que estar atentos para que la tecnología digital no suponga un retroceso.

⁸ WOLF, M., *Proust and the Squid. The Story and Science of the Reading Brain*, Cambridge, Icon Books, 2010, pp. 226 y 17.

⁹ HILDEBRANDT, M., *Smart Technologies and the End(s) of Law*, Cheltenham, UK, Edward Elgar Publishing, 2015, pp. 183, 184 y 67.

¹⁰ DERRIDA, J., *La diseminación*, trad. de J. Martín Arancibia, Madrid, Editorial Fundamentos, 1975, decía de «la forma del libro», que «no se puede tocarla sin tocar todo» (p. 7). En Id., *Papel Máquina. La cinta de máquina de escribir y otras respuestas*, trad. de C. de Peretti y P. Vidarte, Madrid, Trotta, 2003, señala que «el nuevo espacio de la escritura y de la lectura de la escritura electrónica» (p. 26) provoca una «reestructuración» de la cultura y del saber» (p. 28).

¹¹ Ahora, como observa LANDOW, G. P., *Hipertexto. La convergencia de la teoría crítica contemporánea y la tecnología*, trad. de P. Ducher, Barcelona, Paidós, 1995, encontramos «un texto compuesto de bloques de palabras (o de imágenes) electrónicamente unidos en múltiples trayectos, cadenas o recorridos en una textualidad abierta» (p. 14), que «cambia radicalmente la forma en que existe el texto» (p. 228) y transforma al lector en usuario (cfr. pp. 73 y 221). Puede decirse, con BARTHES, R., *S/Z*, trad. de N. Rosa, México, siglo XXI Editores, 1980, que «este texto no es una estructura de significados, es una galaxia de significantes» (p. 3).

¹² ONG, W. J., *Oralidad y escritura. Tecnologías de la palabra*, trad. de A. Scherp, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, pp. 173 y 32.

¹³ GOODY, J., *La lógica de la escritura y la organización de la sociedad*, trad. de I. Álvarez Puente, Madrid, Alianza, 1990, p. 212.

En el derecho cuenta el «potencial de la palabra», no solo como instrumento neutro para transmitir datos y procesar información, sino también como destello que ilumina, que abre espacios de reflexión, de encuentro y de comunicación¹⁴. La «palabra» (*logos*) no aparece como objeto inerte ni como cápsula de significado sino como «semilla»¹⁵. La lectura no es entonces un mecanismo sino una «experiencia». Constituye un escenario de mediaciones, de alusiones, de reverberaciones, que surgen por medio del texto, que alimentan la corriente de la conciencia. Se diferencia de la inmediatez digital, de la sintaxis plana que establece conexiones pero carece de densidad textual, que no elabora profundidad, que ignora que una cita puede convertirse en incitación, que no repercute en el interior del sujeto.

El espacio digital no requiere propiamente de «sujetos». Basta con que haya operadores anónimos, impersonales, que inician dispositivos, introducen datos, manejan algoritmos, controlan procesos. Todo tiene que funcionar como si no hubiera nadie. Se aspira a automatizar al máximo, a reducir el «personal» y lo personal a lo imprescindible. El ideal es que no haya nadie. Pero la palabra es siempre de «alguien». Y sin palabra no habrá un jurista autoconsciente. Un jurista desprovisto de palabra deja de serlo y se reduce a experto computacional. Un derecho digital que no dé la palabra podría llegar a ser un derecho sin juristas. Bastaría con que hubiera técnicos informáticos y personal administrativo. Pero a eso ya no habrá que llamarlo derecho: es solo un manual de instrucciones.

2. RESONANCIA

El concepto de «resonancia» elabora una metáfora acústica para expresar un modo de estar en la realidad, una «posición en el mundo»¹⁶. No tiene tradición jurídica, pero permite abordar aspectos fundamentales del derecho y detectar problemas. Es «una relación específica entre dos cuerpos capaces de vibrar, en la cual la vibración de uno estimula la “autoactividad” (o la “autovibración”) del otro». Implica separación y autonomía de los elementos que intervienen pues «no puede hablarse de resonancia cuando los dos cuerpos están

¹⁴ Cfr. GADAMER, H. G., «Acerca de la verdad de la palabra», trad. de J. F. Zúñiga, en Id.; *Arte y verdad de la palabra*, Barcelona, Paidós, 1998, con especial referencia al derecho en pp. 26 y s. La palabra «implica una relación social» (p. 15).

¹⁵ Cfr. LLEDÓ, E., *El silencio de la escritura*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 100 ss.

¹⁶ ROSA, H., *Resonancia. Una sociología de la relación con el mundo*, trad. de A. E. Gros, Madrid, Katz Editores, 2020, p. 399. El *temple anímico* constituye «el eje primario de la resonancia entre sujeto y mundo» (p. 489), «el *a priori* categorial de la existencia social del ser humano», que está condicionado por formaciones sociales, culturales e institucionales (p. 483).

completamente acoplados y los movimientos de uno generan reacciones lineales y mecánicas». Surge cuando «la vibración de un cuerpo estimula la vibración del otro en su “propia frecuencia”»¹⁷. De modo que «los dos cuerpos de un vínculo de resonancia hablan con su respectiva “voz propia”»¹⁸.

Por lo tanto «la resonancia se diferencia estrictamente de formas de interacción (lineales) causales o instrumentales (en el sentido de acoplamiento mecánico), en las cuales el contacto como influencia forzada genera un efecto rígido que puede predecirse con exactitud». No estamos ante un engranaje en el que no hay estimulación ni vibración. Y «no debe confundirse en sentido literal ni figurado con el *eco*», que «carece de voz propia» y «aparece de manera mecánica y sin variación»¹⁹. La resonancia «no es una relación de eco, sino de respuesta»²⁰. La «capacidad de contradicción» es «un presupuesto de las relaciones de resonancia», y «solo ellas le permiten al sujeto encontrar una “respuesta” en el mundo que sea más que un eco»²¹.

Las «“experiencias” de resonancia» son «un modo determinado de relación entre un sujeto y un segmento específico del mundo» conectados por un «hilo vibrante». Cuando se estabilizan dan lugar a «“ejes” de resonancia». En torno a ellos se constituyen «espacios de resonancia»²².

Con la racionalización de la sociedad se tiende a reemplazar las relaciones resonantes por relaciones mecánicas. La modernización es «un proceso que intenta volver “disponible” el mundo», hacerlo «dominable» y «calculable», y «descansa en fundamentos mecánicos»²³. Pero «la resonancia es en última instancia incompatible con la idea del “dominio” intelectual, técnico, moral y económico del mundo porque solo es posible cuando se acepta –o incluso se afirma– a otro como indisponible e irreductible», como alguien «que jamás puede ser asimilado completamente y que siempre alberga la posibilidad de la “contradicción”»²⁴.

La modernidad provoca un «desplazamiento estructural e institucional» de la «orientación a la resonancia» a la «orientación al incremento»²⁵. La lógica del rendimiento y del incremento (con sus imperativos de aumento de productividad, aceleración de procesos,

¹⁷ *Ibidem*, p. 215.

¹⁸ *Ibidem*, p. 216.

¹⁹ *Ibidem*, p. 218.

²⁰ *Ibidem*, p. 227. La «capacidad de respuesta» (*Responsivität*) es un concepto decisivo. Cfr. Id.; *Lo indisponible*, trad. de A. Gros, Barcelona, Herder, 2020, pp. 52-53.

²¹ Id.; *Resonancia*, cit., p. 248. Advierte que «la resonancia no debe confundirse con la “consonancia” o la “armonía”» (p. 241).

²² *Ibidem*, p. 225.

²³ *Ibidem*, pp. 421 y 425.

²⁴ *Ibidem*, p. 444.

²⁵ *Ibidem*, p. 483.

optimización) dificulta las relaciones de resonancia. Se pretende dominar la realidad, ajustarla a parámetros, y no se la deja hablar. Las vibraciones se consideran interferencias, se bloquean y se sustituyen por vínculos rígidos con el mundo.

La digitalización pretende ampliar la «disponibilidad» del mundo para que no esté «a más de uno o dos *clicks* de distancia»²⁶. Se buscan soluciones que lleguen en pocos segundos, con solo apretar un botón. Pero la respuesta obtenida por resonancia no puede ser inmediata. No puede estar completamente programada. Hay que elaborarla. Hay que dar tiempo para que los elementos implicados se interpeleen y se pongan en vibración. Y la relación resonante suscita dinamismos imprevistos. La excitación recíproca llega a ser transformadora²⁷. Es «constitutivamente indisponible» porque no se puede anticipar lo que ocurrirá. Sus efectos «no pueden calcularse ni dominarse»²⁸.

También el derecho es un campo de resonancia. Su aportación a la sociedad tiene mucho que ver con su «capacidad de resonancia» y con su «sensibilidad a la resonancia». La lógica jurídica es, en los momentos decisivos, una «lógica de la resonancia». El derecho configura ámbitos de resonancia densos y fuertemente interactivos (por ejemplo en la interpretación de las normas, en los procedimientos para tomar decisiones, en el juego de los principios). Hay instituciones que exigen del jurista una «disposición resonante». La misma idea de justicia es un resonador muy potente. Sería desastroso que predominara un jurista carente de «experiencias resonantes»²⁹.

La materia jurídica no es solo un bloque de información que hay que procesar siguiendo instrucciones, sino también un cuerpo resonante que hay que hacer vibrar. Hay que pulsar y agitar las normas, interpelearlas, ponerlas en tensión, provocar fricciones y «repercusiones». Habrá que explorar la resonancia interna del derecho, para activarlo y estimularlo, para que pueda dar lo mejor de sí mismo. Entonces no solo aparece como prescripción sino también como sugerencia, como fuente de inspiración y de imaginación.

El ordenamiento es una caja de resonancia. La acústica del derecho está destinada a que el ruido del mundo pueda penetrar en su interior y transformarse. La resonancia interna del derecho está en función de su resonancia externa. Se apaga si no es capaz de tender hilos vibrantes con su entorno. Las instituciones no podrían funcionar si no establecieran ejes de resonancia con sus correspondientes segmentos de mundo.

²⁶ Id.; *Lo indisponible*, cit., p. 111.

²⁷ La resonancia hace posible una «asimilación transformadora (*Anverwandlung*)» de la realidad, a diferencia de la mera «apropiación (*Aneignung*)». Cfr. las notas del traductor en Id.; *Resonancia*, cit., p. 26 y *Lo indisponible*, cit., pp. 38 y s.

²⁸ Id.; *Lo indisponible*, cit., pp. 60 y 61.

²⁹ Las expresiones en cursiva proceden de ROSA, H., aunque no las emplea en el ámbito jurídico, que presenta más bien como contrario a la resonancia. Se limita al aspecto rígido e impositivo del derecho.

El derecho digitalizado no puede perder su «cualidad resonante». La informática no puede provocar un silenciamiento y reducirlo a conexiones mudas y sordas entre normas. Pero el jurista del dato pierde oído. El dato (fáctico o normativo) ya no suscita vibraciones. Es solo un elemento para efectuar cálculos. Se convierte en un jurista operativo y adaptativo, inercial. Pierde también voz para dirigirse al derecho e interpelarlo.

Todo derecho avanzado es dialógico. El jurista tiene que intervenir como interlocutor y establecer una «relación de respuesta». Si fuera solo un operador se produciría una regresión. Dejaría de ser un ciudadano para convertirse en súbdito.

3. RELACIÓN

No es lo mismo ver el derecho como «aparato» calculable que como *medium* de relaciones. En el primer caso es como una máquina que habría que optimizar para obtener el mejor resultado, en el menor tiempo, al menor coste. La solución jurídica aparece como un «producto» mecánico y podría ser automática. Quizá pueda adquirirse en un centro comercial.

Pero hay situaciones complejas que requieren situarse en actitud de «escucha» y «respuesta», involucrarse en procesos resonantes que son relaciones entre personas que hablan con voz propia. Es preciso deliberar, contrastar opiniones, examinar posibilidades, innovar. Para ello se necesitan escenarios institucionales, técnicas para desenvolverse en terrenos no programados y tiempo suficiente. Son procesos arriesgados de trabajo con la incertidumbre, de elaboración activa y de implicación personal. Nada tienen que ver con un procesamiento maquinal, ni mucho menos industrial. Los resultados no son «productos» sino «respuestas». No dependen la capacidad de cálculo del sistema ni de su productividad sino de su «capacidad de respuesta». Y por eso tienen una dimensión de responsabilidad.

Que la respuesta jurídica no pueda ser inmediata no hay que entenderlo primariamente en un sentido temporal sino lógico, al modo de Hegel, con su incesante juego de inmediatez y mediación. El derecho se construye por medio de momentos transformadores. Desde su creación hasta su aplicación requiere procesos de mediación. En todos ellos el factor humano es imprescindible.

La lógica jurídica no pertenece al cálculo sino a la dialéctica. Es una lógica procedimental, en la que, además de contar con datos, es preciso desencadenar procesos abiertos. Para conocer su resultado tienen que desarrollarse efectivamente pues hay algo imprevisible en ellos.

De ahí que la aplicación sea una fase peculiar de la dinámica jurídica, con exigencias específicas. Requiere percepciones y valoraciones que pueden ser muy complejas. Sólo los que desconocen el dere-

cho creen que no añade nada, que es un apéndice no sustancial, meramente adjetivo. Únicamente en casos elementales puede descansar en automatismos. La digitalización logra un derecho accesible, pero no necesariamente disponible. La puesta en práctica no es simple ejecución («implementation»).

Hay además una cuestión decisiva: la exigencia de justicia. El derecho es impensable sin relación con la justicia. Aunque su concreción pueda ser controvertida es un poderoso «resonador» de deseos, de aspiraciones, que agita el derecho y lo pone en vibración. El ideal de justicia ilumina y trastorna. Aporta el exceso de lo inalcanzable, la inadecuación con respecto a lo dado, la audacia renovadora. Siempre será posible un derecho mejor, una decisión mejor, un mundo mejor.

Los ideales despiertan la dinámica del deseo, que es específicamente humana. El deseo no se puede programar. Es significativo «nuestro fracaso en el intento de producir una inteligencia artificial capaz de “desear”», que parece algo «totalmente inconcebible». Ahora «sabemos que los robots pueden ser muy creativos e innovadores: generan patrones y conexiones nunca vistas y encuentran soluciones a los problemas que nunca se nos hubieran ocurrido a nosotros». Pero «no pueden “desear”, y esto a pesar de que sea posible otorgarles objetivos predeterminados y programarlos para que los busquen por sí mismos». El deseo, referido a algo que «no poseemos por completo o no podemos controlar totalmente», suscita una relación de respuesta³⁰.

La justicia no es un objeto, no es un dato: es un ideal que condensa la energía impulsora del derecho. Tiene un fondo incalculable y no programable. Habrá que manejar datos, programar, calcular (pues «la justicia incalculable “ordena” calcular»), pero provoca una inquietud permanente³¹. Puede que, insatisfecha con el derecho, reclame otros datos, otros programas, otros cálculos.

Cuando el derecho aparece ante todo como dato y la actividad jurídica como cálculo hay que comenzar a preocuparse. Si lo vemos como dato ya no lo vemos como discurso. Son enfoques muy distintos. El dato es *factum*, el discurso es *ratio*. El discurso exige una aproximación discursiva, mientras que el dato reclama una actitud operativa y nos sitúa en el terreno del cálculo. Entonces el derecho deja de ser texto. Los escritos jurídicos se convierten en hojas de cálculo y los procedimientos jurídicos en fases de cálculo.

Con un texto o con un ideal se puede establecer una «relación», pero no con una fórmula o con un programa informático. El jurista digital no se relaciona con el derecho, solo se conecta. En el medio

³⁰ Id.; *Lo indisponible*, cit., p. 150.

³¹ DERRIDA, J., *Fuerza de ley. El fundamento místico de la autoridad*, trad. de A. Barberá y P. Peñalver, Madrid, Tecnos, 1997, p. 64.

digital «las “relaciones” son reemplazadas por las “conexiones”»³². El jurista conectado carece de interlocutor. Y sin el poder de la relación no podrá haber pensamiento jurídico. Pues el derecho no piensa cosas, piensa relaciones³³.

Ver el derecho como un conjunto de datos para hacer cálculos es muy distinto que considerarlo como interlocutor para entablar relaciones. Calcular es seguir instrucciones operativas, mientras que el diálogo se mueve libremente, explora, desafía. El jurista digital se convierte en un «hombre de números» porque trabaja como los que lo hacen con números. Deja de ser un «hombre de palabra». Quizá ya no debemos llamarle letrado. Y los datos no tienen la última palabra, ni pueden dar con la palabra justa en el momento adecuado.

Calcular no es propiamente «pensar»³⁴. Se puede calcular automáticamente, pero no se puede pensar automáticamente. El cálculo «sigue un curso rectilíneo», mientras que el pensamiento puede ser «retorcido y sinuoso». Los procedimientos de cálculo son repetitivos, mientras que los caminos del pensamiento son novedosos y sorprendentes. Además «el pensar tiene un carácter lúdico»³⁵. El derecho son reglas de juego, aunque generalmente se atiende más a su aspecto reglado que a las posibilidades de jugar creativamente con él.

4. DATOS

Surge ahora una nueva versión del positivismo jurídico, caracterizada por el «dataísmo», que algunos presentan como la filosofía emergente de nuestro tiempo. Se cree que la posibilidad de acumular enormes cantidades de datos y operar con ellos abre caminos nuevos y prometedores en todos los ámbitos. También en el derecho, que aparece como un flujo de datos que puede ser procesado³⁶.

³² HAN, B. C., *La expulsión de lo distinto. Percepción y comunicación en la sociedad actual*, trad. de A. Ciria, Barcelona, Herder, 2018, p. 62.

³³ Para KANT, I., *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de A. Cortina Orts y J. Conill Sancho, Madrid, Tecnos, 1989, I, §11, pp. 75 ss., ni siquiera los derechos reales se pueden plantear como relaciones con cosas, sino entre personas.

³⁴ HEIDEGGER, M., *Identidad y diferencia*, trad. de H. Cortés y A. Leyte, Barcelona, Anthropos, 1990, invoca «el tiempo del pensar, que es diferente al del calcular, que hoy tira en todo lugar de modo violento de nuestro pensar», como ocurre con «la máquina del pensar (*Denkmaschine*)», que calcula pero no piensa (pp. 95-97).

³⁵ HAN, B. C., *La desaparición de los rituales. Una topología del presente*, trad. de A. Ciria, Barcelona, Herder, 2020, p. 107.

³⁶ Tal como lo expone SARRA, C., *Il mondo-dato. Saggi su dataficazione e diritto*, Cleup, Padua, 2019, la dataficación (*datafication*) es la traducción en datos de fenómenos de la experiencia. Los datos son representaciones simbólicas manipulables y la «“producción” de datos» consiste en la extracción de ciertos aspectos de la realidad con vistas a operaciones de cálculo (p. 32). Pero algo que no es nuevo, pues es característico de la metodología científica, adquiere ahora dimensiones desconocidas, unido a la digitalización y a los ordenadores. El dataísmo (*dataism*) sostiene que «la

Pero esto no es tan nuevo. Se retoma una actitud que proviene del positivismo de la primera mitad del siglo XIX: «la reducción de la realidad a “hechos”, la del conocimiento a “datos y cifras”». Éste es el origen de «la tendencia hoy dominante», que «no procede de los recursos electrónicos», aunque los avances técnicos «no han hecho más que facilitarla». Por más que la filosofía posterior hubiera criticado este reduccionismo, se retrocede a «una mentalidad superada desde comienzos del siglo XX». Junto con la tecnología más avanzada se instala un notable «arcaísmo» y «primitivismo intelectual»³⁷.

El problema surge cuando se cree que todo son datos, que todo es mensurable y cuantificable. El imperativo de nuestro tiempo es que «se ha de convertir todo en datos e información»³⁸. Se percibe la realidad principalmente en términos de información, como conjunto de datos. El derecho, que había sido texto y sistema, en la era digital se vuelve base de datos. El jurista, que tradicionalmente había sido lector e intérprete, se hace experto computacional. Si el realismo jurídico norteamericano se entusiasmó con el derecho como ingeniería social, ahora habría que considerarlo «ingeniería de datos».

Y el «régimen de la información» acaba erosionando la racionalidad jurídica³⁹. Crea una situación en la que «el discurso se sustituye por los datos» y «se desintegra en información». Se implanta una «racionalidad digital» que prescinde del discurso en beneficio de la computación, en la que «los algoritmos sustituyen a los argumentos»⁴⁰. La decisión jurídica se vuelve «datacrática»⁴¹.

datificación constituye el horizonte último desde el que repensar la totalidad de la experiencia». De este modo «el ser se hace *data flow*» (p. 48). En la era del *big data* se supone que la obtención de grandes masas de datos junto con potentes instrumentos técnicos para manejarlos amplía enormemente nuestra capacidad de conocimiento y de acción. Se aspira a un mundo guiado por datos (*data-driven world*), a una «sociedad datificada», gobernada por tecnologías de la información (p. 17). Esto constituye, cuando menos, una propuesta «ideológica» y «una “retórica” de la cientificidad y de la objetividad de los datos para alimentar formas particulares de manipulación y control social» (p. 48). En nombre de la optimización de procesos este enfoque penetra en el derecho y «modela» la construcción jurídica (p. 16). Las instituciones «se releen a la luz del paradigma dato-céntrico» (p. 50) y «es posible ver ‘datificadas’ incluso las categorías jurídicas consideradas hasta ahora fundamentales» (p. 51). Esto tiene alcance cognitivo y epistemológico, además de consecuencias sociales. Se produce una reestructuración («*reframing*», p. 50) de la experiencia jurídica. El desarrollo del derecho dependería de su capacidad de elaborar datos y de su potencia de cálculo.

³⁷ MARÍAS, J., *Cara y cruz de la electrónica*, Madrid, Espasa-Calpe, 1985, pp. 75 y 76.

³⁸ HAN, B. C.; *Psicopolítica*, cit., p. 75.

³⁹ HAN, B. C.; *Infocracia*, cit., denomina así a «la forma de dominio en la que la información y su procesamiento mediante algoritmos e inteligencia artificial determinan de modo decisivo los procesos sociales, económicos y políticos» (p. 9).

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 58, 73 y 59.

⁴¹ Expresión tomada de KERCKHOVE, D. de; «La decisione datacratica», en Carleo, A. (Ed.); *Decisione robotica*, Bologna, Il Mulino, 2019, pp. 97 ss.

El derecho no aparece como sistema sino como masa de datos⁴². Su conversión en datos se distingue del «análisis» de Ihering, que lo descompone en sus elementos simples, que luego habrá que sintetizar, recomponiendo las instituciones⁴³. Ahora hay un análisis sin síntesis. Es un almacén de datos disponibles para efectuar conexiones.

La extracción de datos los desgaja de su contexto originario y dejan de estar articulados entre sí. Es un material normativo atomizado y disperso. Se ha desmontado un mundo jurídico que pretendía ser compacto, al que se atribuía incluso la compenetración de un organismo vivo, lo cual se correspondía con la densidad del sentido que parecía recorrerlo.

Se instaura una especie de puntillismo jurídico, en el que la vertebración del derecho se desdibuja. Las figuras jurídicas difuminan sus contornos. El derecho pierde textura. Se pulveriza en multitud de puntos, elementos heterogéneos pero situados en un plano homogéneo, indiferente, carente de profundidad. Las instituciones no serían más que paquetes de datos, conglomerados normativos (*clusters*).

Y, por lo que respecta a los datos de hecho, siempre son selectivos. Ofrecen una determinada visión, un cierto perfil, con una orientación⁴⁴. Los *data* son *capta*⁴⁵. Aun dando por supuesto que sean ciertos o fiables, tienen que ser relevantes. La «obtención de datos» se efectúa con vistas a realizar ciertas operaciones. Es el paso previo para un «tratamiento de datos».

En el *big data* se recogen grandes cantidades de datos para el aprendizaje de la máquina, pero tienen que ser suficientemente representativos del conjunto que se quiere analizar. En procedimientos automáticos para facilitar la toma de decisiones el tipo de datos que se tiene en cuenta determina el sesgo de los algoritmos.

En todo caso los datos son solo el punto de partida para el pensamiento. Una vez que tenemos los hechos (*quaestio facti*) y la normativa aplicable (*quaestio iuris*) hay que preguntarse cómo entenderlos y qué hacer con ellos. Y para eso hace falta deliberar y decidir. Los datos son las premisas, pero la decisión no es un dato. No está dada. Hay que tomarla.

⁴² KANT, I., *Crítica de la razón pura*, trad. de P. Ribas, Madrid, Alfaguara, 1989, distingue explícitamente el sistema de la acumulación. No es una «adición fortuita», no está «amontonado» sino «articulado», A 833, B 861 (p. 647).

⁴³ Cfr. IHERING, R. von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, trad. de E. Príncipe y Satorres, Granada, Comares, 1998, § XLIV, pp. 541 ss.

⁴⁴ La obtención de datos y su digitalización simplifica la realidad. Como señala CARCATERRA, A., «*Machinae* autonome e decisione robotica», en Carleo, A. (Ed.); *Decisione robotica*, cit., «para poder tratarse con métodos algorítmicos, es decir mediante una secuencia no ambigua de operaciones finitas, la información relativa a los datos debe empobrecerse necesariamente» (p. 39). Y se produce una «distorsión» cuando se fragmenta en datos el *continuum* de la experiencia (p. 40).

⁴⁵ Cfr. SPENCER-BROWN, G., *Laws of Form*, New York, Dutton, 1979, pp. XXVI-XXVII, que cita a R. D. Laing.

Decidir significa etimológicamente cortar. Hay que zanjar el asunto, interrumpir la deliberación, poner punto final a una argumentación que podría prolongarse, que puede no ser concluyente. La decisión propiamente dicha no viene dada por lógica. Ni los datos ni la lógica deciden por nosotros. Es preciso asumir la carga y la responsabilidad de la decisión, que no es la solución a un problema lógico ni el resultado de un programa. En situaciones complejas no es cálculo de datos, concatenación de certezas, sino «absorción de incertidumbre»⁴⁶. La información de que se dispone nunca es suficiente.

No hay que permanecer en el dato sino avanzar mediante el dato y a través del dato. Hay que incorporarlo a una dinámica y para eso hace falta «construir conceptos capaces de movimiento intelectual»⁴⁷. Por más que el dato sea vinculante no tiene que convertirse necesariamente en anclaje, ni incrustarse en un esquema fijo o en un proceso determinista.

Hay datos que pueden ser «desplazadores» (*shifters*⁴⁸). En vez de aferrarse a ellos se usan para deslizarse⁴⁹. Se convierten en puntos de apoyo para insertarse y sostenerse en una dinámica⁵⁰. Pueden servir también para trazar líneas de fuga que estructuran el espacio mental y lo dotan de perspectiva, que incluso lo proyectan hacia algo que está fuera⁵¹.

Expresándolo al modo hegeliano, hay que avanzar desde el nivel inmediato de la «representación» (*Vorstellung*, es decir, de aquello que tenemos delante) hacia el «pensamiento». Por medio de la «reflexión» los datos se transforman en pensamientos y se alcanza un «conocimiento pensante» (que se distingue de una actividad mera-

⁴⁶ Cfr. LUHMANN, N., *Organización y decisión*, trad. de D. Rodríguez Mansilla, México, Herder y Universidad Iberoamericana, 2010, pp. 219 ss.

⁴⁷ DELEUZE, G., *Conversaciones*, cit., p. 195.

⁴⁸ Término tomado de JAKOBSON, R., *Ensayos de lingüística general*, trad. de J. M. Pujol y J. Cabanes, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 307 ss.

⁴⁹ Cfr. ROMANO, S., «Glissez, mortels, n'appuyez pas», en *Fragmentos de un diccionario jurídico*, trad. de S. Sentís y M. Ayerra, Granada, Comares, pp. 139 ss.

⁵⁰ Cfr. DELEUZE, G., *Conversaciones*, cit., sobre la dinámica del *surf*, pp. 194 y 282.

⁵¹ Para Id., «Control y devenir», en *Conversaciones*, cit., «una sociedad no se define tanto por sus contradicciones como por sus líneas de fuga» (p. 269). En Deleuze, G. y Parnet, C., *Diálogos*, trad. de J. Vázquez, Valencia, Pre-Textos, 2004, dice que «en una sociedad lo primero son las líneas, los movimientos de fuga que [...] son constitutivos del campo social puesto que trazan [...] todo el devenir» (p. 153). Precisa que «la creación siempre se produce sobre una línea de fuga», sobre la que se «construye un plano de consistencia» (p. 154). Sin embargo, un derecho informatizado, carente de aperturas, puede convertirse en un espacio hermético y sofocante de repeticiones, de reproducción incesante de las mismas operaciones.

mente operativa⁵²). O, como decía Fichte, se avanza desde el «reflejo» a la «reflexividad», de lo reproductivo a lo productivo⁵³.

La *mechanical jurisprudence* se limita a conectar datos⁵⁴. Pero es preciso que la reflexión impregne el derecho, que se abran espacios de pensamiento, que no se rigen por datos sino por ideas. Los datos son insuficientes. Son las ideas, y no la acumulación de datos, lo que permite «entender» de qué se trata y «decidir» cómo proceder.

Las sociedades avanzadas requieren un derecho intensamente reflexivo. Los engranajes fundamentales del derecho tienen que ser «reflexionantes», y no solo «determinantes»⁵⁵. Se necesita fomentar un «trato reflexivo con el derecho»⁵⁶. La inteligencia artificial jurídica no debería ir en detrimento de la «inteligencia reflexiva», que solo puede ser humana⁵⁷. Tendrá que colaborar con ella e incluso orientarse hacia ella, facilitando su labor.

El pensamiento reflexivo aborda los datos con ideas. Los datos se convierten en «sugerencias». Datos e ideas «constituyen los dos factores indispensables y correlativos de la actividad reflexiva». Los datos son «el material que hay que interpretar y explicar». Las ideas son «las soluciones sugeridas». Los datos se obtienen por observación. Pero las ideas surgen «por anticipación, por suposición, por conjetura, por imaginación», pues se relacionan «más con lo “posible” que con lo real». Son las que hacen posible un «juicio de datos», las que exigen la «recogida de nuevos datos», las que permiten resolver problemas⁵⁸.

⁵² HEGEL, G. W. F., *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio. Para uso de sus clases*, trad. de R. Valls Plana, Madrid, Alianza, 1997, advierte que «el espíritu “que piensa” solamente “pasando por” el representar y aplicándose “sobre” él, avanza hasta el conocimiento pensante y el concebir» (§ 1, p. 100). Y «para experimentar lo “verdadero” de los datos [...] es preciso “reflexionar”», lo que permite «transformar en “pensamientos”» las representaciones (§ 5, p. 104).

⁵³ FICHTE, J. G., *Doctrina de la Ciencia*, 1811, trad. de A. Ciria, Madrid, Akal, 1999, p. 188.

⁵⁴ POUND, R., *Las grandes tendencias del pensamiento jurídico*, trad. de J. Puig Brutau, Granada, Comares, 2004, criticaba a esos juristas decimonónicos que «pusieron su fe en un sistema cerrado de reglas desarrolladas por una lógica inflexible y mecánicamente administradas», que vivían en «la creencia en un Derecho que operaba mecánicamente por sí solo». No tenían en cuenta «la actividad creadora» que «se apropia de materiales ya existentes y les da forma adecuada» para que puedan atender a las nuevas necesidades sociales (p. 151).

⁵⁵ Es una terminología tomada de KANT, I., *Crítica del Juicio*, trad. de M. García Morente, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, Introducción, IV, pp. 105 ss.

⁵⁶ HABERMAS, J., *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p. 524.

⁵⁷ MEAD, G. H., *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*, trad. de F. Mazía, Barcelona, Paidós, 1999, epígrafe 13, pp. 127 ss., trata de este tipo de inteligencia, que opone a la «inteligencia irracional», puramente reactiva.

⁵⁸ DEWEY, J., *Cómo pensamos: La relación entre pensamiento reflexivo y proceso educativo*, trad. de M. A. Galmarini, Barcelona, Paidós, 2007, pp. 115, 174 y 172.

Los datos nos son dados como «propuestos» (por más que sean hechos acaecidos o normas vinculantes). En esto nos distinguimos de los animales y de las máquinas. Pues «lo que caracteriza al hombre y le diferencia del animal no es simplemente encontrarse con las cosas que están ahí, sino que las cosas estén “ante” él». De modo que «no es que las cosas estén puestas con el hombre, sino que le están propuestas». Por eso puedo «proponerme» hacer algo con ellas⁵⁹.

La acción humana no es reacción sino «proyecto». Téngase en cuenta que «si la situación del animal es una inmersión en las cosas, la situación del hombre es estar a “distancia” de ellas», incluso «estar “frente” a ellas», aunque «entre ellas, no sin ellas». El pensamiento surge en esa «situación de distancia y contacto con las cosas», como un modo de afrontar la realidad⁶⁰.

La reducción del saber a datos es muy empobrecedora. Así lo expresaba Marías: «Los datos no son nunca saber; “son elementos para el saber”, es decir, para “saber a qué atenerse”. Los datos aislados o simplemente acumulados no son saber. Únicamente en conexión articulada, componiendo una figura, proporcionan conocimiento». Y añadía: «Esto quiere decir que ningún aparato, por perfecto que sea, sabe nada. El que sabe es el hombre que lo utiliza, el cual tiene que “pensar”, inexorablemente, es decir, hacer funcionar esos datos en una estructura, de manera que respondan a una pregunta con sentido y ocupen su puesto en un sistema coherente». De ahí que sea preciso dar «el paso decisivo, específicamente humano, que consiste en “pensar”»⁶¹. De este modo se avanza desde una sociedad de la información a una sociedad del conocimiento.

5. SENTIDO

Cuando convertimos el derecho en datos lo reducimos a información. Los datos son contenedores de información. Son una especie de objetos. Si no vemos más que datos olvidamos todo lo que no es ni se comporta como un objeto, especialmente el sentido, que no es un dato sino un enlace, aquello que articula e interpreta los datos.

Los datos son puntos fijos, definidos y constatables, pero el sentido es problemático, es un fluido inestable. Los argumentos tampoco son datos, sino esquemas transmisores y productores de sentido. La racionalidad no es un dato, sino una facultad creadora y configuradora de datos. Claro está que el derecho trabaja con datos, pero la clave está en todo aquello que no es dato: cómo se generan, cómo se interpretan, cómo se manejan, qué efectos tienen.

⁵⁹ ZUBIRI, X., *Naturaleza*, Historia, Dios, Madrid, Alianza, 1987, p. 283.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 372 y 373.

⁶¹ MARÍAS, J., *Cara y cruz de la electrónica*, cit., pp. 56 y 57.

Las reglas pueden ser datos, pero no los principios, que no son puntos sino líneas de fuga, vectores que estructuran el espacio jurídico, lo dotan de perspectiva y lo proyectan más allá de sí mismo. Trazan un horizonte, crean una atmósfera envolvente, proporcionan una nueva luz. No son objetos.

Los datos están disponibles, sin embargo el sentido ni siquiera está dado. Tiene que ser construido. Cada operación jurídica es productora de sentido. Trabajar con el derecho implica darle un sentido. Aunque las normas y las instituciones no estén desprovistas de sentido, esto no ahorra el esfuerzo de actualizarlo, de recrearlo, de revivirlo en su aplicación. Los datos están ahí, pero el sentido es inestable y cambiante. Siempre se está regenerando. El derecho no se entiende sin una «auto-poiesis» de sentido⁶².

El dato se presenta, está en el presente, pero el sentido se asoma al futuro: es «proyecto». De ahí que tenga un componente imaginativo. El dato es cuestión de percepción, o de captación. Puede requerir una heurística compleja. Un ordenador puede tener potentes motores de búsqueda, pero no puede «proyectar». Puede proponer distintas configuraciones de datos, resultado de un *ars combinatoria*; puede ofrecer borradores de documentos. Pero no puede avanzar más allá de la «imaginación reproductiva» y alcanzar el nivel de la «imaginación productiva»⁶³. Ésta es una facultad exclusivamente humana, precisamente la que ha inventado los ordenadores, que no se puede trasladar a las máquinas.

El dato se constata, mientras que el sentido se descubre y se inventa. Para la tópica jurídica el derecho es *ars inveniendi*⁶⁴. En la antigüedad *inventio* significaba, encuentro, hallazgo. Hoy significa más bien creación. En todo caso ambos aspectos se dan simultáneamente: el encuentro con el derecho exige una creación de sentido.

El jurista del dato se pliega dócilmente a esquemas de sentido incrustados en los programas que maneja, a las instrucciones implícitas en los algoritmos. Es un jurista operativo, que calcula pero que no piensa. La informática facilita su trabajo, pero puede atrofiar su racionalidad. Es un profesional pasivo, aunque sea hiperactivo. Maneja el poder de repetición del derecho, pero no su potencial innovador. Produce redundancias, pero no novedades. Podrá ser habilidoso, pero no creativo.

Puede haber algo engañoso en este «derecho disponible» que se presenta como una masa de datos susceptible de digitalizarse para efectuar cálculos, automatizarse e incrementar su rendimiento. Las

⁶² Cfr. para este concepto LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., pp. 56 s.

⁶³ Cfr. KANT, I., *Crítica de la razón pura*, cit., B 152, p. 167. La imaginación «productiva» es «espontaneidad», mientras que la «reproductiva» se limita a operar con las leyes de la «asociación».

⁶⁴ Cfr. VIEHWEG, T., *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Madrid, Taurus, 1986, pp. 46 y 63.

instituciones se van pareciendo cada vez más a dispositivos que habrá optimizar e incluso explotar económicamente. El sujeto de derecho se está viendo a sí mismo como un usuario de programas, con todas las ventajas de las aplicaciones *on-line*. El operador jurídico se considera un servidor del sistema operativo, al que está acoplado como si fuera un terminal informático.

La inteligencia artificial puede provocar un vacío de sentido, pues «los datos y los números no son narrativos, sino aditivos», mientras que «el sentido, por el contrario, radica en una narración»⁶⁵. Es un relato, un argumento. El nervio de cualquier derecho que no se limite a ser mera imposición, sino que aspire a tener razón, es la argumentación.

El pensamiento no reside en el dato sino en el «concepto», que capta y agarra los datos, que los incorpora a una unidad de sentido⁶⁶. El silogismo jurídico no es aditivo (una ecuación en la que A más B es igual a C) sino una totalidad integrada, un acorde de sentido⁶⁷. La jurisdicción no es un procesamiento digital sino un proceso dialéctico, que se desenvuelve con una lógica narrativa. La decisión jurídica no el resultado de un cálculo sino la conclusión de un razonamiento, el desenlace de un proceso.

El pensamiento jurídico es radicalmente conceptual. No extraña que la gran dogmática decimonónica recibiera el nombre de «jurisprudencia de conceptos» (aunque fuera despectivamente, por los partidarios de la jurisprudencia de intereses). Reivindicaba el concepto frente al simple comentario exegético. Para Savigny la clave era la «idea» y no el dato normativo⁶⁸. El jurista es un pensador. Desde el concepto irá a los datos, para entenderlos, articularlos sistemáticamente y si es preciso completarlos.

Kant distinguió entre *cognitio ex datiis* y *cognitio ex principiis*⁶⁹. El jurista carente de principios, que solo maneja datos, opera de modo superficial. Podría reprocharse a la ingeniería jurídica del *big data* que

⁶⁵ HAN, B. C., *Psicopolítica*, cit., p. 77. Desde este punto de vista «la numeración no es una narración» (p. 79).

⁶⁶ «Concepto» deriva de *capere*, así como *Begriff* deriva de *greifen*, términos que significan coger, agarrar, capturar.

⁶⁷ En un enfoque hegeliano, dirá HAN, B. C., *Psicopolítica*, cit., que «el silogismo no es una “adición”, sino una “narración”» (p. 90). Es el despliegue del «concepto».

⁶⁸ Cfr. SAVIGNY, M. F. C. de; *Tratado de la posesión según los principios del derecho romano*, edic. de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2005, § 9, pp. 65 ss. KANT, I., *Crítica de la razón pura*, cit., había visto el sistema como «la unidad de los diversos conocimientos bajo una idea», siendo la idea un «concepto racional», A 832, B 860 (p. 647).

⁶⁹ Cfr. *Ibidem*, cit., A 836, B 864 (p. 649). Conocimiento por principios es «aquél en el que, por medio de conceptos, conozco lo particular en lo universal», A 300, B 357 (p. 301). Pone como ejemplo el deseo de los juristas de «buscar, en vez de la infinita variedad de las leyes civiles, sus principios», A 301, B 358 (p. 302).

«es (como la cabeza de madera en la fábula de Fedro) una cabeza, que puede ser hermosa, pero que lamentablemente no tiene seso»⁷⁰.

El *big data* proporciona solo una forma muy elemental de conocimiento: la correlación. Pone a nuestra disposición «un conocimiento rudimentario, a saber, correlaciones en las que no se “concibe” nada» pues «carece de concepto»⁷¹. Y «según la lógica de Hegel, la correlación representa la forma más baja de saber»⁷². No hay comprensión. No hay propiamente «pensamiento».

Está claro que el *big data* «se queda en las correlaciones y el reconocimiento de patrones, en los que, sin embargo, nada se “comprende”». De este modo «la inteligencia artificial nunca alcanza el nivel conceptual del saber» pues «no “comprende” los resultados de sus cálculos». Y calcular no es «pensar»: «El cálculo se diferencia del pensamiento en que no forma conceptos y no avanza de una conclusión a otra»⁷³. No extraña entonces que la euforia de la inteligencia artificial pueda «estrechar el espacio de pensamiento»⁷⁴.

6. MUNDO

Frente al positivismo de los datos y la identificación de la aplicación del derecho con una «aplicación» informática, habrá que recordar que para la filosofía hermenéutica el derecho es sentido y se mueve en horizontes de sentido. Y el sentido no proviene de fórmulas ni de algoritmos sino de la palabra entregada al diálogo. Habrá que recordar también que para la teoría de la argumentación el derecho son razo-

⁷⁰ Id.; *La Metafísica de las Costumbres*, cit., *Introducción a la doctrina del derecho*, § B, p. 38. En *Fedro, Fábulas esópicas*, edic. de E. Baeza Angulo, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2011, Libro I, 7, afirma la zorra al contemplar una máscara de tragedia: «¡Cuánta belleza sin cerebro!» (p. 11). El jurista del dato tiene solo la figura, la apariencia (*species*), pero no la sustancia: carece de seso (*cerebrum non habet*).

⁷¹ HAN, B. C., *Psicopolítica*, cit., p. 90.

⁷² Id.; *No-cosas*, cit. p. 57. La «correlación» consiste en que «A ocurre a menudo junto a B», pero «no se sabe “por qué” sucede esto», de modo que «indica probabilidad, no necesidad». El siguiente nivel del saber es la «acción recíproca»: «A y B se condicionan mutuamente» y «se establece una conexión necesaria entre A y B», pero «aún no se “comprende”» (pp. 57-58). Como dice HEGEL, G. W. F., *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse*, 1830, en *Werke*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1992, Vol. 8, lo que ocurre resulta todavía «completamente incomprensible». Sólo cuando se llega al nivel del concepto se comprende, puesto que los elementos implicados «se reconocen como momentos de un tercero, superior, que es el concepto» (añadido al § 156, p. 302). Precisa que «el concepto es lo inherente a las cosas mismas, por medio del cual son lo que son, y, por lo tanto, comprender un objeto significa ser consciente de su concepto» (añadido al § 166, p. 318). Estos textos, tomados de los apuntes de clase, no se recogen en la edición de la Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio anteriormente citada.

⁷³ HAN, B. C., *No-cosas*, cit., pp. 58 y 59.

⁷⁴ Id.; *Psicopolítica*, cit., p. 53.

nes, de un tipo de racionalidad que no es computacional sino que pertenece a eso que denominamos lo razonable.

Y en ambos enfoques hay un requisito imprescindible: la presencia de un interlocutor, sin el cual no es posible hablar ni razonar. La «palabra razonable» proviene del hombre, no de la máquina. La inteligencia artificial se sitúa en un plano que es ajeno a la palabra. El lenguaje de la máquina no es «palabra» ni hace posible el diálogo. Detrás de la pantalla no hay nadie.

En la soledad del teletrabajo, el jurista frecuenta más la compañía de los ordenadores que la de los hombres o la de los libros, en sintonía con una sociedad individualista, pobre en interacción. Invirtiendo los términos del tópico ciceroniano «*ubi societas, ibi ius*», el derecho digital tiende a ser un *ius* desprovisto de *societas*, de dimensión comunitaria.

El jurista digital no es un sujeto hablante. No dice nada, solo teclea. Ignora «el medio lingüístico, mediante el que se concatenan las interacciones y se estructuran las formas de vida», que es «el que hace posible a la razón comunicativa», orientada hacia un «entendimiento intersubjetivo»⁷⁵. Pero «el lenguaje es conversación, y ésta no tiene que ver con datos». Por eso «el lenguaje de programación no es una lengua» sino un «aparato», una «herramienta» que se aplica a datos. Es «un sistema de referencia que ni trabaja con ideas ni provoca ideas»⁷⁶.

Incluso desde una perspectiva de teoría de sistemas hay una diferencia fundamental entre el «procesamiento electrónico de datos» y la «comunicación». Los sistemas computacionales «se pueden traspasar recíprocamente los resultados de su trabajo bajo la forma de ‘datos’». Pero eso no es comunicación, entendida no como transferencia de datos sino como «construcción de sentido» mediante una síntesis de información, transmisión y comprensión⁷⁷.

Al operador jurídico, técnicamente muy preparado pero deficientemente socializado, el derecho le llega como dato, desprovisto de toda consideración referente a interacción humana, a las formas de vida, a la realidad social. Dato escueto y aislado, descontextualizado, en su desnuda facticidad, extraído de una base de datos. Un dato que contiene información, pero que no cuenta nada, mientras que el sentido está cargado de relatos, de historia, de memoria, y también de proyectos y deseos.

El simple dato que se desliza por la pantalla no es un «dato de la sensación», que trae marcas de vida y deja huella, que conlleva matices y escorzos, que impregna⁷⁸. No llegar a ser el ingrediente de una

⁷⁵ HABERMAS, J., *Facticidad y validez*, cit., p. 65.

⁷⁶ GADAMER, H. G., *El giro hermenéutico*, trad. de A. Parada, Madrid, Cátedra, 1998, pp. 230 y 231.

⁷⁷ LUHMANN, N., *Organización y decisión*, cit., pp. 432 y 433.

⁷⁸ Cfr. HUSSERL, E., *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, trad. de J. Gaos, Madrid, Fondo Cultura Económica, 1993, pp. 83 y 94.

vivencia. Tampoco «excita a la mente» ni la «informa» (o conforma), como «cuando los datos, gracias a su clara determinación, obligan al ojo y a la imaginación a seguir nuevas sendas y a ver nuevas relaciones»⁷⁹. Es una «señal» abstracta y plana. Mero destello electrónico, dispuesto para efectuar conexiones con otros datos, para rellenar aplicaciones que antes llamábamos formularios, para poner en marcha programas que antes llamábamos gestiones. Un dato que ya no es movido por el pensamiento, sino por la mano.

La informatización puede provocar un «empobrecimiento del mundo». El jurista se sienta cómodamente ante su ordenador y se va aislando, pues «la pantalla es muy pobre en mundo y realidad». Nos deja «sin nada enfrente, sin un “tú”», sin la mirada y la llamada inquietante del «otro» y sin la responsabilidad de construir la dimensión del «nosotros». Con los objetos digitales no es posible establecer una «relación» propiamente dicha. Nos movemos exclusivamente entre «conexiones», en una «superficie informativa» abstracta, con lo que el pensamiento «pierde profundidad e intensidad, cuerpo y volumen»⁸⁰.

Y tampoco se puede pensar jurídicamente sin ponerse en «situación». El pensamiento jurídico es situacional pues «lo que es justo no se determina por entero con independencia de la situación que me pide justicia»⁸¹. Y «la situación no presenta el carácter de un mero objeto que hace que sea suficiente el conocimiento de los datos objetivos para saber a qué atenerse»⁸². Es preciso «comprender» la situación, pero un ordenador no podrá captar «las exigencias concretas que emanan de una determinada situación» y «acertar con lo adecuado en una situación concreta». Para eso no basta con el «saber técnico»: se requiere una «consideración reflexiva» y una «compresión» adecuada⁸³.

La realidad virtual amortigua la resonancia del mundo. Todo parece disponible, calculable, predecible. Pero si no le alcanza la vibración de la sociedad el derecho pierde su «cualidad resonante» y no podrá ofrecer respuestas adecuadas. La realidad social le golpea con sus disonancias, sus interferencias, su estrépito. Y lo mejor del pensamiento jurídico ocurre cuando, expuesto a ello, logra extraer orden del ruido (según el principio *order from noise* de Foerster⁸⁴). El espacio silencioso de la informática, sus mensajes modulados, sus voces simuladas y monótonas, poco tienen que ver con lo que está fuera.

⁷⁹ SANTAYANA, G., *El sentido de la belleza. Un esbozo de teoría estética*, trad. de C. García Trevijano, Madrid, Tecnos, 1999, p. 123.

⁸⁰ HAN, B. C., *No-cosas*, cit., pp. 71, 72 y 75,

⁸¹ GADAMER, H., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de A. Agud y R. de Agapito, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1984, p. 389.

⁸² Id.; *Verdad y método II*, trad. de M. Olasagasti, Salamanca, Ediciones Sígueme, 1994, p. 161.

⁸³ Id.; *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, cit., pp. 384, 388 y 394.

⁸⁴ Cfr. MORIN, E., *Sociología*, trad. de J. Tortella, Madrid, Tecnos, 1995, p. 101 y Luhmann, N., *Sistemas sociales*, cit., p. 203.

Produce un vacío aséptico en el que apenas se percibe el leve rumor de la máquina.

La inteligencia artificial posee además un efecto absorbente. Focaliza la atención y atrapa. Nos ocupamos de que el mecanismo funcione, esperamos que no se bloquee, confiamos en saber manejarlo. Involucrada en programas informáticos nuestra propia inteligencia se adapta, se mimetiza, necesita hacerse compatible con ellos y se pone a su nivel.

Puede que la inteligencia artificial nos haga menos inteligentes, pues «la inteligencia de las máquinas entraña el peligro de que el pensamiento humano se asemeje a ella y se torne él mismo maquinal»⁸⁵. El «jurista maquinal» padece un estrechamiento mental. Será muy habilidoso en el manejo de programas. Pero no encontraremos en él la grandeza, la sensibilidad, la inventiva, la complejidad y sutileza que han sido el orgullo de los juristas.

Si perdemos el contacto con la realidad, si nuestro mundo jurídico se reduce a datos y programas informáticos, quizá tengamos que volver a leer a un Ihering que echaba de menos la vida, que proclamaba que no es la lógica sino la vida lo que tiene que guiarnos⁸⁶. La inteligencia humana se desarrolla al aire libre, viviendo, afrontando los desafíos de la vida. El saber jurídico siempre está en relación con la experiencia de la vida. La «experiencia jurídica» forma parte de la vida, y no es solo pericia en técnicas normativas o programas informáticos⁸⁷.

⁸⁵ HAN, B. C., *No-cosas*, cit., p. 60.

⁸⁶ IHERING, R. von, *El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo*, cit., advertía: «Se desconoce la esencia misma del derecho, y se incurre en un error completo queriendo, en nombre de la lógica, hacer de la jurisprudencia las matemáticas del derecho. La vida no debe plegarse a los principios, sino que éstos deben modelarse sobre aquella. No es de ningún modo la lógica, es la vida, son las relaciones, el sentimiento jurídico, quienes reclaman lo que debe ser, y la necesidad o imposibilidad lógica nada tienen que ver con ello» (§ LXIX, p. 1020).

⁸⁷ La noción de «experiencia jurídica» se encuentra ya en GURVITCH, G., *Elementos de sociología jurídica*, edic. de J. L. Monereo, Granada, Comares, 2001, pp. 256 ss. Fue central para CAPOGRASSI, G., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, Giuffrè, 1962. La actividad jurídica no es solo producto del pensamiento abstracto: no se puede desconectar de la experiencia humana y por ello exige «pensar humanamente» (p. 246). El derecho es un «mundo de la experiencia» (p. 10), el dato normativo remite a una «forma concreta de experiencia» (p. 9), el pensamiento jurídico elabora «datos de la experiencia» (p. 13). La experiencia jurídica no se puede aislar en sí misma puesto que «presupone “todas” las formas de la experiencia práctica» (p. 185). El «intelecto» (con su lógica formal) tiene que «vivir y trabajar en la experiencia y para la experiencia» (p. 164). Por su parte Díez-PICAZO, L., *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*, Barcelona, Ariel, 1993, dirá que el derecho, a diferencia de una concepción puramente normativista, «no es una formalización abstracta y general» que impone universalmente «modelos preestablecidos», sino «fundamentalmente un conjunto de experiencias vividas, que en la mayor parte de los casos son experiencias existenciales de decisiones o de series de decisiones sobre concretos conflictos de intereses» (p. 8).

Por otra parte la práctica jurídica entendida como manejo de datos instauro un pensamiento plano, uniforme y repetitivo, que reproduce lo dado (*datum*) y lo estadísticamente probable. Excluye la discontinuidad, la ruptura, la novedad. No hay lugar para lo diverso, lo raro o lo único. Permanece en lo homogéneo, en «la comunicación llana de lo igual», pues se busca calcular con rapidez y «la comunicación alcanza su máxima velocidad allí donde lo igual reacciona a lo igual», mientras que lo extraño y lo singular perturba y ralentiza⁸⁸. Pero la actividad jurídica no puede instalarse en el automatismo de la repetición⁸⁹.

El *big data*, con sus correlaciones de probabilidad estadística, es «ciego ante el acontecimiento» y «ciego ante el futuro». Pues, «no lo estadísticamente probable, sino lo improbable, lo «singular», el «acontecimiento» determinará la historia, el “futuro” humano»⁹⁰. En el *big data* no emerge nada nuevo. No hay dinámica: solo cálculo.

El término «inteligencia» deriva de *inter-legere*, y significa «elegir entre». Y como la inteligencia artificial está vinculada al dato, «solo elige entre “opciones dadas de antemano”». Sólo «aprende del pasado», por lo que «el futuro que calcula no es un futuro en el sentido propio de la palabra»⁹¹. Reproduce maquinalmente el pasado. En su automatismo no «pasa» nada. Pero el auténtico futuro es la irrupción del «porvenir», de la novedad que está por venir. No es el tiempo de la repetición, sino de la sorpresa. Es la llegada de otro tiempo que desplaza el presente y da inicio a algo nuevo. No es el tiempo sincrónico del cálculo satisfecho, al que le salen las cuentas, sino de lo que nos desconcierta, reclama otro cálculo o nos enfrenta a lo incalculable⁹².

No se puede olvidar que «el pensamiento humano es más que cálculo y resolución de problemas», que «“despeja e ilumina” el mundo»

⁸⁸ HAN, B. C., *Psicopolítica*, cit., p. 105.

⁸⁹ Observa LUHMANN, N., *Sistemas sociales*, cit., que la reproducción del sistema no se basa en la «simple repetición» sino en una «producción reflexiva» que genera diferencias (p. 68). El sistema «está formado por elementos inestables» (p. 67). Y «hay una inquietud inherente al sentido», que «se obliga a sí mismo al cambio» (p. 81). En Id.; *El derecho de la sociedad*, trad. de J. Torres Nafarrate y otros, México, Universidad Iberoamericana, 2002, apunta que «la repetición es un proceso significativamente más difícil y más diferenciado que el puro acto de copiar» (p. 414), pues, «a diferencia del puro repetir, en las repeticiones se tendrá en cuenta la diferencia de las situaciones» (p. 414, nota 33).

⁹⁰ HAN, B. C., *Psicopolítica*, cit., p. 97.

⁹¹ Id.; *No-cosas*, cit., p. 59.

⁹² DERRIDA, J., *Fuerza de ley*, cit., plantea una justicia «que está “por venir”», que «“es” por venir», que abre «un “por-venir” que habrá que distinguir rigurosamente del futuro» (p. 63), que produce «un acontecimiento (que como tal excede el cálculo, las reglas, los programas, las anticipaciones, etc.)» (p. 64). En Id.; *Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*, trad. de J. M. Alarcón y C. de Peretti, Madrid, Trotta, 1995, se refiere a una justicia que desajusta el derecho (cfr. pp. 41 y s.), que impulsa «“a través” pero, por lo tanto, “más allá” del derecho» (p. 196).

e incluso «hace surgir un mundo “completamente diferente”»⁹³. Pero, aunque no sea un mundo nuevo, al menos algún cambio favorable puede producirse mediante una actividad jurídica guiada no solo por datos y algoritmos sino también por el pensamiento.

⁹³ HAN, B. C., *No-cosas*, cit., p. 60.

Internet para escépticos.
¿Erosiona la Red el Estado de derecho?

*Internet for Skeptics.
Does the Net undermine the Rule of Law?*

Por RAFAEL RODRÍGUEZ PRIETO
Universidad Pablo de Olavide

RESUMEN

El desarrollo de internet en los últimos años ha sido espectacular. Con la explosión del internet de las cosas (IoT) el procesamiento de datos incrementa su complejidad, pero también sus beneficios. No obstante, en la última década han surgido periódicamente noticias que nos muestran una serie de efectos de esta tecnología, alejados de la visión casi mítica que siempre ha tenido y que pudiera afectar a elementos básicos de nuestra democracia. En este trabajo se señalan tres de los principales retos que tienen nuestros Estados democráticos de derecho. El primero es el de los datos y la forma en qué son procesados. El segundo es el uso de la tecnología de la información para la vigilancia de la ciudadanía con el uso de instrumentos que vulneren las garantías contempladas por los derechos fundamentales. Finalmente, la manera en que internet impacta en la formación y educación cívica. Se finalizarán con unas breves conclusiones donde se contemplarán algunas propuestas.

Palabras clave: internet, Estado de derecho, democracia, derechos fundamentales, big data.

ABSTRACT

The development of the Internet in recent years has been spectacular. With the explosion of the Internet of Things (IoT) data processing increases

its complexity, but also its benefits. However, in the last decade news have appeared periodically that show us a series of effects of this technology, far from the almost mythical vision that it has always had and that could affect key elements of our democracy. I point out three of the main challenges facing our democratic states of law are pointed out in this paper. The first is that of the data and the way in which they are processed. The second is the use of information technology for the surveillance of citizens with the use of instruments that violate the guarantees contemplated by fundamental rights. Finally, the way in which the Internet impacts civic training and education. They will end with some brief conclusions where some proposals will be considered.

Keywords: internet, rule of law, democracy, basic rights, big data.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. ¿ESTADO DE DERECHO EN CUESTIÓN? – 3. BIG DATA Y ESTADO DE DERECHO. – 4. CONTROL TECNOLÓGICO. – 5. EDUCACIÓN CÍVICA. – 6. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. RULE OF LAW IN QUESTION? – 3. BIG DATA AND RULE OF LAW. – 4. TECHNOLITIC CONTROL. – 5. CIVIC EDUCATION. – 6. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN¹

Donald Trump acaba de ser arrestado por la policía. La imagen se ha difundido casi al instante de publicarse y va por más de siete millones de reproducciones en Twitter. Se correspondería con una de las noticias del año, si no fuera porque es falsa. Eliot Higgins la creó utilizando la inteligencia artificial. No es posible diferenciar una imagen real de otra que es una falsificación². También sucede con vídeos. Hay películas y series capaces de rejuvenecer a sus protagonistas, como parece que sucederá en la siguiente película de Indiana Jones. No sería la primera vez. De hecho, ya ha acaecido en series y películas del universo Star Wars. Esta noticia coincide con la popularización de la versión beta de ChatGPT y las noticias sobre su uso por estudiantes.

¹ Esta investigación ha sido financiada por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) y por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad, de la Junta de Andalucía, en marco del programa operativo FEDER Andalucía 2014-2020. Objetivo específico 1.2.3. «Fomento y generación de conocimiento frontera y de conocimiento orientado a los retos de la sociedad, desarrollo de tecnologías emergentes») en marco del proyecto de investigación de referencia UPO-1380664. Porcentaje de cofinanciación FEDER 80 %.

² <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-65069316>

Curiosamente, la preocupación que ha trascendido ha sido en relación a los trabajos que los alumnos realizan en las universidades e institutos. Es como ver llover y pensar que la principal consecuencia será que se mojen las palomas.

Las implicaciones que una herramienta de inteligencia artificial (IA) como esta o similar (Google ha desarrollado otra) y su uso en buscadores como Bing son sumamente preocupantes. Así, esta IA no solo puede cambiar la experiencia que tenemos sobre nuestras búsquedas en internet; también puede significar una destrucción masiva de puestos de trabajo, especializados o no. Además, podría suponer que todo el conocimiento acumulado durante siglos se ponga al servicio de herramientas privadas y empresas con ánimo de lucro que cuentan con la inversión y dinero suficiente para extraer todo el rendimiento. Las redes neuronales que articulan estas inteligencias artificiales hacen de ellas enfoques parciales e interpretar el mundo, tal y como sucede con los algoritmos. Precisamos herramientas formativas que nos permitan tratar este avance tecnológico desde una óptica democrática, a la vez que le realizamos las preguntas adecuadas para obtener el mayor beneficio.

La IA necesita de una ingente cantidad de datos para funcionar. Esa información se ha incrementado de forma extrema con el internet de las cosas (IoT). Un ejemplo del que todos hemos oído hablar es cuando un apacible pueblo inglés prohibió al coche de Google que se paseara por sus calles, con el fin de incorporar las fotos a su herramienta Google Street View. Lo que podía haber sido un motivo de burla, o de tachar a sus ciudadanos como pueblerinos protestones, pasó a ser un caso interesante de verdadera conciencia ciudadana cuando la Comisión Federal Alemana para la Protección de Datos mostró que los vehículos de Street View no solo tomaban fotos, sino que también recopilaban datos de *routers* que encontraban sin encriptar³.

Hace unos meses, Xnet puso sobre la mesa la desprotección de los autónomos con menos recursos en un informe en que señalaron que aquellos con ingresos más bajos y que ponen su domicilio personal y su teléfono en los datos que les solicita la Agencia Tributaria para su inscripción en el censo de actividades económicas, los encuentran luego en herramientas de búsqueda legales como Einforma o Axesor⁴. Xnet además subrayaba la injusticia que supone que, en contraste, sea cada vez más complicado obtener información de grandes empresas.

El desarrollo de internet ha traído incontables beneficios en todos los ámbitos de la sociedad. Sin embargo, no se puede caer en su miti-

³ V. Ross, A., «How Big Tech Built the Iron Cage» *The New Yorker*, April, 2019, <https://www.newyorker.com/culture/cultural-comment/building-the-digital-iron-cage>

⁴ <https://xnet-x.net/es/abusos-ambito-laboral-venta-datos-autonomos/> V. <https://elpais.com/tecnologia/2022-12-20/un-agujero-legal-abre-al-publico-los-datos-personales-de-decenas-de-miles-de-autonomos.html>

ficación, ya que su avance entraña también riesgos para derechos fundamentales y para los propios Estados de derecho. Este trabajo identifica una serie de retos que justifican esta idea y la necesidad de una intervención pública decidida en este ámbito de la realidad. La propia UE ha desarrollado en los últimos meses dos reglamentos que se dirigen a regular algunos de los elementos de internet que generan más preocupación⁵, complementando al Reglamento de Protección de Datos. En concreto se ha tratado de establecer ciertas obligaciones a las grandes empresas de internet (Reglamento de Mercados Digitales) y promover un entorno digital más seguro (Reglamento de Servicios Digitales⁶).

En este trabajo se señalan tres de los principales retos que tienen nuestros Estados democráticos de derecho. El primero es el de los datos y la forma en qué son procesados. El tratamiento de datos es una preocupación máxima del legislador, como ha quedado expresado tanto en la jurisprudencia de tribunales nacionales e internacionales, como en la legislación. El segundo es la utilización de la tecnología de la información para la vigilancia de la ciudadanía con el uso de instrumentos que vulneren las garantías contempladas por los derechos fundamentales. Finalmente, la manera en que internet impacta en la formación y educación cívica. Estos tres riesgos se encuentran vinculados entre sí y deberían ser contemplados en cualquier actuación estructural de los Estados democráticos en internet. Los Estados tienen una serie de obligaciones con sus ciudadanos con el fin de salvaguardar derechos fundamentales. Así, la propia UE en su reciente reglamento sobre servicios digitales, afirma que «las obligaciones armonizadas de diligencia debida, que deben ser razonables y no arbitrarias, son necesarias para cumplir los objetivos de interés público que se hayan determinado, como la salvaguardia de los intereses legítimos de los destinatarios del servicio, la lucha contra las prácticas ilícitas y la protección de los derechos fundamentales consagrados en la Carta (35⁷)».

⁵ Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital (Ley de Mercados Digitales) {SEC(2020) 437 final} – {SWD(2020) 363 final} – {SWD(2020) 364 final} y Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE {SEC(2020) 432 final} – {SWD(2020) 348 final} – {SWD(2020) 349 final}. Ambos reglamentos han sido publicados con posterioridad a esta investigación. Aunque hay alguna referencia, será necesario un estudio específico sobre cada uno de ellos para analizar su impacto en los retos y riesgos identificados.

⁶ Esta legislación contribuye a establecer un cierto control sobre las grandes empresas de la Red, las denominadas Big Tech o gigantes tecnológicos y a tratar de reducir contenido ilícito en la Red. No es el objeto de este trabajo y son anteriores a la redacción de la ponencia para las Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política, pero se puede señalar que, en principio, adolecen de un enfoque estructural del problema y, sobre todo, de una legislación realmente ambiciosa en la protección de derechos fundamentales en el ciberespacio.

⁷ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825>

A cualquier persona le alarmaría que alguien recopilara los datos de su vida laboral, su número de cuenta corriente, la comida que consume, sus horarios diarios o preferencias de índole personal. ¿Es que no sería lógico denunciar a esa persona por intromisión ilegítima en nuestra intimidad? ¿Y si le explicarán que no era intencional y que lo eliminarán, cabría creerlo o se exigirían garantías? El derecho debiera ofrecer una respuesta a tales desafíos y no permitir una erosión de las bases de los Estados de derecho o su colonización por regulaciones laxas propiciadas y diseñadas para preservar prioritariamente los intereses de diversos tipos de entes de la Red. Al mismo tiempo, se debe garantizar que los Gobiernos no van a usar esta tecnología para erosionar o vulnerar derechos fundamentales de los ciudadanos. La infraestructura material de internet o su cuerpo físico y su regulación, junto con su propiedad, son elementos que hace de esta cuestión un complejo desafío que impacta directamente en los Estados constitucionales.

Internet, su regulación, y su futuro diseño político, económico o social reviste un buen número de problemas y matices que la hace un significativo reto para las sociedades donde se garantizan una serie de derechos básicos. Las dictaduras y regímenes más o menos autoritarios no se tienen que enfrentar a estas dificultades. La pregunta sobre el internet que queremos y la construcción de un internet que asuma los principios y valores democráticos constituyen una tarea inaplazable.

2. ¿ESTADO DE DERECHO EN CUESTIÓN?

El pasado mes de agosto de 2022, Meta –compañía propietaria de Facebook o Instagram– alcanzó un acuerdo extrajudicial con los usuarios que presentaron una demanda colectiva en su contra por haber violado su privacidad. De acuerdo a la versión de los demandantes, Meta compartió sus datos personales sin su consentimiento⁸ con la empresa británica de investigación de mercados *Cambridge Analytica*. Todo ello, se realizó con la excusa de realizar una investigación académica. Sin embargo, en realidad, los datos se utilizaron como un mecanismo de hacer más eficaz la propaganda electoral e incidir sobre los votantes mediante estrategias de microfocalización. A finales de ese mismo año, se supo que Meta pagaría 725 millones de dólares. No era la primera vez que respondía sobre este caso. La Comisión Federal de Comercio (FTC) y la Comisión de Bolsa y Valores de Estados Unidos (SEC) multó a Facebook con 5.000 y 100 millones de dólares en 2019⁹. Esta estrategia fue utilizada en la campaña a la presidencia

⁸ En concreto, tuvo acceso a los datos de 87 millones de usuarios de Facebook.

⁹ La FTC requirió a Facebook cambios en su organización con el fin de mejorar la privacidad de sus usuarios. Lo que llama la atención y justifica este requerimiento

de Donald Trump. Nunca sabremos el grado de influencia que tuvieron en su elección. Lo que podemos intuir es que este tipo de acuerdos pueden poner precio a la obtención de unos buenos resultados electorales y a la irresponsabilidad de una compañía con ganancias de más de 117 mil millones, lo que constituyó un incremento de sus beneficios del 36 % respecto a 2020¹⁰.

El caso de la red social TikTok es también significativo. Esta compañía es propiedad de la empresa china ByteDance, una de las más potentes del sector en el país asiático. Ha sido objeto de controversia en EE. UU. o en la UE, por la transferencia de datos a China. Además, se ha reconocido, gracias a la legislación europea en materia de protección de datos¹¹, que algunos de sus trabajadores podían acceder a los datos de los usuarios en remoto. Desde una perspectiva geoestratégica, es llamativa esa transferencia masiva de información que se correspondería además con los de buena parte de las nuevas generaciones de jóvenes europeos o estadounidenses. Pero no solo eso. Hay un detalle más que resulta muy relevante. Mientras que la versión china de TikTok se muestran contenidos básicamente educativos y el tiempo de uso a los menores de 14 años está limitado a cuarenta minutos diarios, la versión occidental tiene contenidos muy diferentes y ciertamente, no muy formativos y, a veces, con resultados trágicos¹². Junto con esta preocupación sobre los datos de los jóvenes, la Comisión Europea ha seguido a EE. UU. en la prohibición de que su personal utilice TikTok¹³.

es que los datos llegaron a Cambridge Analytica sin que se vulnerara la regulación interna de Facebook y cuando esta tuvo conocimiento de que no se estaban usando de acuerdo a la finalidad para la que se habían solicitado, tampoco se aseguró de que su eliminación se llevara a cabo.

¹⁰ V. SHVARTSMAN, D., «Facebook: The Leading Social Platform of Our Times», <https://www.investing.com/academy/statistics/facebook-meta-facts/>

¹¹ En concreto, Reglamento de Protección de Datos por la UE (Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos. Llama la atención que el objetivo principal del reglamento (13) sea garantizar la eficiencia del mercado en lo referido a la circulación de datos personales en el mercado interior. Se trata de lograr un objetivo esencialmente de carácter mercantil que precisa de protección de derechos fundamentales con el fin de proporcionar «seguridad jurídica y transparencia a los operadores económicos, incluidas las microempresas y las pequeñas y medianas empresas, y ofrezca a las personas físicas de todos los Estados miembros el mismo nivel de derechos y obligaciones exigibles y de responsabilidades para los responsables y encargados del tratamiento, con el fin de garantizar una supervisión coherente del tratamiento de datos personales y sanciones equivalentes en todos los Estados miembros». (RODRÍGUEZ PRIETO, R. *Desafíos jurídico-políticos de internet*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 25).

¹² Los retos entre adolescentes y niños en TikTok son muy habituales. No son extrañas las muertes por los retos que se viralizan en esta red social.

¹³ El respaldo tecnológico de Oracle y el compromiso de TikTok de almacenar todos los datos de los usuarios estadounidenses en servidores alojados dentro de Estados Unidos les ha posibilitado continuar operando en EE. UU., aunque los políticos y

Estos dos ejemplos recientes nos sitúan ante tres de los desafíos más destacables de internet a las sociedades donde se garantizan derechos fundamentales y existen Gobiernos representativos. En primer lugar, sería el reto de los datos. ¿Cómo controlar o vigilar de forma eficaz que no son usados con una finalidad diferente a la esperada o vulnerando la privacidad de los ciudadanos? ¿Hasta qué punto banalizar conquistas como el derecho a la privacidad puede erosionar las bases de nuestra convivencia? El segundo de los desafíos, que se extrae de estos casos, es el del control del poder de ciertos Estados y corporaciones sobre la vida diaria de la ciudadanía o sobre procesos electorales en Estados democráticos liberales¹⁴ o de los propios partidos, que puedan ver en internet un medio para optimizar su gasto en las campañas, aun a costa de vulnerar derechos fundamentales¹⁵. A nivel geoestratégico¹⁶, no es desdeñable que China pueda almacenar datos de adolescentes occidentales. Tampoco, que compañías estadounidenses los tengan de jóvenes europeos, o que incluso servidores de instituciones de la UE pudieran estar siendo vigilados por entes competidores¹⁷. Otro de los elementos que se derivarían de esta cuestión es el uso de redes sociales para generar inestabilidad en instituciones o acosar a personas. Así, derechos como el de presunción de inocencia han padecido especialmente por campañas que se han producido en internet. El tercer desafío es el de la educación cívica y hasta qué punto la Red modifica o impacta sobre la ciudadanía haciendo a las

los funcionarios estadounidenses no tienen permitido su uso. De hecho, la Administración Trump la prohibió en todo el país, cosa que los abogados de la tecnológica china recurrieron en los tribunales utilizando la Primera Enmienda. Finalmente, la decisión se pospuso con Biden, hasta la actualidad. V. <https://www.xataka.com/privacidad/tiktok-oficialmente-amenaza-para-politicos-europeos-para-estadounidenses-hace-mucho>

¹⁴ No es exagerado señalar que el impacto del acuerdo extrajudicial referido es semejante al de la sentencia *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U. S. 310 (2010), por la que el Tribunal Supremo de EE. UU., afirmó que la Primera Enmienda prohíbe al Gobierno limitar el gasto de grupos independientes en campañas políticas. Esta sentencia es profundamente lesiva para la democracia ya que, a partir de ese momento, grupos con un inmenso poder económico pueden intervenir en los procesos electorales en apoyo del candidato que consideren sin ningún tipo de límite.

¹⁵ En España, el 22 de mayo de 2019 el Tribunal Constitucional resolvió un recurso interpuesto por la Defensoría del Pueblo en relación a la reforma del apartado 1 del artículo 58 bis de la Ley General Electoral reformada por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDGDD). La disposición final tercera modificó el artículo 58 bis de la Ley Electoral (LOREG). (Sentencia 76/2019, de 22 de mayo). Los magistrados consideraron que esta praxis podía generar perfiles ideológicos de los ciudadanos, lo que atenta contra las bases de la Constitución Española.

¹⁶ Los ciberataques se han convertido en una forma de relación entre los Estados a nivel global. No es desdeñable que extraer información del big data pudiera ayudar en ciberataques, incluso a infraestructuras críticas.

¹⁷ Uno de los acontecimientos políticos y geoestratégicos más importantes del siglo está quedando prácticamente al margen de la opinión pública. Se trata de la lucha por el control de 5G entre Huawei y compañías estadounidenses.

democracias más frágiles, respecto a Estados autoritarios o se degrada la misma condición ciudadana.

Estos retos tienen en común poner en cuestión un pilar decisivo de nuestras sociedades: el Estado de derecho. El estatuto jurídico de las personas es activamente cuestionado. Entre otras razones, porque la matriz tecnológica que amparó y constituyó la idea clásica de Estado de derecho y su *pactum unionis civilis* ha sido radicalmente superada por una tecnología capaz de transformar las propias bases de la sociedad internacional y la forma en que los ciudadanos se relacionan entre sí y con otros entes. El Estado de derecho es sobre todo una concepción civilizatoria o, como ha señalado Pérez Luño, se encuentra vinculado al Estado de razón kantiano, al rechazo de cualquier *transpersonalismo* y a la limitación del Estado con la protección de los ciudadanos por medio de la ley¹⁸. Así, Adela Cortina afirma que «es esta idea la que proporcionará un canon crítico para enjuiciar la realidad constitucional desde la noción de un Estado que extrae su legitimidad de una racionalidad garante de la imparcialidad en los procedimientos legislativo y jurisprudencial»¹⁹. La ley se concibe como una herramienta o un dique de contención y protección contra la arbitrariedad estatal. El Estado de derecho, como señala Elías Díaz, contrapone la ley a la fuerza. Sostiene una profunda crítica a la concepción transpersonalista, es decir, que la persona está sometida al Estado y este opera en vez a su servicio, como una reducción o medio del Estado. Una idealización que lo identifica totalmente al Estado²⁰. El Estado de derecho en una realidad compleja como la actual, con actores poderosos que rivalizan con el en influencia y control, en el marco de un espacio cibernético que desborda las concepciones tradicionales que han constituido la teoría jurídica durante siglos, supone un enorme desafío. Hablar de espacio cibernético no es pensar una realidad ajena o secundaria, sino de un espacio en completa interacción o simbiosis con aquellos que han constituido la vida tradicional de los Estados.

El Estado de derecho vive un momento histórico en que las transformaciones tecnológicas hacen imprescindible una revisión de las bases sobre las que se constituyen las sociedades democráticas. Los caballos de Troya de antaño son hoy grúas fabricadas en China, que levantan las sospechas del Gobierno estadounidense por sus posibili-

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 226.

¹⁹ CORTINA ORTS, A., «El contrato social como ideal del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant», *Revista de estudios políticos*, Núm. 59, 1988, pp. 49-64.

²⁰ DÍAZ, E., «Sustanciación de lo colectivo y Estados totalitarios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 8, 1961, pp. 77-118.

dades de espionaje²¹ o troyanos que algunos Estados europeos colocan en los ordenadores de sus ciudadanos para espiarlos²².

Una de las grandes dificultades que presenta el desafío que supone internet y su actualización en internet de las cosas (IoT) es la mitologización en la que se ha visto envuelta desde sus inicios. Internet solo ha sido comprendido desde una óptica positiva, algo que no es extraño si tenemos en cuenta lo sucedido con otros avances tecnológicos, tal y como Vicent Mosco analiza en un destacado trabajo²³. Sólo en los últimos años, se ha comenzado a evidenciar los problemas de internet mediante una serie de consecuencias vinculadas, en ocasiones, a la criminalidad, y en otras a las relaciones sociales o a las adicciones. En menor medida, se han planteado en el ámbito de los derechos fundamentales, si exceptuamos casos como el derecho a olvido. Sin embargo, es una cuestión que afecta a derechos humanos y que debe generar conciencia de sus riesgos en el legislador democrático y en la opinión pública.

3. BIG DATA Y ESTADO DE DERECHO

Internet es un espacio también para el rumor en el que se popularizan historias de todo tipo. A veces muy disparatadas. Hay gente que dice que Google proviene del verbo inglés *goggle*, que significa mirar con los ojos muy abiertos, como si salieran de sus órbitas»²⁴. En realidad, no tiene nada que ver con la forma en que sucedieron las cosas. El nombre de la marca proviene de una tormenta de ideas y un error, después de que se propusiera *BackRub*, como una broma en relación a los *back links* en los que trabajaban sus fundadores²⁵. No obstante, esa leyenda urbana nos sirve para ejemplificar la relevancia de la acumulación y tratamiento de datos no solo como recurso económico, sino especialmente como herramienta de vigilancia.

²¹ La noticia se publicó hace unos meses. Según el Pentágono, las grúas de carga fabricadas en China podrían recopilar información, gracias a inteligencia artificial, con el concurso de un software que rastrea los contenedores de envío (<https://www.xataka.com/seguridad/eeuu-sospecha-otro-caballo-troya-chino-sensores-ocultos-gruas-carga-sus-puertos>).

²² Me refiero al caso que implicó al Gobierno de Alemania en ciberespionaje de algunos de sus ciudadanos. V. <https://www.elsaltodiario.com/ciberseguridad/alemania-troyanos-moviles>

²³ Mosco, V., *The Digital Sublime. Myth, Power, and Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 2005, pp. 18 y ss.

²⁴ Según el diccionario de Cambridge, sería *to have wide, staring eyes (eg. because of surprise)*.

²⁵ V. KOLLER, D., https://graphics.stanford.edu/~dk/google_name_origin.html

Un control que se relaciona con la capacidad de modificar incluso comportamientos sociales²⁶.

El dato se ha constituido como el elemento central del internet actual. La razón que justifica esta idea es que significa la cesura entre una Red, donde el dato era secundario, a un escenario radicalmente diferente en virtud del modelo publicitario que se adoptaba antes y ahora. Mientras que antes los *banners* se situaban en las páginas webs como vallas publicitarias virtuales, en la actualidad el procedimiento es completamente distinto. Gracias a los procesos de acumulación, análisis y tratamiento de datos, el denominado *big data*, es posible perfilar el tipo de usuario, con el fin de realizar un tipo de publicidad personalizada que ha revolucionado el sector.

Las consecuencias de este tratamiento y uso masivo de datos se evidencian en dos formas: una interna y otra de carácter externo. En cuanto a las primeras, ha generado una concentración empresarial en la Red en un periodo muy corto de tiempo y dado lugar a empresas que cuentan con abrumadoras cifras de negocio en su sector, como Google o Meta. Este hecho incontestable nos sitúa ante la primacía económica del dato y su valorización como recurso estratégico y de rentabilidad. El *big data* favorece una publicidad altamente eficiente y rentable²⁷.

En lo referido a lo que se ha denominado como consecuencias externas, cabe señalar que tanto el control como la influencia del big data favorece a aquellos que cuentan con las herramientas para poder utilizarlo²⁸. Así, en el caso del periodismo, este proceso se concreta en la profunda crisis de los medios tanto por la falta de anunciantes, como por una publicidad mediada por empresas como Google²⁹. En consecuencia, solo quedan anunciantes ligados a Gobiernos, lo que

²⁶ Como señala Zuboff, el poder se ha relacionado tradicionalmente con la propiedad de los medios de producción y hoy con los medios de modificación del comportamiento. ZUBOFF, V., S. *The Age Of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, New York, Public Affairs, p. 369.

²⁷ Esta rápida concentración del sector se ha visto favorecida por el impulso filosófico de las teorías neocontractualistas de la justicia, así como por su concreción en políticas neoliberales que han favorecido la desregulación, especialmente en lo referido a la legislación antimonopolista, justo en el periodo de desarrollo más intenso de internet. La sistemática compra de prometedoras start up por los gigantes del sector hace muy difícil un mercado con una real competencia o, al menos, el surgimiento de gigantes parecidos.

²⁸ Como ha afirmado Verdegem, referido al caso de la inteligencia artificial, el principio *winner take all* implica que solo los que cuentan con más recursos pueden sacar verdadero partido a las increíbles innovaciones tecnológicas que están teniendo lugar. Cfr. VERDEGEM, P., «Dismantling AI capitalism: the commons as an alternative to the power concentration of Big Tech», *AI & Society*, 37 2022.

²⁹ Meta y Google han contado con buena parte de la publicidad en medios digitales en los últimos años. Actualmente cuenta con el 28,8 % y Meta el 19,6 %. Su parte del pastel ha decrecido un poco por la irrupción de TikTok o Amazon en este sector de negocio. En cualquier caso, unas pocas empresas se reparten la totalidad de los ingresos. <https://rockcontent.com/es/blog/google-y-meta-anuncios-en-2022/>

supone también una reducción de la independencia de los medios. Libertad de expresión e información serían consecuencias externas del desarrollo del tratamiento de datos personales. Esta tipología afecta de lleno al Estado de derecho.

Ejemplos como el de Cambridge Analytica, donde el uso de la publicidad y la perfilación de datos aupó de manera definitiva la candidatura de Donald Trump o su uso durante el brexit, son buena muestra de esta mutación. Internet es un organismo vivo que permea la realidad social, configurándose como elemento central en la creación de riqueza y de control social. El dato es el elemento central de este proceso disruptivo. Con el internet de las cosas (IoT) se está desarrollando una red de interconexión entre dispositivos³⁰, en el que cualquiera puede convertirse en una fuente de generación de datos, gracias al intercambio de información que se produce³¹.

Del desarrollo de esta tecnología basada en el dato se derivan consecuencias muy beneficiosas socialmente. Industria, ciencia o administración son áreas donde las mejoras atribuibles al IoT generan mayores impactos. Su utilización en zonas urbanas se relaciona con el concepto de *smart city*. Mejoras en la sostenibilidad del tráfico, la domótica o la trazabilidad de los alimentos son solo algunos ejemplos que mejoran la vida en las ciudades, la eficiencia energética de las casas o la seguridad de los alimentos. De hecho, gracias a los avances en inteligencia artificial, se está pudiendo sacar partido de todo este gran cúmulo de datos.

De hecho, el beneficio económico del tratamiento de los datos, el uso de la inteligencia artificial y el IoT permite reducir los costes, mejorar la eficiencia y la productividad, ampliar las oportunidades de negocio, mejorar la experiencia de los consumidores e incrementar la movilidad y la agilidad del mercado³². Para sus partidarios, los problemas que se pueden derivar de la utilización de los datos son reducidos comparados con las posibilidades que se ofrecen. Además, en lo que se refiere a la seguridad y garantías en el tráfico mercantil en el seno de la UE, se cuenta con los reglamentos comunitarios antes mencionados³³. Viktor Mayer-Schönberger y Kenneth Cukier estiman que las correlaciones que permite el *big data* pueden ayudar a resolver problemas importantes, a la vez que tienen una fuerte capacidad predictiva para el fin de evitar otros. Este modelo predictivo favorecido por

³⁰ HOWARD, P. N., *Pax Technica: How the Internet of Things May Set Us Free or Lock Us Up*, New Haven, Yale University Press, 2015, p. xiv.

³¹ BARRIO ANDRÉS, M., *Internet de las Cosas*, Madrid, Reus, 2018, p. 26.

³² <https://www.impactmybiz.com/blog/blog-5-benefits-of-the-internet-of-things-for-smbs/>

³³ En concreto, Reglamento de Protección de Datos, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?qid=1532348683434&uri=CELEX%3A02016R0679-20160504> Reglamento de servicios digitales, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0825> y Reglamento de mercados digitales, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52020PC0842>

correlaciones de datos y los patrones, tiene también su lado oscuro: junto con una privacidad más limitada, se podrían establecer mecanismos que reduzcan la presunción de inocencia o incluso lleguen a condenar a personas por el simple hecho que un algoritmo determine que puede reincidir en un acto delictivo. Los autores advierten que se deben tomar medidas que eviten esta erosión de derechos básicos³⁴. La relevancia de los datos es tal que empresas como Microsoft o Google han invertido mucho dinero en compras de empresas relacionadas directamente con esta industria como Farecast o ITA Software³⁵. La interacción e interdependencia de la inteligencia artificial, el big data y el IoT supone un verdadero desafío para los derechos fundamentales, incluso desde las perspectivas más optimistas sobre su uso.

Más allá de una fe ciega en la cuantificación que ofrecen los datos, que ha sido cuestionada por relevantes expertos en *software*³⁶, debemos analizar algunas respuestas que se ofrecen a este optimismo sobre el *big data*. El dataísmo apuntado por filósofos como Byung-Chul Han traza un paralelismo entre el gran hermano orwelliano y el big data. De hecho, desde su perspectiva, la masiva acumulación y procesamiento de datos presenta dos consecuencias: la primera es la reconfiguración de la idea del panóptico benthamiano (añadiendo la diferencia de que la digitalización permite penetrar en el pensamiento de las personas, generando un control psicopolítico de la sociedad)³⁷; por otra, la anulación del pensamiento por el dataísmo³⁸.

Estos argumentos de corte filosófico han sido complementados desde una óptica sociológica por Evgeny Morozov, quien en 2011 publicó su libro *The net delusion: the dark side of internet freedom*. Para el autor bielorruso, la ciberutopía que tanto se difundió durante los primeros años del siglo XXI ligada a una mayor democratización del mundo y a dificultades para Gobiernos dictatoriales, no es más que propaganda. Los hechos han constatado que los Gobiernos autoritarios no han sufrido con internet y que la democracia, en vez de avanzar, retrocede. Para justificar su argumento, expone una gran diversidad de ejemplos en el libro³⁹. Esta tesis se ha desarrollado posteriormente ampliando otro de los temas centrales del libro, relati-

³⁴ MAYER-SCHÖNBERGER, V., y CUKIER, K., *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, New York, Eamon Dolan/Houghton Mifflin Harcourt, 2013. Uno de los ejemplos más claros es el de predecir enfermedades a través de la búsqueda que los usuarios hacen en internet (p. 3).

³⁵ Id., p. 139.

³⁶ LANIER, J., *Who Owns the Future?*, New York, Penguin, 2014.

³⁷ Para este autor, la transparencia implica un dispositivo neoliberal que al lanzar todo hacia fuera genera grandes cantidades de información y un imperativo conformista. V. HAN, B. C., *Capitalismo y pulsión de muerte*, Barcelona, Herder, 2022, pp. 30-31.

³⁸ Es el argumento central de HAN, B. C., *Psicopolítica*, Barcelona, Herder, 2014.

³⁹ MOROZOV, E., *The net delusion: the dark side of internet freedom*, New York, Public Affairs, 2011.

vos al poder e influencia estructural de grandes corporaciones como Google, Amazon o Meta, cuyo objetivo es la acumulación y procesamiento de datos. Así, en lo referido a la creación del conocimiento Morozov mantiene una posición semejante a la de Han. La actividad de estas empresas datos-extractivas no debería asimilarse a conocimiento, tal y como ha sido concebido y desarrollado tradicionalmente. Morozov señala que, aunque se diga que el dataísmo implica «modos adecuados, aunque totalmente distintos, de reproducir estructuras de conocimiento previas», no es así y, sin embargo, «algunos de los componentes míticos centrales de “internet” – han pasado a ser modelos para pensar el futuro de la política, de las reseñas o de la innovación empresarial o social» lo que supone un enorme problema⁴⁰.

La dialéctica entre extractivismo de datos y distribución equitativa de los mismos a la que hizo mención Morozov en un artículo de hace algunos años⁴¹, nos conduce a pensar este asunto desde dos perspectivas diferenciadas: la primera sería la constatación de que para aprovechar las posibilidades de la inteligencia artificial y los datos que la nutre, se han de realizar inversiones multimillonarias solo al alcance de determinados actores con ánimo de lucro, lo que condiciona todo el proceso. Sucede algo similar con la investigación biomédica y la posibilidad de llevar los hallazgos que son producto de la investigación universitaria a fármacos que mejoren la vida y el pronóstico de los pacientes. Las pruebas con animales y las clínicas con humanos requieren una infraestructura que solo un selectivo grupo de empresas posee. La segunda cuestión es la forma en que estos datos se procesan y cómo afectan a derechos fundamentales. Si somos conscientes de que en los procesos interviene una lógica ligada al ánimo de lucro en un escenario desregulatorio, donde los Estados nación democráticos cuentan cada vez con menos herramientas de control⁴², tanto por los efectos de las políticas de desregulación y privatización como la propia configuración del ciberespacio, la situación actual se torna muy compleja. Los principales actores solo actúan de acuerdo a la lógica que les permite ser cada vez más rentables para sus accionistas.

No se trata solo de que haya grandes empresas con una enorme capacidad de influencia, grupos más o menos formales que puedan

⁴⁰ MOROZOV, E., *La locura del solucionismo tecnológico*, Madrid, Katz, 2015, p. 33.

⁴¹ MOROZOV, E., «There is a leftwing way to challenge big tech for our data. Here it is», <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/aug/19/there-is-a-leftwing-way-to-challenge-big-data-here-it-is>

⁴² Y las que hay se aprueban con una intención primariamente mercantil, como sucede con los reglamentos comunitarios citados, que sin bien suponen un avance y una incuestionable mejora respecto al resto del mundo en un contexto de desregulación total, son insuficientes y de un alcance limitado. Se reproducen las derivas neoliberales que reducen derechos como el de la tutela judicial efectiva a la intervención de tribunales de arbitraje, tal y como sucede en el Reglamento de Servicios Digitales, donde se vuelve a proponer sistemas alternativos de resolución de disputas. En todo caso, habrá que analizar las consecuencias de los reglamentos recientemente aprobados.

intervenir desde la bolsa a procesos electorales o entidades criminales que saquen partido de las debilidades del ciberespacio para realizar sus actividades. La cuestión más bien reside en entender que si las infraestructuras tecnológicas no están informadas por los principios del Estado de derecho y orientadas a la preservación de las libertades públicas, las consecuencias van a ser muy graves para los derechos fundamentales.

Estados totalitarios como China se han adaptado mejor a esta lógica simplemente porque no creen en los derechos humanos. No les importa crear carnets de «buena ciudadanía», gracias al control que ejercen sobre internet, y usar la tecnología para vigilar cualquier disidencia, a la vez que acumulan recursos tecnológicos para hacerse un actor global poderoso. El cuadrado entre gestión tecnológica, ideológica, socio-económica y militar es la base de la nueva soberanía del Estado⁴³. El acceso y control de la infraestructura informacional es imprescindible para garantizar soberanía⁴⁴, y esa gestión actualmente es más sencilla para las dictaduras que para las democracias. Esa sería la inquietante pregunta que es imprescindible hacerse. ¿Por qué esta tecnología se expresa mejor con la dictadura y por qué genera tantas debilidades en los Estados de derecho?

4. CONTROL TECNOLÓGICO

Es una obviedad. Sin embargo, no está de más repetirlo. En internet nada es gratis. la razón es que esta tecnología es parte de la vida. Precisamente, la consideración extremadamente pueril de pensar que se pueden obtener bienes o servicios sin realizar algún tipo de contraprestación nos ha conducido a un escenario presidido, en ocasiones, por el asombro de la ciudadanía hacia ciertas informaciones sobre la Red⁴⁵. Esta perplejidad hacia la deriva del uso de internet tampoco trasciende aun en este plano, salvo cuando se tienen noticias de cancelaciones de cuentas en redes sociales o actos de acoso. Sin embargo, la gravedad de hechos como los acaecidos durante el referéndum del *brexit*, la elección de Trump o el intento de los partidos políticos españoles de erosionar la privacidad de la ciudadanía, que el Tribunal Constitucional en su STC 76/2019, de 22 de mayo de 2019 decidió declarar contrario a la Constitución (en concreto, el apartado 1 del

⁴³ Como es bien conocido, se trata de la consecuencia lógica a la que se ha llegado en el debate sobre el big data. Estas necesidades estatales vienen a complementar la autonomía energética, básica para mantener toda la infraestructura material necesaria.

⁴⁴ No es extraño que la ciberguerra se haya constituido en una forma de relación entre Estados a nivel global.

⁴⁵ Se puede tomar como ejemplos, las multas de la UE a Google. La UE multó a la compañía estadounidense en tres ocasiones en dos años, y por una cuantía de 8.257 millones.

artículo 58 bis de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general, incorporado a esta por la disposición final tercera, apartado dos, de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales), nos muestran una realidad diferente⁴⁶.

El desafío a los valores democráticos alcanza a cualquier espacio cibernético. La influencia de las redes sociales en el debate político es un buen ejemplo. Los documentos internos de Twitter, denominados como *Twitter Files* y presentados de forma periódica por el nuevo propietario de la red social constituyen una herramienta de análisis de los graves problemas que acarrea el uso de redes sociales en la democracia y el Estado de derecho, a pesar de sus evidentes límites. Estos condicionantes están relacionados con la figura de su dueño y la forma en la que son presentados ante la opinión pública, que es al fin y al cabo una manifestación de la propia lógica del uso de las redes antes referido. Como señala Benjamin Wallace-Wells, los archivos se deberían haber abierto a un conjunto plural de periodistas, con una carrera contrastada en el periodismo de investigación y no como meros comentaristas. «En lugar de tratar de manejar las suspensiones con un pequeño grupo de aliados, Musk podría haber designado un organismo independiente para evaluar asuntos tan delicados»⁴⁷.

La imprescindible deliberación pública en los Gobiernos liberales se está convirtiendo en un choque de propagandas, donde la ciudadanía cada vez tiene menos oportunidad de reflexión. Los términos y condiciones de uso constituyen un contrato de adhesión en el que debemos mostrar nuestra aceptación o no en un click. El abuso de este tipo de contratos deja al ciudadano en una grave indefensión, que debería mejorar el reciente Reglamento de Mercados Digitales⁴⁸. En un artículo sobre la herencia digital, se señalaba que una persona que

⁴⁶ «La falta de reglas precisas y claras sobre los presupuestos y condiciones del tratamiento de datos personales relativos a las opiniones políticas tampoco contribuye a identificar la finalidad de la restricción del derecho fundamental que se reconoce a los partidos políticos, y viceversa.. [...] Por todo ello, debemos concluir que el legislador no ha precisado qué finalidad o bien constitucional justifica la restricción del derecho a la protección de datos personales ni ha determinado en qué supuestos y condiciones puede limitarse, mediante reglas precisas que hagan previsible al interesado la imposición de tal limitación y sus consecuencias».

⁴⁷ WALLACE-WELLS, B., «What the Twitter Files Reveal About Free Speech and Social Media», *The New Yorker*, January 11, 2023, <https://www.newyorker.com/news/the-political-scene/what-the-twitter-files-reveal-about-free-speech-and-social-media>

⁴⁸ En sus artículos 5, 6 y 7 se detallan una serie de obligaciones y prohibiciones a las grandes plataformas digitales. Algunos de ellos causan estupor, al establecer deberes con los que deberían haber operado desde el principio en cualquier Estado de derecho. Vuelve a llamar la atención el doble rasero que se ha seguido entre empresas del ciberespacio y aquellas que no operan inicialmente en el mismo. Es también resaltable que se les aplique el criterio del Estado del destino de los servicios en vez del origen del proveedor. No sería malo que esta lógica se aplicara también en el ámbito de la fiscalidad, teniendo en cuenta que las grandes empresas de internet suelen acudir

adquiere una biblioteca de música por iTunes durante toda su vida y desea que la disfruten sus causahabientes, no les es permitido por los términos y condiciones el servicio⁴⁹. La gestión de los derechos personales en internet, no es arbitrada por una legislación fruto del pronunciamiento del poder legislativo y *erga omnes*, sino por una regulación realizada de acuerdo a los intereses de la empresa que presta el servicio. Aunque la legislación europea y española de protección de datos han ayudado, teniendo en cuenta bienes jurídicos como los que están en juego, parecería oportuno pensar en una garantía reforzada y sobre todo participada por la soberanía nacional. El ciudadano, como productor/usuario de contenidos en la Red, queda en una posición débil, ya que debe aceptar unos contratos extensos y redactados en un lenguaje jurídico cuyo significado, en la gran mayoría de los casos, desconoce.

Ejemplo de derechos básicos que son puestos en cuestión, además de la privacidad, y que son capitales en una democracia, es la libertad de expresión. Soriano la concibe como una libertad-presupuesto del ejercicio de las otras libertades, que adopta una pluralidad de formas. Se sitúa además en una posición preferente en el conjunto de las libertades públicas, desde un punto de vista institucional. Finalmente, se trata de una libertad legitimadora del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones⁵⁰. Estas características hacen de ella un eje crucial de la democracia.

En el caso del debate político que se desarrolla en internet, de forma preferente en las redes sociales, la libertad de expresión se ve sometida a los términos y condiciones de uso del servicio que prestan compañías como Twitter. No son extrañas las suspensiones de cuentas o incluso cancelaciones como la de Donald Trump. Como se señaló anteriormente, los archivos de Twitter, a pesar de sus límites, han mostrado a una compañía que unilateralmente censuraba sistemáticamente y de forma arbitraria aquellos mensajes que deseaba. Comenzó como una herramienta para evitar la diseminación de bulos u odio en la Red y terminó convirtiéndose en una vía para silenciar al discrepante. No debería extrañarnos porque es lo que ha sucedido históricamente cuando se ha prescindido de los mecanismos que nos brinda el Estado de derecho. Como señala Elías Díaz en el obituario del profesor Peces Barba,

«el carácter imprescindible del marco institucional y procedimental (democrático) en que como Estado de derecho mejor podrán y

a Estados donde esta es más ventajosa para situar su sede social y desde allí dar sus servicios al resto de la UE.

⁴⁹ Se trataba del actor Bruce Willis. V. RODRÍGUEZ PRIETO, R. y MARTÍNEZ CABEZUDO, F., «Herencia digital, términos y condiciones de uso y problemas derivados de la praxis social. Un análisis desde la filosofía del derecho», *Revista Internacional de Pensamiento Político*, 12, 2017, pp. 77-104.

⁵⁰ SORIANO, R., *Las libertades públicas. Significado, fundamentos y estatuto jurídico*, Madrid, Tecnos, 1990, p. 107 y ss..

habrán de hacerse efectivas esas exigencias de protección y realización de los derechos fundamentales para todos los ciudadanos, entendida esta expresión de la ciudadanía en su sentido más amplio posible. La razón de ser del Estado de derecho es, así, precisamente la protección jurídica y la realización efectiva de esos, siempre en evolución, derechos fundamentales y constitucionales»⁵¹.

Sin Estado de derecho, separación de poderes y control judicial de decisiones que afectan a derechos fundamentales, las personas físicas y jurídicas quedan desprotegidas. Si un conjunto de empresas de alta tecnología ejercen este tipo de poder fuera de los controles democráticos, el resultado puede ser un colapso de nuestros Estados democráticos al generar excepciones, en la misma manera que hay empresas que tributan de acuerdo a sus ingresos en el país y otras que utilizan mecanismos de ingeniería financiera para no hacerlo en la proporción que deberían y hacen la mayoría.

Este hecho tiene un efecto demoledor en la democracia en varios sentidos. Por un lado, supone un desafío para el Estado de derecho, al ser una empresa privada la que cancela cuentas donde se puede contribuir a la deliberación pública. En segundo lugar, se pueden utilizar para incidir e incluso modificar el juicio ciudadano sobre determinadas cuestiones relevantes que afecten a los valores constitucionales y teledirigir a la opinión pública a determinados ámbitos o cercenar opiniones críticas acallándolas de formas diferentes. En último lugar, también se puede, llegado al extremo, modificar el resultado de elecciones y referéndums.

Hace unos meses, el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) dictaba una relevante sentencia⁵² sobre el control que ejercen las plataformas de intercambios de contenidos en internet protegidos por derechos de autor. El TJUE estableció que esta supervisión no vulneraría el derecho a la libertad de expresión y de información recogido en el artículo 11 de las Carta de Derechos Fundamentales de la UE y sus límites establecidos en el artículo 52, apartado 1. El TJUE recuerda que las limitaciones a un derecho fundamental solo se pueden establecer por ley y respetando el contenido esencial. El uso de herramientas de filtrado automático implica para Polonia una posible vulneración del derecho a la libertad de expresión e información, aunque el objetivo sea la protección de derechos de propiedad intelectual, ya que «entraña el riesgo de que se bloqueen contenidos lícitos y, por otra, la ilícito y, de tal modo, el bloqueo de los contenidos se determina de manera automática mediante algoritmos» (41). La respuesta del TJUE es que no hay alternativas para un control previo automatizado y la

⁵¹ DÍAZ, E. «Gregorio Peces-Barba: hombre de leyes, hombre de Estado. In memoriam» *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 35, pp. 23-38.

⁵² STJUE de 26 de abril de 2022, asunto C-401/19, Polonia/Parlamento y Consejo, <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=258261&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=1147893>

directiva establece garantías suficientes para que no se vean afectados derechos fundamentales⁵³.

Lo que nos interesa de este pronunciamiento son las salvaguardas que el TJUE impone en relación a la libertad de expresión dentro de las plataformas de internet. Se entiende que «compartir información en internet a través de plataformas de intercambio de contenidos en línea entra en el ámbito de aplicación del artículo 10 del CEDH y del artículo 11 de la Carta»⁵⁴. De hecho «de conformidad con el artículo 52, apartado 1, de la Carta, cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Carta debe ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Solo se pueden introducir limitaciones, respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás» (63).

Además, advierte que los sistemas de filtrado que puedan dar lugar al bloqueo de contenidos lícitos serían incompatibles con el derecho a la libertad de expresión e información (86). Estas garantías son de una extraordinaria importancia si las trasladamos al control que sobre la libertad de expresión ejercen de forma arbitraria redes sociales. Se podría afirmar que este control sustentado únicamente en unos términos y condiciones de uso constituyen una violación del derecho a la tutela judicial efectiva y del contenido esencial de un derecho fundamental.

En un Estado de derecho no se pueden establecer contratos de adhesión propios de la praxis bancaria como rectores y moduladores del ejercicio de derechos fundamentales en internet. Uno de los grandes logros de la democracia fue establecer el principio de jerarquía normativa y el de tutela judicial efectiva que no pueden quedar en manos ni de algoritmos, ni de la arbitrariedad de personas que no cuentan con la habilitación para decidir sobre si un comportamiento es acorde o no con el ordenamiento jurídico. Habría que analizar cuantos términos y condiciones de uso de empresas tecnológicas sería nulos de pleno derecho si se llevaran a los tribunales de justicia. Casos celebres como la censura de Facebook a la venus de Willendorf, son manifestaciones de un poder que atenta contra el más elemental sentido de la justicia y de la preservación de las bases sobre las que se asienta nuestros Estados

⁵³ Una vez más tenemos una argumentación de carácter economicista sobre la garantía de derechos fundamentales. El TJUE está de acuerdo en establecer algún control, como queda evidenciado por la sentencia. El problema es la dificultad de realizarlo por el volumen de datos. Cabría preguntarse si no se ha optado por una solución viable para las empresas desde una perspectiva económica y ese criterio ha sido el que se ha priorizado.

⁵⁴ En la propia sentencia se cita jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que apoyan esta idea; sentencias de 1 de diciembre de 2015, *Cengiz y otros c. Turquía*, CE: ECHR:2015:1201JUD004822610, § 52, y de 23 de junio de 2020, *Vladimir Kharitonov c. Rusia*, CE: ECHR:2020:0623JUD001079514, § 33.

de derecho. Es como si los que condenaron a la hoguera la segunda edición del Ulises de James Joyce hubieran regresado para decirnos lo que está bien y lo que está mal⁵⁵.

Si como señala Soriano, el derecho a la libertad de expresión es legitimadora del sistema democrático y de la eficacia de sus instituciones y, al mismo tiempo, la privacidad de los individuos puede ser comprometida de diversas formas, cabe afirmar que nuestro modelo de sociedad y de convivencia está siendo afectado gravemente. Los Estados democráticos no pueden permitir que una lógica que solo beneficia el negocio de unas empresas tecnológicas y refuerzan su poder e influencia se sitúen sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas. No obstante, la primera que debe presionar a sus representantes es la ciudadanía, con el fin de que no se abduque de esta obligación. En este punto surge la pregunta sobre el internet que quiere la sociedad y que nunca se ha puesto sobre la mesa.

5. EDUCACIÓN CÍVICA

La cuestión planteada está íntimamente ligada a la educación cívica, como uno de los valores principales de nuestro Estado de derecho. Fue Benjamin Barber, el que en un libro titulado *An Aristocracy of Everyone: The Politics of Education and the Future of America* planteaba la necesidad de una población educada consciente de sus deberes como ciudadanos de pleno derecho⁵⁶. Recientemente, los medios han informado de abusos sexuales y acosos entre menores. Desgraciadamente y a pesar de las campañas por la igualdad en los institutos de secundaria, los problemas de machismo no dejan de incrementarse⁵⁷. El uso masivo de pantallas desde muy pequeños es un problema añadido. Existen unos relevantes problemas de adicción y no solo eso: la consulta de páginas pornográficas incide en la visión que los adolescentes pueden tener de las relaciones con las mujeres. De acuerdo al estudio *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*, uno de cada cuatro varones se ha iniciado en el visionado de pornografía a través de internet antes de los 13 o incluso a los 8 años. El

⁵⁵ Parte de la segunda edición de Ulises de Joyce fue quemada por el servicio de aduanas de EE. UU por inmoralidad.

⁵⁶ BARBER, B. *An Aristocracy of Everyone: The Politics of Education and the Future of America*, New York, Ballantín, 1992, p. 32.

⁵⁷ La Fundación SM realizó una encuesta a jóvenes de 15 a 29 años sobre igualdad de género, feminismo, violencia machista y relaciones afectivo-sexuales. Los resultados son que uno de cada cuatro chicos considera normal que el hombre controle a la mujer en la pareja y anteponer su placer sexual. Para la mitad el feminismo perjudica al hombre y para un 18 % la violencia machista es una invención. Además, 1 de cada 4 estima que en una relación sexual, el «no» de una mujer puede ser interpretado como un «sí». <https://actualidaddocente.cece.es/a-fondo/encuesta-sm-recelo-de-los-chicos-hacia-el-feminismo-y-negacion-de-la-violencia-machista/>

estudio analiza lo que los autores denominan como «nueva pornografía» (fácil acceso, gratis y sin límites incluyendo prácticas ilegales y violentas, junto a prácticas sexuales de riesgo)⁵⁸.

Estos preocupantes hechos nos muestran síntomas de un problema que alcanza al conjunto de la ciudadanía en su relación con internet. A pesar de su trascendencia en la vida diaria de la ciudadanía, no se enseña a los estudiantes nada sobre sus derechos y obligaciones en la Red. Tampoco se les ilustra sobre sus posibilidades. Todo queda como un ejercicio de autodescubrimiento, que desgraciadamente, incluso en el mejor de los casos, hace de su experiencia cibernética algo limitado a unas pocas redes sociales que consultan constantemente⁵⁹.

La educación sobre Internet tendría que incluirse en el currículo educativo de primaria y secundaria. Sus objetivos serían ofrecer herramientas a niños y adolescentes para que conozcan las posibilidades que les ofrece esta tecnología; realizar un análisis no alarmista de sus riesgos y amenazas en lo referido no solo a conductas criminales, sino a la protección de la privacidad y de otros derechos fundamentales como ciudadanos y usuarios, junto con las obligaciones que se tienen al utilizar la Red; finalmente, realizar una reflexión sobre internet y su futuro sometido a valores democráticos y acorde a la rica tradición ilustrada de los derechos humanos. Estos objetivos podrían ayudar a niños y adolescentes a mejorar el uso actual de internet, ligándolo a la responsabilidad, la reflexión y la creación. La escuela podría ser el epicentro de una gran revolución democrática de Internet⁶⁰.

Hace unos pocos meses, en EE. UU. uno de los Estados decretó un toque de queda digital para niños adolescentes a imagen de China. En España se han realizado experiencias sobre el efecto de las pantallas, en concreto del teléfono en la vida de adolescentes en los institutos de secundaria. En una perspectiva más académica, se han estudiado los efectos de las pantallas en familias vulnerables⁶¹. Existe, sin duda, una preocupación, un rumor que recorre los países democráticos y, sin embargo, aun no parece haber ninguna respuesta seria y se carece de un plan sólido, más allá de experiencias aisladas que incluyen los efectos más perniciosos, como adicciones o problemas de salud mental.

⁵⁸ BALLESTER BRAGE, L. y ORTE SOCIAS, C., *Nueva pornografía y cambios en las relaciones interpersonales*, Barcelona, Octaedro, 2019.

⁵⁹ El 19 de febrero de 2015 un grupo de profesores de la Universidad Pablo de Olavide se reunieron para debatir sobre la necesidad de implantar una asignatura sobre Internet en primaria y secundaria. Los políticos ignoraron la propuesta. Esta idea ha sido posteriormente desarrollada en trabajos académicos.

⁶⁰ V. RODRÍGUEZ PRIETO, R., MARTÍNEZ CABEZUDO, F., *Poder e internet. Un análisis crítico de la Red*, Madrid, Cátedra, 2016.

⁶¹ VV. AA., *Impacto de las pantallas en la vida de la adolescencia y sus familias en situación de vulnerabilidad social: realidad y virtualidad*, https://pnsd.sanidad.gob.es/en/profesionales/publicaciones/catalogo/bibliotecaDigital/publicaciones/pdf/2022/202202_CARITAS_Informe_completo_Estudio_impacto_pantallas_vida_adolescencia_y_familias.pdf

La situación no es mejor en el caso de los adultos. La mayoría incluso desconoce que puede cometer un delito si realiza ciertas prácticas en internet que consideran normales o sin importancia como el acoso a través de una red social o la suplantación de identidad. Valores fuertemente asentados en el ordenamiento jurídico de Estados constitucionales de derecho son afectados por el mal uso de redes sociales, como por ejemplo la presunción de inocencia. La deliberación pública es también perjudicada. El ruido de las redes sociales es antagónico de una conversación amplia y compleja que se oriente a tratar e intercambiar pareceres sobre problemas y desafíos sociales.

6. CONCLUSIONES

Anagnórisis era el sustantivo que se usaba en griego clásico para expresar el reconocimiento por un personaje de una tragedia de datos que desconocía. Es el caso de de Penteo o de Edipo. Uno de forma repentina y el segundo de forma progresiva⁶². Este paso de la ignorancia a un conocimiento radical de lo que sucede, me resulta muy pertinente para plantear algunas ideas con las que concluir este análisis sobre los desafíos del Estado de derecho en relación con internet.

Desgraciadamente, buena parte de la literatura sobre esta materia se queda en los síntomas. Hay una cierta idea de que algo relativo a internet no funciona, pero que no resulta tan relevante si observamos los beneficios de la tecnología, tal y como la mitología que la envuelve, nos sugiere. Hay cuestiones de carácter estructural que son las realmente importantes y son sistemáticamente desatendidas. Preguntarse, por ejemplo, sobre el cuerpo físico de la Red, lo que implicaría cuestionarse a quién pertenece el cableado, qué jurisdicción es aplicable a los servidores, qué garantías existen para los usuarios en la nube, no son formas erradas de aplicar la razón al estudio de los procesos en internet. Todas estas cuestiones habitualmente no son debatidas ni cuestionadas. Y es importante tenerlas en consideración.

La influencia de las teorías neocontractualistas de la justicia o su simbiosis con una tecnología que favorece la movilidad del capital son elementos que se deben considerar para explicarnos su desarrollo y el impacto que tienen en los Estado nación, especialmente si son democráticos. La erosión en la comprensión de la importancia de los derechos fundamentales y los procesos que llevaron a su conquista es también un elemento significativo. Ahora todo es transparencia global o digitalización, pero poco se reflexiona sobre los esfuerzos que ha supuesto construir Estados de derecho, donde se garantizaran una serie de bienes jurídicos básicos para la convivencia en paz y donde la

⁶² GARCÍA GUAL, C., *La muerte de los héroes*, Madrid, Turner, 2016, p. 62.

privacidad o la libertad de expresión se constituían en pilares irrenunciables de la democracia.

Alternativas como repositorios estatales de software que pudieran ser auditados por los propios ciudadanos y mejorados⁶³ o habilitar herramientas que adviertan a la ciudadanía del grado de exposición de sus datos personales en internet, ayudarían a ejercer un control más consciente y democrático de nuestra vida en el ciberespacio. Y por supuesto, una mayor y más democráticamente robusta regulación. Todo ello cimentado en una determinación clara de mejorar la formación ciudadana sobre internet.

Todas las páginas web con acceso el 31 de marzo de 2023.

⁶³ Esta idea surge de una conversación con el Prof. Fernando Martínez, quien la consideró como una vía para el desarrollo de una administración electrónica más democrática e igualitaria.

¿Existe en realidad una Unión Europea?

Is There really a European Union?

Por MILAGROS OTERO PARGA
Universidad de Santiago de Compostela

RESUMEN

La idea de la Unión Europea entendida como la había soñado Häberle como un conjunto unido, formado por Estados independientes que colaborarían entre sí para ayudarse mutuamente, es un bello sueño que no parece tener un reflejo real. Existe una Unión Europea que ha funcionado como tal en múltiples ocasiones, pero no termina de ser eficaz. Situaciones como la de la pandemia del COVID o la guerra de Ucrania, así lo demuestran. Es preciso cambiar esta tendencia. Debemos potenciar la idea de «más Europa» y para ello debemos buscar, creo, la vuelta a los valores que configuraron en su día esa unión y que son los únicos que pueden recordar a Europa cual es su destino. En este artículo se analiza la fuerza actual de Europa tomando como base la epidemia del COVID tanto en España como en los países limítrofes. ¿Funcionó en este caso la Unión como verdadera Unión? O ¿es preciso fortalecer esta Unión para que nunca vuelva a desfallecer? Creo que este trabajo ofrece respuestas a estos interrogantes.

Palabras clave. Unión Europea, Häberle, Europa, COVID-19.

ABSTRACT

The idea of the European Union understood as Häberle had dreamed of it as a united whole, made up of independent States that would collaborate with

each other to help each other, is a beautiful dream that does not seem to have a real reflection. There is a European Union that has functioned as such on multiple occasions, but it is not completely effective. Situations such as the COVID pandemic or the war in Ukraine demonstrate this. This trend needs to be changed. We must promote the idea of «more Europe» and for this we must seek, I believe, a return to the values that shaped that union in its day and that are the only ones that can remind Europe of its destiny. This article analyzes the current strength of Europe based on the COVID epidemic both in Spain and in neighboring countries. Did the Union function in this case as a true Union? Or is it necessary to strengthen this Union so that it never fails again? I believe that this work offers answers to these questions.

Keywords. European Union, Häberle, Europe, COVID-19.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 148/2021 DE 14 DE JULIO. (BREVE EXPOSICIÓN). – 3. LIMITACIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS. – 4. BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN LOS PAÍSES LIMÍTROFES. – 5. CONCLUSIÓN.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. JUDGMENT OF THE CONSTITUTIONAL COURT 148/2021 OF JULY 14. (BRIEF EXPOSITION). – 3. LIMITATION AND SUSPENSION OF RIGHTS. – 4. BRIEF ANALYSIS OF THE SITUATION IN NEIGHBORING COUNTRIES. – 5. CONCLUSION.

1. INTRODUCCIÓN

La idea de la Unión Europea, formada por múltiples Estados independientes que, manteniendo su soberanía, colaborarían entre ellos para alcanzar unos fines comunes está siendo puesta en entredicho. Algunos países como Reino Unido han votado lo que se llamó el *brexit*. Es decir, la salida de esta unión.

El ejemplo de Reino Unido muestra en parte el problema que queremos tratar. El reto de la construcción de Europa es difícil de completar.

Efectivamente, y como decía Häberle para poder conseguir una Europa unida, una Europa que realmente funcione como Unión europea, no es suficiente sumar países, sino que es preciso «reconsiderar su identidad, sus raíces históricas y su posible futuro»¹.

La idea es clara y el mensaje que encierra acertado. Sin embargo, parece que la Europa actual presenta muchos problemas de conexión

¹ HÄBERLE, P., «Derecho constitucional común europeo» en Pérez Luño, Antonio Enrique (coord.), *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 187.

y de entendimiento. El pensamiento comunitario del que hablaba Häberle no termina de funcionar a pleno rendimiento. Muestra de ello ha sido la reciente crisis de la pandemia, y la aún más reciente problemática de la guerra de Ucrania.

No sería justo decir que en ambos casos no se ha visto «rastros alguno de la Unión Europea». Sí, ésta ha estado presente, sin duda, pero con una eficacia relativa. Recuerdo por ejemplo el comienzo de la pandemia cuando faltaban las mascarillas y algunos países e incluso Comunidades Autónomas, en nuestro caso, se hicieron, como pudieron con ellas, tratando de adelantar al resto, obteniendo mejores precios y copando el mercado.

Caso similar parecía que podría suceder con las vacunas del COVID, aunque ese proceso fue afortunadamente más controlado. En la actualidad, con la guerra de Ucrania, y aunque resulta claro que han intervenido también otros factores, al presidente Putin no parece haberle amedrentado la idea de una Europa Unida que defendiera los derechos de Ucrania y la ayudara con armamento. La Europa Unida fuerte con la que soñaba Häberle, no es aún una realidad.

Muy al contrario. Lo cierto es que no existía en 1996, ni existe en 2022 un derecho constitucional europeo ya que, en realidad, Europa no forma un único Estado Constitucional. Sí es cierto que ha habido intentos de crear una constitución europea común pero este proyecto inicial no fue ratificado por algunos países (Francia y Países Bajos). De modo que el pacto de Lisboa intentó solucionar este problema dándole mayores poderes a la Unión. Y en este caso, sí fue firmado por Francia.

¿Cómo podría solucionarse ese asunto si de verdad queremos un derecho comunitario europeo fuerte que proteja a la unión europea? Häberle, contestó a esta pregunta hace años. Según su opinión: «se trata de profundizar en lo más hondo de la cultura jurídica de cada uno de los Estados Constitucionales en particular, y sacar a la luz los factores comunes, lo concordante, lo familiar, yendo más allá de lo meramente jurídico-positivo»².

Se trataba, en suma, de buscar valores comunes que permitieran convivir a las distintas legislaciones en clave de mutuo respeto. La Unión Europea sería como una gran familia en la que sus distintos integrantes podrían tener puntos de vista diferentes sobre distintas cosas, pero que estarían unidos fuertemente y sin fisura alguna en los problemas de carácter general, protegiéndose y amparándose en todo momento.

No se trataba, desde luego, y Häberle lo subrayaba, de constituir un Estado apolítico, ni por el contrario de crear un espíritu profundamente absolutista que asumiera el carácter general absorbiendo hasta hacer desaparecer, todo intento de ser diferente. «El derecho constitu-

² HÄBERLE, P., «Derecho constitucional común europeo», *op. cit.*, p. 191.

cional europeo no pretendía paralizar ni sofocar el derecho constitucional *sui generis* de cada nación, sino, al contrario, pretendía ante todo colaborar en su funcionamiento, asumirlo y, simultáneamente potenciarlo»³.

¿Cuál es la evolución de este «deseo» desde la perspectiva de 2022? Creo que tiene sus luces y sus sombras. No podemos negar, sería injusto hacerlo, que la Unión Europea ha tenido actuaciones positivas y beneficiosas para los Estados miembros, pero tampoco podemos olvidar ni silenciar que en otros casos no ha sido así. Los países integrantes ni son, ni nunca han sido iguales, y los intereses de algunos parecen prevalecer sobre los de los otros, dictando además la actuación de la Unión.

Para ejemplificar esta realidad, tomaré el caso de la pandemia. Analizaré el comportamiento de España y lo compararé con los dos países más próximos a nuestras fronteras, esto es Francia y Portugal. Quiero averiguar si en este caso, trascendental para la Unión y para el mundo entero, Europa funcionó o no como Unión Europea.

Para hacerlo me apoyaré en la Sentencia del Tribunal Constitucional, 148/2021 de 14 de julio. No es, desde luego esta, la única sentencia que se ocupa del problema, que estoy analizando, pero la he elegido por motivos de espacio, (solo podía ocuparme de una) y porque creo que fue emblemática.

Podría parecer un poco raro, a mí misma me lo pareció, que siendo yo una aprendiz de Filosofía del Derecho, de opción iusnaturalista, me dedique a estudiar una sentencia. La razón es simple. Quiero analizar una parte del contenido de esta sentencia desde el ámbito material, y no únicamente formal. Quiero fijarme en los conceptos, en su extensión, en sus contenidos y en el resultado legal que produce su aplicación. El estudio se enmarca pues en el ámbito de la Filosofía del Derecho y no en el del Derecho Procesal, o cualquier otra rama del ordenamiento jurídico.

En efecto, en esta sentencia se abre un amplio campo de estudio sobre el verdadero significado de los conceptos de suspensión y limitación de derechos ya que la misma se pregunta sobre la necesidad de aplicar uno u otro de ellos, según nos refiramos al estado de sitio y de excepción o al de alarma. El problema no es baladí. Por el contrario, el correcto uso de cada uno de estos conceptos, aplicado al tipo de figura jurídica a la que nos refiramos, concede validez constitucional a la actuación analizada o, por el contrario, se la niega.

Una vez expuesto este problema dentro de la legislación constitucional española, ampliaré el estudio fuera de nuestras fronteras, centrándome en los países más próximos. Elegiré únicamente alguno de ellos.

³ HÄBERLE, P., «Derecho constitucional común europeo», *op. cit.*, p. 193.

2. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 148/2021 DE 14 DE JULIO. (Breve exposición)

Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de 50 diputados del grupo parlamentario Vox del Congreso de los Diputados, en relación con diversos preceptos del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma en España, para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. A este Real Decreto se añadió el 465/2020 de 17 de marzo, que modificó al anterior y los reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020 de 10 de abril y 492/2020 de 24 de abril, por los que se prorrogó el estado de alarma, declarado por el Real Decreto 463/2020 ya citado, y la Orden SNS/298/2020 de 29 de marzo, por la que se establecieron medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres.

El asunto se discutió por el pleno de la sala y el fallo al que se llegó⁴ fue el siguiente:

1) Inadmitir la pretensión de inconstitucionalidad dirigida contra la Orden SND/298/298/2020 de 29 de marzo, por la que se establecían medidas excepcionales en relación con los velatorios y ceremonias fúnebres, puesto que al tener dicha normativa categoría de Orden no entra dentro de las atribuciones del Tribunal Constitucional⁵.

2) Estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto que aprobó el estado de alarma, declarando nulos los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7 del Real Decreto 463/2020, así como los términos «modificar, ampliar o» del apartado 6 del artículo 10 del Real Decreto 465/2020 de 17 de marzo. Y

3) Desestimar en todo lo demás el recurso de inconstitucionalidad.

Conviene aclarar que el artículo 7 se refería a la limitación de la libertad de circulación de las personas, y tiene mucho que ver con el tema que pasamos a abordar de inmediato.

⁴ Conviene resaltar que el fallo fue desde luego válido porque obtuvo la mayoría necesaria para que así fuera, pero fue muy discutido y hubo numerosos votos particulares de los señores magistrados. Uno de ellos, curiosamente, fue el del propio presidente del tribunal.

⁵ Si pudo, por el contrario, entrar el Tribunal Constitucional a valorar el contenido del Real Decreto 463/2020 pues se le concedió excepcionalmente rango de ley, con vigencia temporal limitada.

3. LIMITACIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española en su acepción más jurídica establece que «limitar» es: «fijar la extensión que pueden tener la autoridad, derechos o facultades de alguien».

Mientras que «suspender» se define como «privar temporalmente a alguien de algo».

Si atendemos ahora a un diccionario jurídico⁶, «limitar» es «acotar o ceñir. Fijar la mayor extensión que pueden tener la jurisdicción, la autoridad, o los derechos y facultades de uno». Y «suspender» es «detener o diferir por algún tiempo el curso de una causa. Privar temporalmente». Y si todavía aclaramos un poco más, el término «suspensión» en el ámbito de las garantías, que es el que ahora nos importa, significa, «situación anormal en que, por motivos de orden público, quedan temporalmente sin vigencia alguna de las garantías y derechos constitucionales».

El artículo 55.1 de la Constitución Española establece la suspensión de ciertos derechos fundamentales en los supuestos de declaración del estado de excepción o de sitio, mientras que el artículo 55.2 del mismo texto legal, amplía la posibilidad de suspensión de derechos de forma individual, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

La diferencia entre ambas figuras es evidente: la «limitación»⁷ supone simplemente, por así decirlo, una reducción de los derechos⁸, que puede ser decretada en un momento dado. En ese caso los derechos no desaparecen solo se acortan en una cierta medida.

Los límites más habituales⁹ que legalmente se pueden imponer al ejercicio de los derechos humanos son los siete siguientes: 1) fraude

⁶ TAPIA MORAL, S. *et al.*, *Diccionario Trivium de Derecho y Economía*, Madrid, Editorial Trivium, 1998.

⁷ LABRADA RUBIO, V., *Límites de los derechos humanos en Introducción a la teoría de los derechos humanos. Fundamento, Historia*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 191-202.

⁸ No olvidemos que «todos los derechos humanos tienen, por su propia naturaleza, ciertos límites, y lo prudente es que las normas los reconozcan en los términos adecuados, para que estorben lo menos posible el adecuado ejercicio de los derechos humanos, e impidan lo más posible, el ejercicio patológico», PUY MUÑOZ, F., *Teoría tópica de los derechos humanos*, Madrid, Colex, 2009, p. 56.

⁹ FERNÁNDEZ GALIANO, A., *Límites del ejercicio de los derechos fundamentales*, en *Derecho Natural. Introducción a la Filosofía del Derecho*, Madrid, Universitas, 1986, pp. 269-274.

de ley¹⁰, 2) abuso¹¹ de derecho¹², 3) el derecho ajeno¹³, 4) la moral vigente¹⁴, 5) el orden público¹⁵, 6) el bien o interés común¹⁶ y 7) la libertad¹⁷.

Por su parte la «suspensión», aunque sea una medida temporal, implica una privación total de derechos, que, por ser tan grave en sí misma, debe ser temporal, proporcional y decretada únicamente por un estado de sitio o excepción¹⁸.

¹⁰ «Hablamos de fraude de ley para referirnos al acto a través del cual el ser humano obtiene un lucro indebido de forma ilícita, aparentando ejercitar sus derechos de forma lícita». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, Generis, 2021, p. 17.

¹¹ GÓMEZ TORRES, C., «El abuso de los derechos fundamentales», en Pérez Luño, Antonio Enrique (coord.), *Los derechos humanos. Significación, estatuto jurídico y sistema*, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1979, pp. 301-333. También ROVIRA VIÑAS, A., *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona, Península, 1966.

¹² Se produce «abuso de derecho cuando una persona actúa perjudicando deliberadamente a otra sin obtener bien alguno para ella misma». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 17.

¹³ «Según explica Puy, (esta figura se produce cuando) la esfera de acción de un derecho decae, referida a una persona bajo el supuesto de la compatibilidad simultáneas del mismo derecho en todas las personas componentes del grupo. En ese caso, los derechos de los demás son el límite de los propios». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 17.

¹⁴ «La moral vigente se refiere a la necesidad de que los derechos se vean de algunas manera constreñidos o adaptados a lo que la sociedad o el grupo en el que se insertan considera adecuado a las tradiciones o buenas costumbres de la sociedad a la que pertenecen». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 18.

¹⁵ «El orden público opera de manera similar en el sentido de que da prevalencia al orden público dimanante de una sociedad en la que se vive de acuerdo con la justicia. Este orden puede y debe funcionar como límite de los derechos en el sentido de prohibir las situaciones que lo vulneren». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 18.

¹⁶ «El bien común funciona como límite porque pretende asegurar el bien de todos aun a costa del interés individual de alguno». OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 18.

¹⁷ OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.^a L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 18. «La libertad es un límite a los derechos pues a pesar de ser un derecho individual, su ejercicio, no puede ser absoluto, sino que debe tener en cuenta a los demás».

¹⁸ Algunos autores consideran que a suspensión es un caso específico de la limitación que significa «una limitación generalizada y que afecta por tanto a todos los sujetos... la suspensión está prevista en todas las legislaciones porque ciertamente puede llegar a ser necesario en algún momento recurrir a ella, pero en los países auténticamente democráticos la medida está rodeada de toda clase de precauciones y cautelas para evitar que el gobierno pueda hacer un uso abusivo de la misma». FERNÁNDEZ GALIANO, A. y DE CASTRO CID, B., *Lecciones de Teoría del Derecho y Derecho Natural*, Madrid, Ed. Universitas S. A., 1993, p. 458.

Además, «la doctrina pone ciertos límites generales a la suspensión de los derechos, todos los cuales reafirman su naturaleza excepcional»¹⁹. Los límites son los siguientes: 1) No se pueden suspender todos los derechos al mismo tiempo. Si es preciso suspender algunos, deben mantenerse los otros, a fin de que no se produzca una situación totalmente antidemocrática. 2) Los derechos no se pueden suspender por cualquier causa, sino únicamente por aquellas previamente tasadas y expresadas en la ley. Nos referimos al estado de sitio y excepción. 3) Además, los motivos o causas por los que se produce la suspensión deben estar legal y constitucionalmente tasados, de modo que no puedan ser cualesquiera. 4) Como ya se había explicado, la suspensión de derechos debe ser siempre temporal con tiempos y plazos previamente establecidos en la normativa.

Así las cosas, nos preguntamos ¿qué es un «estado de excepción»? Para responder a esta pregunta acudimos de nuevo a la misma fuente del diccionario jurídico. En sus páginas se define el «estado de excepción» como la situación que se produce cuando «el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos necesarios para la comunidad u otro aspecto del orden público, resulten gravemente alterados. Será declarado por el gobierno mediante decreto acordado en Consejo de Ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. No podrá exceder de treinta días (arts. 55²⁰ y 116.3²¹ de la Constitución Española de 1978).

Próximo al «estado de excepción», pero con una carga jurídica diferente se encuentra el «estado de alarma». Según la misma fuente hasta

¹⁹ PUY MUÑOZ, F., «Suspensiones de los derechos fundamentales» en Puy Muñoz, Francisco, y López, Ángeles (coord.), *Manual de Teoría del Derecho*, Madrid, Ed. Colex, 1999, p. 304.

²⁰ Artículo 55 de la CE: 1) Los derechos reconocidos en los artículos 17, 18, apartados 2 y 3, artículos 19, 20, apartados 1, a) y d), y 5, artículos 21, 28, apartado 2, y artículo 37, apartado 2, podrán ser suspendidos cuando se acuerde la declaración del estado de excepción o de sitio en los términos previstos en la Constitución. Se exceptúa de lo establecido anteriormente el apartado 3 del artículo 17 para el supuesto de declaración de estado de excepción.

²⁾ Una ley orgánica podrá determinar la forma y los casos en los que, de forma individual y con la necesaria intervención judicial y el adecuado control parlamentario, los derechos reconocidos en los artículos 17, apartado 2, y 18, apartados 2 y 3, puedan ser suspendidos para personas determinadas, en relación con las investigaciones correspondientes a la actuación de bandas armadas o elementos terroristas. La utilización injustificada o abusiva de las facultades reconocidas en dicha ley orgánica producirá responsabilidad penal, como violación de los derechos y libertades reconocidos por las leyes.

²¹ Artículo 116.3 de la CE: «El estado de excepción será declarado por el Gobierno mediante decreto acordado en Consejo de ministros, previa autorización del Congreso de los Diputados. La autorización y proclamación del estado de excepción deberá determinar expresamente los efectos del mismo, el ámbito territorial a que se extiende y su duración, que no podrá exceder de treinta días, prorrogables por otro plazo igual, con los mismos requisitos».

ahora empleada, se trata de una «situación oficialmente declarada de grave inquietud para el orden público, que no implica la suspensión de ciertas garantías constitucionales (como ocurre en el estado de excepción y de sitio), sino solo algunas limitaciones que no suponen suspensión. Este estado, será declarado por el gobierno, mediante decreto acordado en el Consejo de Ministros, por un plazo máximo de quince días, dando cuenta al Congreso de los Diputados (arts. 55 y 116. 1 de la Constitución Española de 1978).

¿Qué sucedió en España? ¿Ante qué caso nos encontramos? ¿Se produjo una limitación de derechos amparada por el estado de alarma? O por el contrario ¿se produjo una suspensión total de derechos que solo podría darse, de acuerdo con la Constitución Española (CE) después de haber sido declarado el estado de excepción o de sitio?

Es importante determinar estos extremos porque la diferencia entre la declaración de un estado o de otro es importante. Especialmente, y por lo que respecta a los derechos fundamentales, porque en un caso, estado de alarma, los derechos se limitan, pero no se suspenden; y en el otro, estado de excepción, los derechos pueden ser suspendidos, aunque con ciertas garantías, de forma temporal y proporcional.

Parece claro que los efectos de las dos medidas son diferentes en cuanto a grado e intensidad.

En efecto, cuando los derechos se limitan, pero no se suspenden o eliminan, aunque sea temporalmente, el ser humano siente que se encuentra más defendido por el Estado. Se trata, en realidad, de una conquista histórica. Los derechos humanos se han ido afianzando, generalizando y ampliando. De modo que «la estrategia reivindicativa de los derechos humanos se presenta hoy con rasgos inequívocamente novedosos al polarizarse en torno a temas tales como el derecho a la paz, los derechos de los consumidores, el derecho a la calidad de vida, o a la libertad informática»²².

En mi opinión, los derechos no surgen porque el Estado los reconozca, sino que son anteriores a cualquier reconocimiento, pero es indudable que su positivación en normas jurídicas les da una fuerza mayor que su sola presencia en la moral y costumbres de los seres humanos. Esta fuerza es especialmente importante cuando se producen los incumplimientos, porque la ausencia de respaldo legal puede producir un rechazo social, incluso generalizado, pero no lleva aparejado castigo, a no ser el de ostracismo. En ese sentido entendemos las opiniones que destacan la importancia de la positivación de los derechos, aunque como hemos dicho en nuestro caso la entendemos como elemento de refuerzo y no constitutivo.

²² PÉREZ LUÑO, A. E., «Derechos y constitucionalismo en la actualidad: ¿continuidad o cambio de paradigma?», en Pérez Luño, Antonio Enrique (coord.), *Derechos Humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid, Marcial Pons, 1996, p. 14.

Otros autores, por el contrario, opinan que: «El concepto de «derecho fundamental» no se puede reducir de manera exclusiva a dimensiones formales y estructurales, ya que éstas, en última instancia, adquieren sentido como expresión de elecciones morales y políticas.... Pero esto es compatible con el reconocimiento de la dificultad de llevar a cabo una teoría «pura» de los derechos, desde el momento en que éstos son el resultado de la plasmación jurídica de dimensiones de moralidad fuertes sin las cuales aquellos carecen de sentido»²³.

Por eso resulta extremadamente grave y complicado tomar medidas que dificulten el ejercicio de los derechos humanos y no digamos ya, su suspensión. Los seres humanos, afortunadamente, contemplan en este momento, la eficacia de los derechos como algo normal en su vida. Digo afortunadamente, porque eso quiere decir que el pleno disfrute de los derechos humanos ya no es una excepción, al menos no lo es en los países del llamado primer mundo, pues, aunque sea necesario conseguir todavía muchas mejoras que permitan alcanzar la plena justicia en las relaciones humanas, lo cierto es que se ha avanzado mucho si echamos la vista atrás y hacemos un repaso histórico.

Los derechos fundamentales expresan «el conjunto de valores o decisiones axiológicas básicas de una sociedad consagrados en su normativa constitucional, los derechos fundamentales contribuyen con la mayor amplitud y profundidad a conformar el orden jurídico infra constitucional»²⁴. De modo que, los seres humanos defienden y comprenden el pleno disfrute de los derechos como un derecho subjetivo irrenunciable.

Así considerados los derechos, es desde luego muy positiva la situación en la que ahora nos encontramos. Pero, por otra parte, la certeza del disfrute razonable de los derechos hace que los seres humanos hayan perdido, al menos en parte, la noción del deber y de la responsabilidad que el disfrute de los derechos lleva aparejada.

De modo que, poniendo en relación ambos extremos, lo cierto es que resulta muy complicado hoy en día realizar, siquiera, una limitación de derechos, y mucho más una suspensión, aunque sea razonable, como en el caso que estamos analizando.

²³ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., «Ordenamiento jurídico y derechos humanos» en Tamayo, Juan José (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, Navarra, Editorial Verbo Divino, 2005, p. 307. Aunque la posición de este autor es moderada, podemos observar que, desde su punto de vista, aunque la moral sea importante como sustento de los derechos, éstos en realidad surgen con su «plasmación jurídica». La diferencia con la posición que yo defiendo, y que es más iusnaturalista, es que los derechos existen por sí mismos, porque pertenecen a la dignidad humana. Si el ordenamiento jurídico los reconoce, los dota de un valor añadido a efectos de su protección, pero no tiene el poder de hacerlos surgir. Mientras que el autor citado opina de forma contraria. Piensa que es muy importante que los derechos estén apoyados en la moralidad y de alguna manera protejan la dignidad del ser humano, pero su surgimiento se produce cuando se plasman en leyes positivas. Antes son meros deseos.

²⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2007, pp. 21-22.

Es así porque el ejercicio, e incluso la eficacia de los derechos, está directamente relacionada con el disfrute de la dignidad, y no podemos olvidar que «la dignidad humana es hoy un referente del pensamiento moral, político y jurídico, y para este último se presenta como criterio de fundamentación de los valores, los principios y los derechos»²⁵.

Quizá por esto, en el momento de la pandemia, España optó por la medida menos drástica, es decir, por la preferencia por el estado de alarma, frente al de excepción.

Esta medida se estableció a través del Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo que fue prorrogado cinco veces²⁶ y funcionó como la norma fundamental a consultar frente a cualquier problema que surgiera en relación con el confinamiento.

Transcurrido el tiempo de autorización de la quinta y última prórroga, se aprobó un Real Decreto más. Me refiero al 555/2020 de 5 de julio, con vigencia hasta el 21 de junio. La nueva normativa, aunque se basa en el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, presenta algunas diferencias importantes y por eso no se cuenta dentro de las prórrogas estrictas del mismo. El nuevo Real Decreto inicia lo que se denomina la «desescalada», permitiendo la movilidad en algunas zonas de España y negándola en otras. En realidad, y aunque se rompía el principio de igualdad de todos los ciudadanos españoles, esta limitación estaba justificada pues la situación sanitaria de los distintos lugares era muy diferente. Y, siendo las medidas del primer Real Decreto de 14 de marzo, tan restrictivas, no convenía extenderlas innecesariamente si la situación no lo demandaba.

Así fueron transcurriendo las cosas, hasta que mediante el Real Decreto 956/2020 de 3 de noviembre se prolongó el estado de alarma durante seis meses más, es decir hasta el 9 de mayo de 2021. A partir de ese momento, se nos informó de que «el Gobierno quería que el 9 de mayo se produjese el «punto final» del estado de alarma y que a partir de entonces fuera el Consejo Interterritorial quien tomase las decisiones»²⁷.

La prolongación del estado de alarma durante seis meses fue algo no solo inusual sino también contrario a la normativa. Recordemos que el artículo 116.2 de la CE decretaba un plazo máximo de quince días, plazo que fue respetado durante las primeras cinco prórrogas del primer Real Decreto de 14 de marzo. Así las cosas, nos preguntamos: ¿Por

²⁵ PECES BARBA, G., «Dignidad humana» en Tamayo, Juan José (dir.), *10 palabras clave sobre derechos humanos*, op. cit., p. 58.

²⁶ El Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo fue prorrogado mediante las solicitudes que el gobierno realizó frente al Congreso de los Diputados los días 24 de marzo, 7 de abril, 21 de abril, 5 y 19 de mayo. Todas estas solicitudes fueron informadas favorablemente por el Congreso de los Diputados si bien es cierto que sobre todo en las últimas ocasiones, se alzaron bastantes voces en contra de la prórroga. De modo que al fin fueron ganadas por mayoría, pero en algunos casos muy ajustada.

²⁷ <https://www.europapress.es/temas/estado-de-alarma/>

qué el gobierno concedor de esta norma, decidió obviarla sabiendo que cometía con ello un desacato a la norma escrita? Pues, a mi juicio, porque no podía hacerlo de otra manera. Era consciente de que las últimas prórrogas de la declaración del estado de alarma habían sido aprobadas por el mínimo de votos requeridos, y que, en esta nueva ocasión, ya no disponía, ni siquiera, de esos votos mínimos. De modo que antes de arriesgarse a una más que segura pérdida de la votación, decidió no someterse a ella, y simplemente prorrogar durante seis meses la situación. De un plumazo se saltó 12 peticiones de prórroga.

¿Por qué no querían los demás partidos del Congreso de los Diputados seguir apoyando la declaración de estado de alarma? Pues desde luego algunos por cuestiones meramente políticas de negar un voto que sabían decisivo para quien lo solicitaba para conseguir, a cambio de otorgarlo al fin, alguna prebenda que solía variar de importancia en función de la necesidad del propio voto.

De esos no nos ocuparemos. Simplemente, aunque sabemos que es una práctica habitual no nos gusta, pues la consideramos en general abusiva y próxima al soborno.

Pero, nos preguntamos ¿por qué se negaron los otros partidos? A mi juicio porque entendían, entre otras cosas, que, en la declaración del estado de alarma, se estaban produciendo limitaciones de los derechos fundamentales que no estaban amparadas por la ley.

De hecho, con la pandemia y posterior confinamiento, se limitaron gravemente derechos como «la vida, la sanidad, los medicamentos, la igualdad, el trabajo, la libertad de movimientos y la libertad de reunión, pero en realidad, casi todos los derechos sufrieron con las restricciones a las que nos vimos abocados»²⁸.

A pesar de ello y, en general, no se discutió la necesidad de adopción de esas medidas u otras similares. Pues la mayoría de las personas, sobre todo al principio, entendieron que la situación era tan grave que era preciso tomar decisiones drásticas para poder paliar la situación.

Por eso, los mismo diputados que interpusieron el recurso, señalaron en el mismo: «somos conscientes de la grave situación creada por la pandemia causada por el virus SARS-CoV-2 y de la necesidad de adoptar medidas que contribuyan a preservar la salud y seguridad de los ciudadanos, pero solo cabe hacer frente a la excepcionalidad de la situación dentro de los mecanismos constitucionales y no al margen de ellos, pues aceptar que la gravedad de la crisis permita una derogación *in toto*, siquiera transitoria de la Constitución, supondría una inaceptable degradación democrática»²⁹.

²⁸ OTERO PARGA, M. & REYNOSO PABLOS, M.ª L., *Limitaciones y suspensiones de los derechos humanos en los tiempos de pandemia*, op. cit., p. 38.

²⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio de 2021, BOE-A-2021-13032, antecedentes, fundamento A, párrafo 3.

En esta frase estaba quizá la clave del problema. El pueblo español entendió, asumió y se sometió, yo creo que, de forma impecable salvo deshonrosas excepciones, que nos encontrábamos ante una situación muy grave, extremadamente grave, que exigía medidas de igual envergadura. Por eso, al principio, tanto la sociedad en general, como los partidos políticos en particular, aceptaron de mejor o peor gana, pero aceptaron, las medidas que le fueron trasladadas, bajo la cobertura legal del estado de alarma.

Pero poco a poco esta situación fue cambiando. Los partidos políticos fueron retirando su apoyo al gobierno que cada vez tenía menor margen para la aprobación, cada quince días, de los sucesivos estados de alarma, y, el pueblo, se cansaba de las restricciones. Comenzaron a surgir las dudas de si las medidas que se nos estaban imponiendo eran o no razonables. Cada día aparecían nuevos «expertos» que nos bombardeaban con sus «opiniones» que se suponía que eran «científicas», en las que defendían formas de actuación contrarias, hasta radicalmente distintas.

El pueblo empezó a dudar y eso era grave porque en el fondo, el respeto o no de los derechos debe establecerse, desde luego por las leyes de un país, pero también es necesaria la colaboración ciudadana. Es así porque, «en definitiva, el establecimiento de un régimen internacional efectivo de los derechos humanos implica una limitación sustancial del poder soberano de los Estados, que ya no podrán dar a sus súbditos el trato que quisieran en esta materia, vital para los individuos. Y, al propio tiempo, significa la promoción jurídico-internacional del individuo, su elevación a sujeto del derecho internacional positivo internacional»³⁰.

El profesor Truyol habla en este caso del ámbito internacional, pero sus palabras son aplicables entiendo, al ámbito nacional y desde luego encierran una importante enseñanza. Enseñanza que se podría resumir así: Son los ciudadanos de los países y no sus gobernantes o legisladores, aunque éstos ayuden en el proceso, los directamente responsables y artífices del respeto por los derechos humanos. Ese pueblo, en España y en el resto de los países, quiere vivir disfrutando de la plena eficacia de sus derechos, de modo que sus limitaciones, y desde luego sus suspensiones, deben ser muy justificadas, proporcionales, legales, temporales y percibidas como la única vía posible para una situación determinada.

¿Fue este el caso de España? En parte así fue. Como ya dije, el gobierno español decidió adoptar el estado de alarma y no el de excepción. Lo hizo así desde un principio, y después, como explicamos, quizá no encontró apoyos suficientes ni para seguir prorrogando el estado de alarma, ni para cambiar a uno de excepción. Pero, aunque esta fuera una de las razones que movieron a tomar esta decisión ofi-

³⁰ TRUYOL SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 9.

cialmente, lo cierto es que entendemos que no puede ser defendida, o al menos no sin contar con algún otro respaldo legal. El gobierno lo encontró en la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio de los estados de alarma, sitio y excepción³¹.

Efectivamente el artículo 4 b) de esta Ley Orgánica establece que el gobierno podrá declarar estado de alarma con motivo de «crisis sanitarias» tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

Y, nos preguntamos, la declaración de este estado, ¿qué limitaciones implica? La propia ley responde en el artículo 11³²: Lo hace de esta manera: el estado de alarma se refiere a la limitación a la circulación o permanencia de personas y vehículos en horas y lugares determinados, práctica de requisas temporales, intervención temporal de industrias, limitación o control de artículos de primera necesidad y aseguramiento del abastecimiento de los productos de primera necesidad.

Efectivamente todo eso pasó y se cumplió con la declaración del estado de alarma.

Pero, me pregunto, ¿qué dice esa Ley con relación al estado de excepción? ¿qué diferencias prácticas se producen en relación con el estado de alarma?

El artículo 13 de la ley responde a esta pregunta³³. De la redacción del artículo puede deducirse que el estado de excepción es

³¹ Artículo 4 de la LO 4/1981 de 1 de junio: El Gobierno, en uso de las facultades que le otorga el artículo 116-2 de la Constitución, podrá declarar el estado de alarma, en todo o parte del territorio nacional, cuando se produzca alguna de las siguientes alteraciones graves de la normalidad.

a) Catástrofes, calamidades o desgracias públicas, tales como terremotos, inundaciones, incendios urbanos y forestales o accidentes de gran magnitud.

b) Crisis sanitarias, tales como epidemias y situaciones de contaminación graves.

c) Paralización de servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28-2 y 37-2, de la Constitución, concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo.

d) Situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad.

³² Artículo 11 de la LO 4/1981 de 1 de junio. Con independencia de lo dispuesto en el artículo anterior, el decreto de declaración del estado de alarma, o los sucesivos que durante su vigencia se dicten, podrán acordar las medidas siguientes:

a) Limitar la circulación o permanencia de personas o vehículos en horas y lugares determinados, o condicionarlas al cumplimiento de ciertos requisitos.

b) Practicar requisas temporales de todo tipo de bienes e imponer prestaciones personales obligatorias.

c) Intervenir y ocupar transitoriamente industrias, fábricas, talleres, explotaciones o locales de cualquier naturaleza, con excepción de domicilios privados, dando cuenta de ello a los Ministerios interesados.

d) Limitar o racionar el uso de servicios o el consumo de artículos de primera necesidad.

e) Impartir las órdenes necesarias para asegurar el abastecimiento de los mercados y el funcionamiento de los servicios de los centros de producción afectados por el apartado d) del artículo 4.

³³ Artículo 13 de la LO 4/1981 de 1 de junio.

Uno. Cuando el libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, el de los servicios públicos

mucho más grave que el de alarma. ¿Qué limitaciones establece? Los artículos de la Ley Orgánica van desgranando desde los artículos 13 a 31, cada uno de ellos y su conjunto implica una privación absoluta, diría yo, de los derechos de los ciudadanos. Bien es cierto que esa privación debe ser aceptada por el Congreso de los Diputados, que no puede exceder de 30 días y debe expresar de forma clara, qué derechos restringe.

Exponen los demandantes de la sentencia que estamos comentando, que «el gobierno a través de los reales decretos impugnados ha excedido aquellas medidas, infringiendo la Constitución (arts. 55 y 116) y la Ley Orgánica 4/1981 y vulnerando los derechos fundamentales que a continuación se detallan»³⁴. Estos artículos son el 17³⁵, 19³⁶, 21³⁷ y 25³⁸ de la Constitución.

Dicen también que «el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 supone una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia (art. 19 CE), pues mediante este precepto el gobierno ha impuesto el confinamiento total de la población. y con ello una suspensión total del derecho fundamental contrario a la CE y a la Ley Orgánica 4/1981»³⁹.

Abundan en la idea respecto del artículo 19 de la CE, afirmando que se han limitado de forma drástica los derechos, con lo que se ha producido, más que una limitación, una suspensión de estos, contraria

esenciales para la comunidad, o cualquier otro aspecto del orden público, resulten tan gravemente alterados que el ejercicio de las potestades ordinarias fuera insuficiente para restablecerlo y mantenerlo, el Gobierno, de acuerdo con el apartado 3 del artículo 116 de la Constitución, podrá solicitar del Congreso de los Diputados autorización para declarar el estado de excepción.

Dos. A los anteriores efectos, el Gobierno remitirá al Congreso de los Diputados una solicitud de autorización que deberá contener los siguientes extremos:

a) Determinación de los efectos del estado de excepción, con mención expresa de los derechos cuya suspensión se solicita, que no podrán ser otros que los enumerados en el apartado 1 del artículo 55 de la Constitución.

b) Relación de las medidas a adoptar referidas a los derechos cuya suspensión específicamente se solicita.

c) Ámbito territorial del estado de excepción, así como duración del mismo, que no podrá exceder de treinta días.

d) La cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa esté autorizada para imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción.

Tres. El Congreso debatirá la solicitud de autorización remitida por el Gobierno, pudiendo aprobarla en sus propios términos o introducir modificaciones en la misma.

³⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, antecedentes A) párrafo 4 final.

³⁵ El artículo 17 de la CE de 1978, regula el derecho a la libertad y a la seguridad.

³⁶ El artículo 19 de la CE de 1978, regula la libertad de elegir residencia.

³⁷ El artículo 21 de la CE de 1978, regula el derecho de reunión pacífica y sin armas.

³⁸ El artículo 25 de la CE de 1978, regula el derecho a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no estuviesen tipificados.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, antecedentes, B), a).

a derecho, pues «solo en los estados de excepción o de sitio cabe acordar la suspensión de derechos fundamentales»⁴⁰. Pues, continúan alegando, «la regla general es que «estos derechos reconocen una esfera de libertad natural intangible para el Estado»⁴¹.

Similares objeciones se establecen en relación con el resto de los artículos impugnados, esto es 19, 21 y 25. En todas ellas se defiende la idea de que los derechos fundamentales pertenecen a la esfera intangible del ser humano, aquella que protege su dignidad, y, por lo mismo, deben ser respetados hasta los límites más altos posibles. De modo que, la declaración del estado de alarma, con suponer una limitación importante, no es suficiente para suspender los derechos, aunque sí para limitarlos.

A juicio de los demandantes, durante el llamado «confinamiento» decretado en marzo de 2020, bajo la apariencia de simples limitaciones legítimas, por la situación en la que se encontraba el país, en realidad lo que se produjeron fueron auténticas suspensiones de derechos que, ni estaban amparadas por el Real Decreto 463/ 2020, ni por la Ley Orgánica 4/1981, ni por supuesto por la CE como norma básica del ordenamiento jurídico español. Estas suspensiones fueron por tanto ilegales e ilegítimas.

El recurso presentado por los demandantes incluía también la supuesta vulneración de otros derechos como la libertad de educación o de culto, que no analizaremos en este momento, entre otras cosas porque no fueron apreciados por el Tribunal Constitucional.

La abogacía del Estado por supuesto presentó sus alegaciones mediante escrito de 5 de julio de 2020. Entre ellas recogía que «aunque la demanda asume la excepcional crisis sanitaria que afecta a todo el territorio nacional, impugna las medidas adoptadas sin aportar ninguna alternativa jurídica para responder a dicha crisis, más allá de las menciones a la aplicación del estado de excepción»⁴².

Continúa argumentando lo que parece ser el meollo de su defensa. En efecto, afirma que en realidad en España no se produjo en ese momento, y pese a la situación de extraordinaria excepcionalidad que

⁴⁰ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, antecedentes, B), a).

⁴¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, antecedentes, B), a).

⁴² Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, alegaciones, 5 b). Aunque entiendo que la misión del abogado del Estado es alegar en contra del recurso presentado contra la actuación del gobierno, parece excesivo, y desde luego a mi juicio innecesario, establecer o incluso exigir, que se presente una medida alternativa a la criticada como inconstitucional. Por otro lado, en este caso, hasta el mismo abogado del Estado reconoce que al menos se ofrece una, que es la declaración del estado de excepción, en vez de acudir al estado de alarma, ya que el primero, el de excepción, admite la suspensión de derechos fundamentales, y no únicamente la limitación de estos, situación ésta que se produjo, al menos de acuerdo con la opinión de los demandantes.

se vivió, ninguna suspensión de derechos, sino únicamente, una limitación parcial de los mismos⁴³.

Esta idea aparece una y otra vez a lo largo de todo el escrito de alegaciones, mostrando que la abogacía del Estado era consciente de que rebatir esta afirmación era crucial para poder ganar el recurso.

En efecto, si lo que se había producido en España había sido una limitación de derechos, habría sido correcta la declaración del estado de alarma decretado por el gobierno. Si, por el contrario, nos encontramos ante una suspensión de derechos en toda regla, la única vía legal posible para declararla era el estado de excepción⁴⁴.

Una vez analizados los fundamentos jurídicos, el Tribunal Constitucional decidió, como ya he comentado en la breve exposición inicial de la sentencia, que debía estimar parcialmente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra el Real Decreto 463/2020 de 14 de marzo, en los apartados 1, 3 y 5 del artículo 7, del Real Decreto mencionado⁴⁵. Con este resultado, parece que el Tribunal Constitucional coincidió con los demandantes cuando afirmaban que: «el artículo 7 del Real Decreto 463/2020 supone una derogación de la libertad de circulación y de la libertad de residencia (art. 19 CE), pues mediante este precepto, el Gobierno ha impuesto el confinamiento de la totalidad de la población residente en el territorio nacional y, con ello, una suspensión del derecho fundamental contraria a la Constitución y a la Ley Orgánica 4/1981»⁴⁶.

4. BREVE ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN EN LOS PAÍSES LIMÍTROFES

Con lo hasta ahora expuesto parece quedar bastante claro lo que sucedió en nuestro país durante la pandemia. Como hemos visto, las decisiones adoptadas por el gobierno fueron controvertidas, hasta el punto de tener que pronunciarse sobre ellas el Tribunal Constitucional.

⁴³ «En los Reales Decretos que han acordado las sucesivas prórrogas se han incluido modificaciones del Real Decreto 463/2020 mediante las que se ha precisado, ampliado o rebajado, el alcance de las medidas iniciales, lo que muestra que las limitaciones a los derechos fundamentales se han ido reduciendo y adaptando de forma proporcionada a la evolución de la pandemia, sin que en ningún caso se hayan suspendido derechos fundamentales». Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio, alegaciones, 5, c), 4.

⁴⁴ Resultan curiosas algunas afirmaciones que aparecen dispersas a lo largo de toda la sentencia en la parte de las alegaciones, en las que la abogacía del Estado afirma que no se suspendieron derechos, simplemente se limitó la posibilidad real de ejercerlos. Por ejemplo, alegaciones 5.e), primer párrafo, en relación con el artículo 21 que se refiere al derecho de reunión pacífica y sin armas.

⁴⁵ La sentencia es más larga, pero esta es la parte que más nos interesa a efectos del trabajo que estamos desarrollando.

⁴⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio antecedentes B. a).

Pero, nos preguntamos ¿qué sucedió en los países de nuestro entorno? ¿se declaró también el estado de alarma? ¿o fue el de excepción? Nos hacemos esta pregunta para tratar de averiguar si Europa funcionó, en este caso concreto, con un espíritu unido, con intereses y valores semejantes. Es decir, si el deseo de Häberle de conseguir una Europa única y unida se ha consumado, está en vías de hacerlo, o simplemente se ha traducido en fracaso.

Pues bien, en Francia no se declaró ni el estado de sitio, ni el de excepción, sino el de «emergencia sanitaria». Esta situación, con cambio de nombre incluida, no es de extrañar ya que «el 2020 se recordará como el año en el que los Estados, desestabilizados por la propagación de un virus hasta ahora desconocido, tuvieron que sacrificar la normalidad, y con ella la buena salud económica, en un intento por limitar el número de muertes de sus ciudadanos y evitar el colapso del sistema sanitario»⁴⁷.

Esta declaración establecía, lógicamente, un método extraordinario, pensado para una situación extraordinaria, que por ese motivo no podía dejar de ser legal. Por eso se aprobó una ley a finales de marzo de 2020, en gran medida inspirada en el estado de emergencia diseñado en abril de 1955⁴⁸.

La regulación interna de esta ley derogaba, al menos en gran medida, el derecho común en el ámbito específico de los derechos y libertades. Excepción que solo era tolerable por tratarse de una medida con duración temporal⁴⁹.

En efecto, la ley de 23 de marzo de 2020 tenía una duración fijada en el tiempo. Nació ya con fecha de caducidad que se situaba en abril de 2021, esto es, un año aproximadamente después de haber sido promulgada.

El Consejo de Estado recogió la idea de que para los franceses era fundamental conjugar las medidas excepcionales con el respeto por los derechos y deberes fundamentales, situación que se mostraba como efectivamente difícil de conseguir⁵⁰.

⁴⁷ ALCARAZ, H., «El estado de emergencia sanitario en Francia ¿elogio de la excepción?», en BIGLINO CAMPOS, P. y DURÁN ALBA, F., *Los efectos horizontales de la COVID sobre el sistema constitucional*, Zaragoza, Colección Obras colectivas, Fundación Manuel Giménez Abad, 2020, DOI: <https://doi.org/10.47919/FMGA.OC20.0023>.

⁴⁸ Basándose en la vieja teoría jurisprudencial de las circunstancias excepcionales el Consejo de Estado (apoyándose en otras dos sentencias) permitió trastocar las reglas clásicas de reparto de competencias entre autoridades administrativas. La consecuencia fue la vulneración, o al menos limitación importante del derecho a la libertad.

⁴⁹ El estado de emergencia sanitaria solo puede ser prorrogado por el Parlamento durante más de un mes tras el dictamen del Comité Científico.

⁵⁰ La figura principal es el primer ministro para dictar las medidas policiales requeridas por la situación sanitaria (con los Prefectos). Esta competencia es lógica ya que el primer ministro es el titular de la Policía Administrativa General (aunque aquí se convierta en una policía administrativa especial) con jurisprudencia Conseil D'Etat

Tanto es así que los integrantes del ejecutivo pretendieron establecer esta ley con dos partes diferenciadas. Una, se referiría únicamente a la actual pandemia, y, por lo mismo, tendría una fecha de caducidad clara; pero la otra, se refería a los asuntos sanitarios de especial gravedad y urgencia, y, por lo mismo, podría ser de carácter permanente.

Analizada la situación, el legislador francés no permitió este proyecto y decidió que la duración de toda la ley sería de un año. ¿Por qué? Porque el Parlamento fue reacio a dar el visto bueno a un mecanismo nuevo que de por sí suponía una limitación de derechos y libertades importante, que, a su juicio, solo podía adoptarse y con muchas cautelas, en caso de urgente necesidad, y desde luego, con un plazo claramente establecido.

Transcurrido ese plazo, la ley de 9 de julio de 2020 organizó la salida del estado de emergencia sanitaria, estableciendo un régimen transitorio hasta el 31 de octubre de 2020.

En Francia se declaró un toque de queda desde las 9 de la noche hasta las 6 de la mañana, pero el presidente Macron tuvo mucho cuidado de explicar a la población que no se trataba de una suspensión de derechos sino exclusivamente de una limitación de estos.

Con todas estas medidas, y las sucesivas modificaciones que fueron precisas por la venida de las distintas olas de la enfermedad, Francia fue, al igual que el resto de los países, vacunando a sus ciudadanos y consiguiendo con ello que la incidencia, y sobre todo la virulencia y la mortalidad de la enfermedad fuera menor.

¿Cuál fue la diferencia fundamental de Francia en relación con España? La primera y más visible es el nombre. En España se declaró un estado de alarma y en Francia de emergencia sanitaria. Esta, con ser la diferencia más llamativa y la más fácil de observar, no me parece, sin embargo, la más importante.

Juzgo que la más importante fue la cobertura legal que en el caso francés se produjo en todo momento, buscando una normativa que le permitiera tomar las medidas que estaba tomando. Medidas mejores o peores, pero respaldadas por ley. Ese no fue el caso de España.

¿Qué sucedió con Portugal? El 13 de marzo de 2020, el primer ministro Antonio COSTA anunció el «estado de alerta» en todo el país que daría comienzo el lunes siguiente a la fecha del anuncio. El estado de alerta implicaba el cierre de escuelas, universidades, discotecas y la prohibición del desembarco de viajeros de cruceros, entre otras muchas medidas, aunque no el control fronterizo⁵¹.

(Consejo de Estado) Labonne 1919. La amplitud de las medidas impone que sea el Primer Ministro el competente y no solo el Ministro de Sanidad.

⁵¹ Discotecas y bares cierran y las competiciones deportivas se suspenden durante un par de semanas, al igual que los entrenamientos en los clubes de fútbol; los centros comerciales tendrán restricciones de su capacidad para evitar la aglomeración de personas, los restaurantes reducirán su capacidad máxima a un tercio y queda prohibida la visita a los centros de jubilados.

La medida era dura por lo que el primer ministro la justificó advirtiendo que: «Es una lucha por nuestra supervivencia y por la protección de la vida de los portugueses». La duración inicial de estas limitaciones fue desde el 14 de marzo hasta el 9 de abril.

Los dos primeros casos de COVID en Portugal se detectaron el 2 de marzo, y el 14, ya se estaban tomando medidas restrictivas. No se puede olvidar que Portugal fue el último país de la Unión Europea en ser golpeado con dureza por el virus, e incluso durante los primeros tiempos de la pandemia su comportamiento fue elogiado como el país que se había sabido enfrentar mejor a él.

En efecto, Portugal, por las razones que fuere, tuvo la suerte de ser contagiado por el virus más tarde que los otros países, por ejemplo, España, con la que comparte más de 1.200 kilómetros de fronteras, por lo que tuvo tiempo de prepararse.

A pesar de ello, cuando la enfermedad llegó, tuvo que enfrentarse a ella con igual o más virulencia que el resto de los países.

Así fue, de repente y Portugal fue duramente castigado por el Coronavirus. De hecho, el 2 de febrero de 2021 los medios de comunicación reconocían que: «en el país europeo, que había sorteado con relativo éxito la «primera ola» de la pandemia, el número de casos está disparado y la fuerte presión hospitalaria ha llevado a la apertura de hospitales de campaña y al traslado de pacientes a las islas portuguesas. Incluso hay un plan para mandarlos al extranjero»⁵². En ese momento Portugal ostentaba el dudoso mérito de ser el país europeo con mayor mortandad por el virus.

Cinco días más tarde de la declaración del estado de alerta, las medidas se endurecieron aún más con la declaración del «estado de emergencia», que impuso el cierre de todos los comercios no esenciales y el confinamiento general de la población.

Para ese momento, curiosamente, la población alertada por el ejemplo de España ya había decidido confinarse en sus casas para tratar de evitar el contagio, de modo que las medidas no les afectaron en gran medida.

Algo semejante sucedió con la clase política pues, en contra de lo que suele ocurrir en estos y otros casos, la oposición no cargó contra el gobierno, sino que prácticamente lo consideraron como un asunto de Estado, de modo que, el en aquel momento líder de la oposición, deseaba al primer ministro: «coraje, nervios de acero y mucha suerte»⁵³ a la par que le ofrecía su total colaboración y pedía a sus militantes que refrenasen las críticas al gobierno.

Existen diferencias claras entre la forma de gestionar la crisis sanitaria de España y Portugal. De nuevo varía el nombre, en España estado de alarma, en Portugal estado de alerta y de emergencia. Las restricciones parecen ser similares si bien tomadas en distintos momentos.

⁵² <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-55893796>

⁵³ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52300024>

La actitud, de la población quizá no fue tan distinta, porque creo que en España el pueblo llano se portó en general con entereza respetando al máximo las restricciones que le fueron llegando. No sucedió lo mismo con la clase política que como ya hemos comentado fue quizá el origen de los «desajustes» legales que se presentaron.

Y qué sucedió en los países nórdicos: «Los países nórdicos han actuado de maneras muy heterogéneas. Suecia es el país más poblado de los cinco, el que ha tomado medidas más laxas y el que más afectado se ha visto⁵⁴. El resto, con Noruega y Dinamarca a la cabeza, han seguido la línea de los países más afectados de Europa (España e Italia) y han decretado medidas de cuarentena y confinamiento, aunque algunas no hayan sido de manera total»⁵⁵.

5. CONCLUSIÓN

La pregunta que nos hacíamos al principio de este trabajo era si es posible, plausible, o factible, la creación de una gran unidad europea, en la que los países europeos, sin perder su soberanía, busquen objetivos comunes más allá de las propias leyes positivas, que les permitan actuar de modo conjunto y resolver los problemas apoyándose los unos a los otros como en una gran familia. Este parecía ser el sueño de Häberle.

Para responder a esta pregunta analizamos la actuación de algunos países con motivo de las medidas adoptadas en la pandemia. Estudiamos con mayor profundidad el caso de España, para el que utilizamos la sentencia del Tribunal Constitucional 148/2021 de 14 de julio de 2021.

A continuación, nos referimos brevemente al caso de Francia y de Portugal, por tratarse de los países limítrofes con España y, por último, hicimos una brevísima referencia a países muy alejados que, sin embargo, interesaban por presentar rasgos diferenciales.

Hecho este análisis, creo que ha llegado el momento de emitir una valoración.

En efecto, hasta ahora hemos querido mostrar un relato fidedigno y no valorativo (en la medida de lo posible, pues no hemos podido evitar hacer algún comentario al respecto en la letra de este pequeño estudio). Pero este trabajo quedaría incompleto si no diéramos un paso más. Ese paso, que iniciamos ahora, consiste en manifestar nuestra propia opinión sobre la existencia o no de una Europa fuerte y cohesionada. De una Europa unida y potente, que sepa encarar sus problemas con espíritu de familia, derivado de unos valores compartidos.

⁵⁴ Su experiencia negando la incidencia del virus y apostando porque era mejor que se contagiaran todos los habitantes pronto para desactivar el problema, fue claramente un fracaso.

⁵⁵ https://as.com/diarios/2020/04/21/actualidad/1587457074_247769.html

La respuesta lamentablemente es que no. Los sueños de Häberle no parecen haberse cumplido. Europa no funciona a pleno rendimiento como una familia unida con identidad de valores, aun conservando la soberanía de cada Estado.

Vivimos en un mundo de globalización, de fronteras abiertas, un mundo que podría sugerir una identidad o unión que deja de existir cuando en realidad aparece algún problema serio. Lo hemos visto con los ejemplos puestos de la pandemia y de Ucrania. Lo vemos con los desastres continuos en pérdidas de vidas humanas de la emigración sin control y los grandes éxodos de población.

¿Qué sucede? ¿Podemos pensar quizá que al sueño europeo le falta tiempo todavía para poder desarrollarse en la medida esperada? Lamentablemente creo que no. Ha transcurrido ya bastante tiempo desde que se inició este proyecto y el resultado creo que no es el deseado.

No es una cuestión de tiempo, es un problema de concepto. La Unión Europea no está definida, o al menos no lo está de forma suficientemente eficaz, para conseguir el proyecto deseado por Häberle entre otros.

¿Qué ha fallado? Yo creo que ha fallado la identificación de valores comunes, que son en suma los que fundamentan la fuerza de las uniones cuando por el motivo que sea ésta se debilita.

Esos valores existen, pero aún no se han localizado y urge hacerlo, pues de otro modo, el sueño europeo será una quimera. ¿Cuáles podrían ser? Me permito enunciar alguno. Paz, justicia, solidaridad, responsabilidad, respeto por la ley, preferencia del bien común sobre el individual, respeto por la dignidad de las personas..., en fin, los valores que han sido la base de las naciones y de los pueblos durante muchos años y que hoy parecen ser lastimosamente olvidados.

El momento es difícil sin duda, pero la solución está en nuestras manos.

Los deberes implicados en la rehabilitación del modelo de la sociedad de bienestar

The duties involved in the rehabilitation of the welfare society model

Por IGNACIO ARA PINILLA
Universidad de La Laguna

RESUMEN

La viabilidad del modelo de la sociedad de bienestar se encuentra en entredicho. El argumento de la insostenibilidad económica de su realización ha propiciado una versión muy limitada de su efecto redistributivo y transformador que limita su radio de acción a la satisfacción de las necesidades más perentorias del individuo. La rehabilitación del modelo reclama la ponderación razonada de la densidad normativa de los bienes en juego que en ningún caso pudiera derivar en la discriminación en el disfrute de los derechos concernidos. Se impone al respecto el cumplimiento irrestricto de los deberes generales positivos enderezados a la eliminación de los condicionamientos de las voluntades individuales que conforman el consenso definiendo el sentido democrático de las políticas de bienestar.

Palabras clave: Bienestar. Derechos. Discriminación. Autonomía. Deberes Positivos.

ABSTRACT

The viability of the welfare society model is in question. The argument of the economic unsustainability of its implementation has led to a very limited

version of its redistributive and transformative effect that limits its radius of action to satisfying the most urgent needs of the individual. The rehabilitation of the model requires a reasoned consideration of the regulatory density of the assets at stake, which in no case could give rise to discrimination in the enjoyment of the affected rights. In this sense, the unrestricted fulfillment of positive general duties tending to eliminate the conditioning of individual wills that make up the consensus that defines the democratic sense of welfare policies is imposed.

Keywords: Welfare. Rights. Discrimination. Autonomy. Positive Duties.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. LAS VERSIONES DEL BIENESTAR. – 3. LA TÁCITA EXCLUSIÓN ESTRUCTURAL. – 4. LAS EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS DE LAS POLÍTICAS DE BIENESTAR. – 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE INTERPRETATIONS OF WELFARE. – 3. THE TACIT STRUCTURAL EXCLUSION. – 4. THE DEMOCRATIC DEMANDS OF WELFARE POLICIES. – 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Las dificultades económicas que presenta la realización del modelo de la sociedad de bienestar han conducido a una cierta contención de la acción pública al respecto. Ello no ha impedido que el modelo mantenga un crédito considerable en el imaginario colectivo, aun contemplado como un espejismo inalcanzable. La legitimidad de sus principios y su idoneidad como instrumento al servicio de la emancipación individual aconseja indagar las posibilidades de su efectiva puesta en práctica subrayando la mayor o menor consistencia del argumento de la insostenibilidad. Se trataría, en definitiva, de proponer una salida a la situación actual de estancamiento del sistema que permitiera profundizar en las exigencias que impone el fundamento democrático de su configuración.

La articulación del presente trabajo responde a ese objetivo. Partiremos del análisis de las distintas referencias de significado atribuidas a la idea de bienestar, apuntando las dificultades que entraña la realización efectiva de los niveles de bienestar que prescribe su versión más libertaria en el Estado prestacional. En un segundo apartado estudiaremos las deficiencias estructurales de realización de los derechos concernidos que ha experimentado el modelo en su momento de mayor implantación. Finalmente abordaremos la consideración de las exigencias que impone el modelo democrático en el diseño de las

políticas de bienestar asumiendo la necesidad de superar las referidas deficiencias estructurales advertidas en el pasado.

2. LAS INTERPRETACIONES DEL BIENESTAR

El compromiso institucional por el bienestar común representa una significativa seña de identidad del modelo jurídico dominante en nuestra órbita cultural. La fórmula del bienestar común oculta sin embargo una cierta ambigüedad. Por un lado, la mención a lo común parecería inducir la idea de que son todos los miembros de la comunidad (y no la mera generalidad) los beneficiados por ese despliegue normativo en favor del bienestar, pero deja un tanto impreciso el nivel de bienestar que a cada quien hubiera de resultar de la implicación jurídica al respecto. El dilema es si basta con una mejora no necesariamente idéntica de la situación de cada uno para dar por solventado el compromiso en cuestión o si, por el contrario, se requiere una afectación presidida por el principio de igualdad, en cuyo caso quedaría aún por aclarar si se trata de disponer los elementos vinculados por la afectación normativa para la garantía de unos niveles de bienestar semejantes al común de la población, o, por el contrario, de comprometer prestaciones idénticas, que, ciertamente, habrían de coadyuvar (aun manteniendo las diferencias del punto de partida) a la mejora de la condición personal de todos.

El reconocimiento general de los derechos sociales afianzó la vertiente igualitaria en el resultado del compromiso institucional, que no podría dejar de repercutir diferenciadamente al resultar también diversas las circunstancias que definen las posibilidades personales de acceso al objetivo que refiere el enunciado normativo de cada derecho social y la consiguiente necesidad de aportación pública correctora del desequilibrio inicial. Con todo, la tentación de subvertir los términos del compromiso institucional relegándolo a una simple mejora global o a una prestación idéntica que no podría garantizar la idéntica realización para todos del contenido de significado del enunciado normativo está siempre presente. Y cobra una particular intensidad ante las dificultades económicas que pudiera plantear la efectiva realización del modelo vigente.

Tampoco está exenta de ambigüedad la referencia semántica de la expresión bienestar. Ésta presenta efectivamente diferentes vertientes, como bienestar material, corporal, ambiental..., que aglutinarían un concepto omnicompreensivo «evaluativo y gradual»¹. El aspecto sicológico cobra una especial relevancia porque en último término va a ser el propio individuo quien, más allá de cualquier contribución ajena para la mejora de su situación personal, va a definir el signo del estado

¹ VALDÉS, M., «Dos aspectos en el concepto de bienestar», *Doxa*, 9, 1991, p. 69.

en que se encuentra. Se impone, no obstante, una cierta objetivación para dictaminar (siempre sobre la base de la consideración de las circunstancias idiosincráticas que pudieran auspiciar la implantación de elementos diversos adaptados al caso concreto) el sentido de la acción pública. Y aquí se abren dos posibilidades: radicar la identificación de la idea de bienestar del individuo en la realización del libre desarrollo de su personalidad o en la atención a las necesidades perentorias que pudiera permitir una cierta desenvoltura personal en el discurrir de su existencia.

Ni que decir tiene que la primera opción representa un compromiso mucho más radical con la dignidad individual al enderezar las políticas públicas a la materialización de las exigencias que permitirán al individuo ser protagonista genuino de sus opciones vitales, definiendo sus intereses y apetencias y el modo idóneo de llevarlos a efecto. Claro está que el bienestar psicológico no guarda necesaria relación con esa llamada a filas del ejercicio de la autonomía individual. Muchos individuos pueden sentirse incómodos ante la necesidad de digerir un protagonismo personal que les supera, y preferir que sean otras personas quienes les marquen el paso. Pero ello obedece en general al continuado ejercicio de opresión que ha podido ejercer sobre él la sociedad alentando una versión minimalista de sus competencias y del peso específico del fundamento cultural sobre el que asienta su personalidad. No resultaría de recibo ampararse precisamente en esa situación provocada de autominusvaloración personal para enjaretar al individuo la receta de unos fines y medios pergeñados por otros. Al contrario, el empeño social debería ir encaminado a restituir al individuo la autoestima que le permita sentirse capaz de enderezar su vida por la senda de lo que él mismo entiende ajustado a los reclamos de su singularidad.

Salta a la vista también que la segunda opción abre un cierto margen de indeterminación en función de qué se haya de interpretar como necesidad personal. Ciertamente, cuanto más generoso se pueda ser a la hora de definir el contenido de las necesidades individuales mayor habría de resultar en principio el bienestar que pudiera experimentar el individuo. Pero ello no impide destacar que estaríamos siempre ante un compromiso endeble que, o bien prescinde del bienestar que al individuo le proporciona sentirse protagonista de sus juicios, razonamientos y opiniones en la conformación de una personalidad única, diferenciada de las demás, insusceptible de tratamiento formulario, o bien elude la necesidad de remover los obstáculos que conducen a una versión capitidismínuida del valor que se autoatribuye.

Obvio es decir que, por su connotación subsistencial, la positivación de los derechos sociales, con la habilitación de los correspondientes instrumentos de garantía, representa la plataforma precisa para no descartar de entrada la materialización de la versión más ambiciosa apuntada. Plataforma necesaria, pero no suficiente, porque no lleva implícita la completa eliminación de los obstáculos que atenazan la

formación de la voluntad individual. En ese sentido el reconocimiento general de los derechos sociales y la asunción de su carácter vinculante para los poderes públicos abrirá un horizonte emancipatorio sin precedentes que no podrían albergar las versiones excluyentes de su realización.

Ciertamente, el modelo asistencial cumplirá su función porque peor sería privar a los desheredados de la fortuna del mínimo subsistencial. Pero ese recurso al «menos es nada» no parece precisamente la mejor vía para abrir la senda al libre desarrollo de la personalidad. Muy al contrario, emplaza al individuo en una situación de dependencia psicológica (cuando no directamente material) con respeto a sus supuestos benefactores, quienes a su vez confortarán su conciencia cooperando a la institucionalización de una versión deficiente de la realización de los derechos que no haría sino consolidar la jerarquía social establecida.

El caso es que los dos modelos se sitúan en la lógica prestacional de los derechos, más allá de la muy diversa intencionalidad y del tipo de aportación que representan para el individuo, generando la apariencia de que estamos ante una simple cuestión de medida de la prestación, condicionada por las circunstancias que marcan el supuesto nivel de lo posible. La cuestión de medida tiene no obstante una faceta perversa cuando se presenta como razón justificativa de la exclusión de ciertos colectivos a quienes se reserva en cualquier caso una prestación asistencial para atender las necesidades que los órganos decisorios consideran perentorias e inexorables. En este punto la prestación asistencial viene a ser la cortina de humo de la exclusión, el desencadenante de la pérdida de sentido de un Estado obligado a respetar el principio de universalidad de los derechos, que podrían resultar restringidos por su confrontación con el valor económico que representa su realización integral, o con cualquier otro valor jurídicamente relevante, pero en ningún caso restringidos en su adjudicación general. Una cosa es la restricción material de la prestación, y otra muy distinta la restricción en la titularidad de los derechos. La primera podría resultar justificada por la coyuntura económica, pero en ningún caso puede afectar la justificación a la segunda.

La vinculación de la idea de «plenitud» de los derechos sociales con su extensión general² no ofrece sin embargo barra libre para cualquier reducción de la intensidad de la prestación. No se trata ya de salvar el núcleo conceptual del derecho en cuestión con la preser-

² Soslayando cualquier referencia a la mayor o menor intensidad de la realización de su contenido prestacional, MUÑOZ MACHADO, S., «La eficacia de los derechos», en F. López Menudo (Coord.), *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso López Moreno*, Madrid, Iustel, 2011, p. 322, vincula la «plenitud» de los derechos sociales a la idea de «sustituir la discrecionalidad por obligatoriedad y la relatividad de las prestaciones por su generalización a todos los ciudadanos».

vación de su estructura prestacional, sino de asumir que no cabe ninguna limitación de su intensidad máxima que no resulte amparada por la necesidad del ajustamiento de su realización con otros valores jurídicamente relevantes. El coste económico implicado en ella lo es, ciertamente. Pero solo en la medida en que ese mismo coste económico representa una herramienta necesaria para la realización de otros derechos o intereses relevantes. El riesgo de su entificación como una barrera infranqueable para la más intensa realización de los derechos habría de ceder paso al estricto reconocimiento de su valor instrumental al servicio del mejor ajustamiento de los derechos e intereses en juego³.

Con todo, cuando las circunstancias imponen un afinamiento de los objetivos a perseguir no puede extrañar que quienes ya disponen de una posición personal que les permite alcanzar por sí mismos los bienes referidos en el enunciado de los derechos aboguen por la cancelación de su contenido prestacional con el argumento «realista», tan simple como injustificado, de que la coyuntura económica no tolera su realización o, generalizando, que la experiencia demuestra que la activación de esa función prestacional conduce a una situación económicamente insostenible⁴. Es un planteamiento infundado. La idea de la insostenibilidad oculta la tácita opción de la dedicación de los recursos económicos a otros objetivos no necesariamente más importantes⁵, y, en el peor de los casos, la propia renuncia al deber de solidaridad que impone la contribución personal al bienestar general. Cobra pleno sentido en este punto la advertencia de que las leyes económicas «no son leyes físicas producto de una causalidad ineluctable sino leyes creadas por los hombres que sirven a fines humanos»⁶. El falso revestimiento científico del argumento de la insostenibilidad no hace en el fondo más que disimular el carácter ideológico de la opción por la postergación de la realización de los

³ Coincidimos en este punto con la apreciación de PONCE SOLÉ, J., «Sobre la (ir) reversibilidad de los derechos sociales», en J. E. Soriano García (dir.), *Por el derecho y la Libertad. Libro homenaje al profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Madrid, Justel, 2014, p. 219, de que «no se puede sacrificar los núcleos de los derechos sociales para ahorrar, sino que se debe ahorrar para garantizar tales núcleos».

⁴ En el sentido del «realismo vulgar» (contrapuesto al realismo racional) que, FERRAJOLI, L., «El futuro del constitucionalismo», *Jueces para la democracia*, diciembre 2022, pp. 17-18, identifica con la «naturalización de la realidad social, del derecho y la política a través de la bien conocida tesis de que no existen alternativas a cuanto acontece».

⁵ Subraya en este sentido REY PÉREZ, J. L., «Un replanteamiento de los derechos sociales tras la crisis económica», en A. M. Marcos del Cano (directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Madrid, Dykinson, 2017, p. 143, que «la escasez no es algo objetivo y neutral, sino que se refiere a una forma u otra de distribuir los recursos con los que contamos».

⁶ PÉREZ LUÑO, A. E., «Los derechos sociales en un mundo en cambio», en N. Martínez Morán, A. M. Marcos del Cano, R. Junquera de Estéfani (Coord.), *Derechos humanos. Problemas actuales. Estudios en Homenaje al Profesor Benito de Castro Cid*, Vol. II, Madrid, Universitas, 2013, p. 872.

derechos ante otros objetivos, con la consiguiente consolidación de la desigualdad que rige las posiciones de partida.

La constancia de las dificultades que entraña la realización efectiva de los niveles de bienestar auspiciados por el modelo del Estado prestacional no debiera nunca redundar en una elipsis de los principios que le subyacen. Antes bien, constituye el mejor estímulo para la reivindicación de su prevalencia en el marco de los distintos intereses enfrentados. Pero el espíritu depredador de la tesis de la insostenibilidad acumula muchas adhesiones dispuestas a dar un carácter natural a la defensa difusa de sus intereses, liberados de buena parte de la carga redistribuidora que prefigura el modelo de la sociedad del bienestar.

El eslogan de los derechos se ha asentado muy firmemente en cualquier caso en las sociedades modernas, que «no saben vivir sin imaginarse en la ruta del progreso, sobre todo en materia de derechos fundamentales»⁷. Se explica en este sentido la reiterada manipulación del lenguaje de los derechos, condenados a asumir una función simbólica, prioritariamente ornamental, en los sistemas normativos contemporáneos. No otra cosa pareciera permitir la constancia de la (supuestamente inevitable) crisis de realización de los derechos sociales y de la sociedad del bienestar. Con todo, la sumisa aceptación de la lógica económica que certifica la crisis del modelo no empaña en absoluto las virtualidades que se le suponen como instrumento idóneo de organización social.

Estaríamos si acaso ante una crisis de realización del modelo, no ante una crisis del modelo en sí mismo, que mantiene incólume su ascendente en el imaginario colectivo. En ese contexto la institucionalización de formas de exclusión en la titularidad de los derechos y la menor intensidad de la actividad prestacional que se genera en su nombre reflejarían la supuesta crisis de realización de un ideal regulativo profundamente arraigado en la conciencia social.

El riesgo es que, embelesados por el encanto del lenguaje de los derechos, se acabe dando carta de naturaleza a unos recortes del Estado del bienestar que en el primer caso (restricción en la titularidad) son incompatibles con la propia lógica de los derechos, y en el segundo (restricción en la intensidad de la prestación) requerirían un ejercicio de ponderación de los bienes enfrentados que deja al descubierto la función ideológica que cumple la apelación a la insostenibilidad del sistema.

La disociación entre los planos de la titularidad y la realización de los derechos nos ha permitido comprobar los dos tipos de restricción que se han pretendido consecuencia de la supuesta insostenibilidad del sistema. La restricción referida a la titularidad pone en jaque a la lógica del modelo al resultar inencajable en ninguna de las dos versiones del principio de igualdad apuntadas: no presupone la igualdad de prestaciones ni tampoco la intervención pública correctora que permi-

⁷ BECHILLON, D., «Renouveler les libertés», *Pouvoirs*, n. 130, 2009, p. 144.

tiera acceder a una situación de bienestar equivalente de la población. Estamos sin más ante una exclusión que ninguna justificación puede encontrar en razones económicas al resultar éstas igualmente solventables mediante un reparto general proporcional de la desventaja que ello pudiera ocasionar en relación al nivel de bienestar preestablecido. El fundamento estrictamente ideológico de la exclusión queda en evidencia con la constatación de que no es solo la titularidad de los derechos sociales, sino también de los derechos políticos, la que queda mermada por razón de ciudadanía, «único (criterio) en contradecir, sin justificación alguna, el principio de igualdad en *droits*»⁸. Ciertamente es que este criterio aparenta una mayor flexibilidad en relación con los derechos sociales porque su condición subsistencial suscita una cierta contención de las propuestas excluyentes al respecto. Pero cuando pueden resultar sustancialmente afectadas las posiciones personales de quienes ostentan la capacidad decisoria desaparecen los recatos. La clase hegemónica impone su ley aderezando su repliegue discriminatorio con las gotas de humanidad que destila la mínima asistencia a las situaciones de necesidad más evidentes e inaplazables.

El troceado del nivel prestacional representa así el fondo de reserva de que dispone el poder establecido para acudir a él cuando las circunstancias lo aconsejen. Un fondo de reserva armado sobre la base del sacrificio injustificado del nivel de bienestar que hubiera reportado a los excluidos la estricta aplicación del principio de universalidad de los derechos. La segregación que auspicia la representación actual del concepto de ciudadanía extiende su manto más allá de la mera interdicción de la participación en el proceso de formación de las reglas jurídicas que rigen la convivencia para institucionalizar el desigual reparto del nivel prestacional que reclama el modelo de la sociedad del bienestar. El no ciudadano deja de ser el invitado al banquete cuyo menú no se le permite diseñar para convertirse en el hambriento consumidor de las sobras del pastel. Que semejante institucionalización quede reservada a supuestos especiales no quita un ápice a su radical ilegitimidad.

Sobre la base de las cenizas de la exclusión se ha cimentado en cualquier caso ese Estado de bienestar elitista que reclama la actividad prestacional que supuestamente habría de mejorar la posición personal de los socios del club. La doble vía que representa la igualdad en el acceso a los servicios públicos y la igualdad como diferenciación para alcanzar la igualdad como equiparación ha venido desempeñando un papel significativo en la mejora de las condiciones de vida ciudadana. Ciertamente es que la igualdad como diferenciación constituye el instrumento idóneo para la realización del contenido material expresado en los enunciados de derechos (que de otro modo resultarían desigualmente accesibles a los individuos), lo que justificaría su condi-

⁸ FERRAJOLI, L., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Madrid, Trotta, 2.^a ed., 2016, p. 695.

ción de «tratamiento desigual típico de la sociedad del bienestar»⁹. Pero no puede tampoco ocultarse que la instauración de unos servicios públicos universalmente accesibles representa también un relevante paso adelante (insuficiente desde luego) en el camino hacia la igualdad como equiparación.

Con estos mimbres ha ido articulándose un modelo de sociedad mayoritariamente asumido cuya plausibilidad queda hoy en entredicho. Más allá de la existencia de guetos de la exclusión (que por lo demás también se benefician, aunque sea en medida miserable, de la mejora de sus condiciones de vida), las posibilidades que abre para la mayor satisfacción de las necesidades y apetencias de los miembros del grupo social suscitan un estado general de aceptación a su respecto, que involucra también en buena medida a los excluidos, a quienes el sistema ha hecho creer que no hay salida al margen de esas reglas de juego que les permiten cuando menos subsistir en la esperanza de que se les facilite acceder a una mejor ubicación en el espacio social. El Estado de bienestar se presenta así como el acomodo idóneo para la travesía de la vida, por lo que ofrece a todos (a unos más y a otros menos) y por la garantía de justicia social que le resulta en principio implicada. En esa clave el empeño ciudadano debería ir encaminado a superar las dificultades de financiación para restablecer en la medida de lo posible ese jardín del edén que pareciera garantizar la feliz convivencia de los anhelos individuales.

3. LA TÁCITA EXCLUSIÓN ESTRUCTURAL

El lustre del diseño ideal del modelo oculta una realidad más compleja. La evidencia de la exclusión institucionalizada y el impacto que sobre las concepciones igualitaristas tiene la necesidad de su eliminación ha impedido ver que tampoco tienen (ni han tenido históricamente) todos los ciudadanos idéntico acceso al provecho de las posibilidades que ofrece. En definitiva, que tampoco garantiza el reconocimiento general de los derechos sociales la realización prioritaria de su referencia de significado, con todo lo que supone de inconveniente para el libre desarrollo de la personalidad de los afectados. Es un detrimento de realización que guarda directa relación con las posibilidades de interlocución de los afectados al objeto de hacer sonar al unísono sus reivindicaciones. La disparidad de circunstancias que alberga la complejidad de la vida social inevitablemente lleva a ciertos de desajustes de las posiciones personales que reclaman el reequilibrio perdido. En ocasiones esos desajustes se encuentran fuertemente anclados en el sustrato social, en cuyo caso se trataría más bien de remover los obs-

⁹ CHIARELLA, P., «Società a solidarietà limitata. Lo Stato sociale in Italia», *Politica del Diritto*, n. 4, 2017, p. 696.

táculos que impiden a los colectivos afectados acceder en condiciones de igualdad a los bienes y expectativas en juego. En ese afán se han ocupado con notable éxito algunos de los colectivos tradicionalmente preteridos. No podría decirse que el movimiento sindical o el feminista han conseguido levantar la losa de la opresión para garantizarse la adecuada posición de equiparación social. Aún queda mucho por conseguir al respecto, pero son notables las conquistas alcanzadas. Ello se ha debido sin duda a su capacidad para hacer sentir en el espacio público la denuncia de su situación de discriminación. El proceso es relativamente complejo porque no todos los afectados disponen de la misma fortaleza de ánimo para empeñarse en la lucha por la igualdad.

La resignación ante el carácter supuestamente inevitable de lo establecido es una opción que no deja de promover (siquiera sea de manera tácita) la hegemonía social. El sentimiento de soledad en el empeño alienta la inhibición de quienes no ven salida a su situación de menoscabo. Y es que en el fondo tienen razón. La consecución del objetivo no es labor de personalidades aisladas, solo será posible con el esfuerzo colectivo de los afectados, que más fuerte harán así oír su voz. Pero es que además la propia toma de conciencia de la situación de discriminación de los afectados y de las posibilidades reales de eludir sus efectos cuaja en mejor manera en un entorno de convivencia. La capacidad de asociación e interlocución con quienes se encuentran en una situación semejante (eventualmente insatisfactoria) representa en este sentido el presupuesto para la efectiva realización de los derechos generalmente reconocidos.

No puede así extrañar que quienes tienen sensiblemente mermadas (cuando no anuladas) esas posibilidades de asociación e interlocución se encuentren en una situación de flagrante vulnerabilidad que constituye el caldo de cultivo idóneo para su postergación social. Es el caso de los niños, los ancianos, los afectados por patologías incapacitantes y los miembros de las minorías culturales. Podría hablarse en relación a ellos de una situación de discriminación estructural en cuanto el reconocimiento general de sus derechos deriva, no obstante, en un acusado menoscabo de su realización, cuya insólita estridencia no impide su cabal gestión por el grupo social.

La infancia representa un periodo especialmente vulnerable en el que se impone una acción paternalista que permita a los niños satisfacer sus necesidades, ubicarse en el mundo y cumplir adecuadamente las primeras etapas de su desarrollo físico y cognitivo. En este sentido la acción asistencial no es una alternativa al ejercicio de la autonomía individual. Es un imperativo inexcusable. Pero ello no empece la exigencia de emplazar al niño en las condiciones que permitan el mejor ejercicio futuro de su protagonismo en la definición de sus creencias y objetivos y del modo idóneo para realizarlos. Obvio es que el cometido asistencial que reclama la atención a las necesidades del niño lleva implícita la inconsciente asunción por su parte de todo un conjunto de prácticas y principios que conforman el contexto social de referencia.

Prácticas y principios que, ciertamente, condicionan el sentido de su personalidad. La contienda por su autónoma realización reclamará poner a su disposición los elementos que le permitan contrastar los condicionantes sociales y culturales que inevitablemente escoltarán el proceso de su crecimiento. La escuela deberá desempeñar un papel crucial al efecto, pero también la ubicación del niño en un entorno adecuado para el cuestionamiento del sentido y razón de sus creencias personales. Un entorno que será tanto más productivo cuanto mayores sean las posibilidades de socialización que se le ofrezcan al niño. La socialización representa en este punto el presupuesto básico para el cribado efectivo de los principios que han venido jalonando su desarrollo. Ni que decir tiene que la disminución de espacios para la socialización redundará en una limitación de su capacidad de contraste. De ahí la especial situación de desamparo en que se encuentran los niños al respecto.

Lo que antes eran espacios comunes para la convivencia y la interacción se ven desbordados por un desarrollo tecnológico que termina emplazando al niño en un ámbito difícilmente compartible por los demás. Las posibilidades de acceder a una oferta lúdica y formativa a la carta incrementan el ejercicio de la libertad (de sus representantes legales), pero dificultan notablemente el contraste de opiniones que suscita (que suscitaba en el pasado) la convergencia en el espacio común. Vivimos una época especialmente delicada al respecto, que reclama un decidido esfuerzo para viabilizar el imperativo de la socialización. Pero ello resulta difícil, porque difícil es que los representantes de los niños renuncien a la tentación de canalizar a través de la descomunal oferta lúdica y formativa los principios culturales que han venido proyectando a lo largo de las distintas etapas del desarrollo del niño. La libertad de elección se convierte en este punto en un curioso aliado de la reproducción social que tan resolutivamente ponía en solfa la socialización. Sería ilusorio decir que esa oferta sitúa al niño en el entorno más adecuado por su congruencia con sus gustos y preferencias. Ante todo porque la función emancipatoria de la socialización no se vertebra precisamente en la satisfacción de ningún gusto ni preferencia, pero también porque esa misma comunidad de gustos y preferencias no representa el mejor contexto para el contraste de los condicionamientos sociales y culturales, que resultará tanto más efectivo cuanto mayores sean las diferencias de todo tipo entre quienes comparten el espacio de socialización. Evidentemente, un espacio predefinido de socialización no puede desarrollar el mismo efecto al respecto que el espacio natural (en el que inevitablemente conflúan las distintas personalidades) que resultaba ante la significativa limitación de las posibilidades de encontrar espacios alternativos.

No podría tampoco esgrimirse en contra de nuestra tesis que esa variedad de la oferta lúdica y formativa alienta el pluralismo de nuestras sociedades. Cierto es que lo hace, pero nada tiene ello que ver con el diseño de las exigencias que garantizan el futuro libre ejercicio de

la personalidad. El pluralismo no es un fin en sí mismo. Es desde luego la consecuencia lógica de la presencia social de personalidades genuinas, diversas e independientes, cuya formación reclamará precisamente un espacio común de socialización y unos referentes compartidos que configuren el ámbito natural de la discusión y del contraste de pareceres. La escuela se enfrenta al desafío de controlar el efecto multiplicador de la reproducción social que alienta la variedad de la oferta. El afinamiento de su función requiere tener muy presente el objetivo de la educación canalizando las exigencias que le resultan implícitas para así soslayar el riesgo de incidir en una educación que se desentienda del imperativo que en orden al futuro ejercicio de la autonomía individual representa la socialización intra y extraescolar. Está claro, por lo demás, que el incumplimiento de ese imperativo emplaza al niño en una situación de desventaja ante la limitación de la capacidad de hacer valer en grupo sus reivindicaciones.

La llegada de la tercera edad representa para el individuo una muy delicada situación. Accede a ella como epílogo a un periodo de plenitud en el que normalmente se ha sentido competente para la realización de aportaciones sociales significativas (o por lo menos para dar lo mejor de sí mismo) cuya remuneración le ha permitido mantener un determinado nivel de vida. El deterioro físico, no necesariamente encajable en ninguna categorización patológica, que acompaña el desarrollo de los años se hace particularmente presente en ese momento, sentando las bases para su apocamiento personal, lógicamente incrementado cuando siente que también sus facultades intelectuales están afectadas. Más que nada porque asume el carácter irreversible del proceso. La circunstancia de que algunas personalidades fuertes puedan asumir con naturalidad, e incluso complacencia, ese proceso no empece la tónica general al respecto. Entre otras cosas porque ese sentimiento positivo se genera normalmente por razones ajenas al significado preciso que representa la entrada en la tercera edad. Cabría esperar de los poderes públicos una respuesta enderezada a amortiguar los efectos desmotivantes de la situación. Pero la respuesta brilla por su ausencia. Muy al contrario, se le ofrece, en su caso, medidas encaminadas a la realización de actividades de ocio adaptadas a su edad que (aunque pueden generarle una cierta satisfacción) le emplazan en la situación de individuo que, por razones de edad, ha salido ya (o debiera salir) del circuito regular de la vida productiva. La salida (forzada o, en cualquier caso, incentivada) del mercado de trabajo se ve por lo demás acompañada de una minoración de sus entradas económicas obligándole así a reducir su nivel de vida o buscar modos de financiación oblicuos, desvinculados por lo general del cabal entendimiento de su competencia profesional y de la valoración de las aportaciones que aún pudiera realizar en el ámbito en que ha desarrollado su actividad laboral. En definitiva, se le hace ver que ya ha cumplido su ciclo convidándole a ocupar un papel subalterno, irrelevante desde el punto de vista social, que acentúa su sensación de «mantenido» en un

nivel económico inferior por una sociedad que nada espera ya de él. Evidentemente, ese sentimiento de devaluación en nada contribuye a salvar su autoestima.

El ritmo vertiginoso de las transformaciones sociales le obligará a un esfuerzo de adaptación para el que no se siente estimulado desde su posición marginal. El progresivo desfase de sus competencias en el ámbito tecnológico acaba certificándole las razones de su marginación al convertirle en un ser irremediabilmente dependiente, que necesita ayuda para la realización de muchas de las acciones más comunes de su existencia. De nada le serviría por lo demás el denuedo en acompasar sus conocimientos al ritmo de los tiempos porque la sociedad lo iba a contemplar con la condescendencia de quien lo considera un esfuerzo improductivo, un pasatiempo que no conduce a ningún lado, en el peor de los casos una extravagancia típica de quien se niega a aceptar el sino de su edad. Así las cosas, poco ejercicio de su autonomía cabe esperar por parte de quien se siente condenado a la postergación social. Tanto más cuanto la sociedad le recalca a la menor oportunidad que asume paternalistamente la gestión de sus intereses. Resulta en este punto sorprendente la ruptura de la línea de principio de respeto a la autonomía del paciente que representa la interlocución habitual entre la familia y los servicios sanitarios, muchas veces a espaldas del propio anciano, cuando se dilucidan asuntos relativos a su salud. Tendencia que no se detiene (en ocasiones incluso se acrecienta) cuando está en juego la preservación de su vida. Se elude en este sentido la aplicación de medidas que quienes asumen la gestión de su salud consideran inapropiadas a la vista de su edad y del proceso irreversible de su enfermedad, sin preguntarle su opinión e incluso contrariando los indicios que pudieran apuntar el sacrificio que estaría dispuesto a soportar con tal de prolongar, siquiera fuera brevemente, su existencia. La postura de evitarle a toda costa sufrimientos «innecesarios» podrá ciertamente resultar bien intencionada, pero, por lo que supone de prescindencia de la voluntad del afectado, entra en flagrante contradicción con cualquier ejercicio de la autonomía individual.

Es un panorama inexplicable. El deterioro personal que acarrea el paso de los años requeriría la adopción de medidas enderezadas a asegurar la autoestima que le permita moverse con la mayor desenvoltura en la vida social. El restablecimiento de la valoración social (que nunca hubiera debido perder) pasa inevitablemente por el mantenimiento de su poder adquisitivo. Los problemas de financiación deberían dejar incólume la posición económica de quien no por el hecho de alcanzar una determinada edad deja de tener las mismas (si no mayores) necesidades. Ciertamente es que ello iba a redundar en una disminución general del nivel de vida. Pero ello no plantearía mayor problema desde la lógica de los derechos en tanto son todos los miembros del grupo social los afectados por el detrimento de bienestar que pudiera resultar del ajustamiento de su realización con los demás valores y

principios relevantes. Lo que no tiene sentido es que el mantenimiento del nivel de vida de los más se erija sobre la exclusión de quienes se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. La proverbial invocación de la vinculación de los ingresos a su actividad laboral resulta particularmente improcedente. Ante todo porque la salida del mercado de trabajo no es una decisión autónoma sino más bien el fruto de una serie de medidas impulsadas por los poderes públicos. Pero es que, además, en una sociedad asomada al balcón de la relajación de la actividad laboral ante los descomunales resultados de los avances tecnológicos el argumento se torna un sarcasmo. Antes bien, la referida vinculación representaría una poderosa razón para discriminar positivamente a quien sí tuvo que contribuir con su trabajo a la obtención de unos resultados que hoy parecen en buena medida escapar al requerimiento laboral. No hay en definitiva ninguna razón para el quebranto de la lógica de los derechos y la elusión del principio de autonomía individual cuando entra en juego la tercera edad. Y sin embargo la referida discriminación permanece fuertemente anclada en la inercia social asumiéndose con la mayor naturalidad por quienes ven inalterada su posición personal. Resultaría muy ingenuo pensar que el propio anciano entiende y comparte la discriminación que le afecta. La pérdida de autoestima le impedirá seguramente defender sus derechos condenándole al ostracismo social. Pero la autoestima se recupera con el contacto y el intercambio de opinión entre los afectados que permita vislumbrar la posibilidad de una reivindicación colectiva de su dignidad y su autonomía. Claro que es muy difícil que desde una situación de ostracismo y dependencia pueda proyectarse, y mucho menos ejecutarse, cualquier proyecto reivindicativo. Pero el camino está trazado. Queda solo recorrerlo. Las dificultades para hacerlo no deberían ocultar la realidad de la exclusión que sufren los ancianos en lo que concierne a la realización del modelo de la sociedad del bienestar.

Quienes padecen patologías incapacitantes se enfrentan igualmente a este tormentoso problema. En su caso la postergación social inducida que sufre el anciano se ve sustituida por la imposibilidad real de desenvolvimiento en la vida social que acarrea su enfermedad. Ésta requerirá desde luego la adopción de medidas asistenciales, pero ello no debería conllevar ningún detrimento de su autonomía, porque no hay relación directa entre el tipo de asistencia que se recibe y el mantenimiento o no de la posibilidad de formar uno mismo sus juicios y opiniones haciéndolos valer donde corresponda. La conciencia de sentirse solo frente al complejo social que le dispensa la atención sanitaria provocará en la generalidad de los casos un colapso del sentimiento reivindicativo que solo podría dilucidarse mediante el contacto directo con quienes comparten la referida situación de desamparo sentando las bases para la exaltación colectiva de sus reivindicaciones. La imposibilidad de llevarla a cabo

acredita también en lo que concierne a este colectivo la deficiente realización del modelo de la sociedad del bienestar.

Otro tanto sucede con las minorías culturales que experimentan la desazón de su falta de reconocimiento. La condescendencia de los poderes públicos con las minorías de mayor presencia canalizando un reparto de los fondos destinados a difusión cultural proporcional a su peso específico en la sociedad, y la realización de los derechos sociales complaciente con algunas de sus señas identitarias, puede paradójicamente incidir en una mayor despersonalización de quienes representan la auténtica excepción cultural, al sentirse también discriminados con respecto a las otras minorías culturales. Al margen de los determinantes que impone la consideración del número de potenciales beneficiarios de la acción pública, se debería partir del modelo de la realización integral de los derechos en clave de identidad cultural sobre la base del idéntico valor que para la realización personal representa el respeto a la cultura identitaria, estableciendo igualmente un reparto de los fondos públicos que no relegue a una posición testimonial a quien sabe que sus presupuestos culturales ocupan una posición semiclandestina en la mentalidad social.

El apocamiento y la reducción de la autoestima del afectado que normalmente implica el planteamiento de la gestión cultural en una clave que poco tiene que ver con la ejecución de los presupuestos de la autonomía individual y el disfrute no discriminatorio del derecho a la identidad cultural está en la base de esta asignatura pendiente de la sociedad del bienestar. Una asignatura que evidencia clamorosamente la disonancia entre el reconocimiento general de los derechos a los ciudadanos y la imperfecta realización que a ese respecto experimentan quienes más dificultades tienen para hacer oír su voz en el espacio público.

Los referidos no son ciertamente los únicos colectivos discriminados en la realización de los derechos que dan soporte a la sociedad del bienestar. Son, eso sí, los más acuciados por su escasa capacidad de interlocución con quienes comparten su condición, lo que provoca no solo una profunda intensidad de la discriminación, sino, sobre todo, una cierta desesperanza acerca de la posibilidad de mejorar su situación. Su referencia no podría ocultar la discriminación de los demás colectivos, que, además, por la peculiaridad de su posición en el entramado social, se pueden sentir especialmente desarropados al respecto. Quiere sobre todo resaltar el dato de que la condena al aislamiento intrínseco a su condición proporciona un cierto carácter estructural a su exclusión obviando la idea de ese Estado social benefactor que, cuando las circunstancias lo han permitido, ha proporcionado supuestamente una amplia dosis de bienestar a sus ciudadanos.

La identificación de estos derechos en clave de especificación representa un relevante antídoto contra la exclusión, porque llama efectivamente la atención acerca de la existencia de estos colectivos que, aun teniendo reconocida en condiciones de igualdad con los

demás ciudadanos, la titularidad de sus derechos, ven inexcusablemente limitada su realización. Son, por decirlo así, los derechos específicos reivindicaciones singulares acerca de la necesidad de proporcionar una realización efectiva a los derechos reconocidos con carácter general. Es en cualquier caso un antídoto de efecto reducido. De entrada porque no siempre ha sido entendido en esos términos el sentido de la especificación de los derechos: no falta quien los concibe como derechos particulares de los referidos colectivos, lo que abriría la puerta a una interpretación regresiva en el sentido de asumir, paradójicamente, que su peculiar condición obliga a atribuirles derechos distintos, eventualmente de menor alcance emancipatorio. Pero, sobre todo, porque no consigue liberarles del candado del silencio, de la escasa capacidad para hacer visibles sus reivindicaciones.

4. LAS EXIGENCIAS DEMOCRÁTICAS DE LAS POLÍTICAS DE BIENESTAR

El modelo de la sociedad de bienestar presupone, si quiere ser bienestar de todos, una idea de reparto que, en la medida en que están concernidos derechos, deberá seguir un cierto criterio de igualdad. Claro está que la presencia de un mayor o menor número de bienes apreciables a distribuir condiciona el nivel de provecho que puede repercutir a los individuos, pero el incremento de riqueza no puede por sí solo definir la idea de sociedad de bienestar, en tanto no garantiza que se vaya a evitar que esa acumulación de riqueza pueda resultar monopolizada por un número limitado de personas, en ningún caso representativo del conjunto de la sociedad¹⁰. Todos han de resultar favorecidos en clave igualitaria porque a todos se pone en condiciones de obtener el provecho que representa la realización del derecho en cuestión.

Ciertamente, esa recomposición de la condición personal de los actores de la vida social lleva implícita una cierta dimensión material en el sentido no tanto de eliminar como de disminuir las desigualdades materiales¹¹. Lo importante es, no obstante, que alcance a todos la posibilidad de la realización del contenido de significado que prescribe el enunciado normativo que lo designa. Realización cuyo nivel podrá ser minorado cuando entre en conflicto con la de otro bien relevante. Se trata de garantizar el acceso general a la satisfacción de las

¹⁰ Tiene en este punto razón PRIETO SANCHÍS, L., «Notas sobre el bienestar», *Doxa*, 9, 1991, p. 158, cuando señala que «parece seguro que sin alguna riqueza no cabe esperar que alumbre ningún bienestar, pero el grado de bienestar no es una función de la riqueza, sino de su reparto».

¹¹ FERRAJOLI, L., «Los derechos fundamentales en la teoría del derecho», en FERRAJOLI, L., *El fundamento de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001, p. 177.

necesidades implícitas en su representación, lo que presupone una determinada organización de los servicios públicos cuya mayor eficacia tendrá un carácter inequívocamente imperativo¹². La discrecionalidad de los poderes públicos en este punto resultará inevitablemente condicionada por el elemento reglado que representa la más eficaz realización del objetivo propuesto. Podrá discutirse la mejor manera de alcanzarlo, pero no, al menos en principio, la posibilidad de modificar la meta a perseguir.

Obvio es decir que la más eficaz organización de los servicios públicos conlleva un relevante coste económico que podría dedicarse a satisfacer otros objetivos. La cuestión es entonces cómo resolver el conflicto? No tendría sentido decir que la realización integral de los derechos sociales ha de imponerse en cualquier circunstancia, ante todo porque el coste económico que representa la realización de cada uno de ellos está lógicamente obligado a ajustarse con el coste económico que conlleva la realización de los demás. La prevención frente al argumento falaz de la insostenibilidad de la realización de los derechos sociales no puede tampoco derivar en un idealismo irracional al respecto.

No es cuestión de decidir si procede o no la eliminación de alguno de los derechos, porque su vigencia no necesariamente va unida a la posibilidad de hacer efectivo el máximo nivel de su realización. Se trata de ponderar la densidad normativa de los bienes en conflicto a fin de acometer su adecuado ajustamiento en un ámbito marcado, ciertamente, por los costes de realización, sin que en ningún caso deba ello desembocar en la marginación de ninguno de los actores implicados. La sugestión que pudiera suscitar la supuesta destreza técnica de los poderes públicos en el diseño de las políticas de bienestar no debe llevar a equívocos. Son esos mismos actores los que ostentan la competencia exclusiva al respecto¹³. La decisión a adoptar no puede perder el sentido ideal que tiene la configuración de los derechos porque en el fondo nos encontramos ante un problema estrictamente identificativo en el que el hipotético acuerdo acerca de la entidad de los polos del conflicto no podría difuminar la necesidad de proceder a una identificación de su densidad normativa con miras a la justificación democrática de la correspondiente política de bienestar.

El planteamiento del problema pasa por la puntual consideración de los tres planos de análisis de los derechos: el reconocimiento, la realización y la identificación. Va de suyo que los tres están coimplificados. Al margen de la hipótesis de una realización espontánea de ciertos derechos, que pudiera traer causa de su condición inmanente, parece lógico pensar que el reconocimiento de los derechos constituye el presupuesto común de su realización, en tanto proporciona el fun-

¹² SPITZ, J. F., «Droits négatifs, droits positifs: une distinction dépourvue de pertinence», *Droits*, 49, 2009, pp. 191 ss.

¹³ PRIETO SANCHÍS, L., *op. cit.*, p. 167.

damento formal para la exigencia de los deberes concernidos. No cabría desde luego imaginar un reconocimiento de los derechos que no viniera precedido de la identificación de su referencia de significado. El reconocimiento lo es siempre de un objeto determinado, no se puede reconocer en abstracto. Lo cierto es, sin embargo, que el análisis del problema de los derechos se sustancia normalmente (sobre todo si toma como principal referencia la idea de la universalidad) en la concreta clave que representa su reconocimiento. Es un tanto peculiar que así sea porque lo realmente relevante es la realización. Una cuidadosa declaración de derechos carecería de cualquier efecto emancipatorio si se entendiera de antemano destinada a su inaplicación. Es más, podría llegar a desarrollar un efecto perverso en el sentido de narcotizar la conciencia del individuo haciéndole creer que todo está conseguido. La circunstancia de que, en general, el lenguaje de los derechos acabe involucrando en alguna medida a quien lo proclama, cualesquiera fueran las intenciones de la proclamación, no debiera echar al olvido esta perspectiva. La condición de presupuesto común de la realización de los derechos explica, en cualquier caso, la relevancia que se le da al plano del reconocimiento. Menos justificable es que se pasen por alto los problemas de realización de esos mismos derechos dando por descontado en ocasiones, de manera tácita e irreflexiva, que la función instrumental del reconocimiento conduce inexorablemente a la realización del objetivo propuesto. Ciertamente, los casos más clamorosos de incumplimiento suelen acarrear una denuncia que deja en evidencia la discordancia que pudiera existir entre el reconocimiento y la realización. Pero hay también un déficit de realización sibilino, que se diligen normalmente a través de la manipulación semántica de los enunciados normativos declarativos de derechos, que suele ser interiorizado con la mayor naturalidad por los ciudadanos y (lo que aun es más grave) por los operadores jurídicos.

Podría en definitiva decirse que el problema del reconocimiento ha llamado la atención general, que a la postre ha derivado en la adopción de instrumentos (las declaraciones) que pretenden darle idónea viabilidad. Una atención menor (pero igualmente relevante) en el plano teórico ha merecido el problema de la realización de los derechos, atención desenfocada en parte por la inadvertencia común de las formas más sinuosas de incumplimiento y la imprecisión del alcance obligacional inherente a los derechos declarados.

El caso de la identificación de los derechos es muy distinto. Es un problema que muchas veces ha sido pasado por alto dando por descontado que el reconocimiento de los derechos presupone que ya han sido previamente identificados. Con arreglo a este planteamiento las declaraciones de derechos vendrían a ser una especie de certificado de identificación de los derechos implicados. El fundamento democrático de esas mismas declaraciones avalaría la legitimidad de la identificación. Es un planteamiento inconsistente. El consenso acerca de los derechos declarados es un consenso nominal que deja en algunos

casos irresueltos la determinación de la referencia de significado. Pero sobre todo deja indeterminada la densidad normativa de los derechos en los supuestos en que entran en colisión con otros bienes jurídicos relevantes (eventualmente con otros derechos de titularidad ajena). Es lo que sucede, paradigmáticamente, en el caso de los derechos implicados en los sistemas jurídicos que pretenden resolver en clave de derechos el problema que pudiera plantear en las distintas circunstancias el coste económico que representa su realización en los distintos niveles que admite su carácter gradual. No basta en este punto con decir que el sacrificio del nivel de su realización debe mantener incólume la idea de igualdad eludiendo la consolidación de las situaciones de privilegio. Es necesario también encontrar una (regla para la) solución del problema de la colisión con el bien relevante que representa el coste económico de su realización.

Dar la palabra en este punto al individuo (al conjunto de los individuos) supone ante todo prefigurarnos la idea de una voluntad libremente formada, porque en la lógica democrática solo resultaría habilitante al respecto el consenso conformado sobre la base de la coincidencia de voluntades libres en su formación y en su expresión. O, por mejor decir, dada la connotación ilusoria de la representación de una voluntad libremente formada en términos absolutos, prefigurarnos la idea de las condiciones exigibles para la (mayor aproximación posible a la) formación libre de la voluntad. Resalta en este punto la necesidad de la eliminación de los condicionamientos sociales y culturales que en buena medida contribuyen a definir la personalidad individual.

El problema de los condicionamientos culturales resulta ciertamente arduo porque a la convivencia le es ya inherente un cierto intercambio cultural cuyos efectos se yuxtaponen al fuerte condicionamiento cultural que hemos venido asumiendo desde las etapas más tempranas de nuestra vida. La eliminación de los condicionamientos sociales pasa por garantizar la mayor desenvoltura en el desempeño personal y la cabal satisfacción de las necesidades que permitan al individuo eludir cualquier preocupación al respecto para poder conformar una voluntad precisa e independiente. Bien mirado, el programa de actuación referido presupone la realización ideal (en su más profunda expresión) de los derechos.

Entraríamos así en un planteamiento circular, aparentemente condenado al fracaso. El resultado de la ponderación de los valores enfrentados con miras a la determinación de la política de bienestar prescribible para el caso pasaría por la más precisa ejecución del programa relativo a la identificación de uno de los polos del conflicto. Supondría, en definitiva, un (eventual) ejercicio de autorrestricción del potencial transformador inherente a la idea de los derechos, subsiguiente a la valoración de la densidad normativa del bien relevante que se le contrapone. Pero es que la propia realización del ideario

lleva paradójicamente implícita la identificación de la referencia de significado de los derechos que se pretende realizar.

Nada hay de objetable sin embargo en este punto. En primer lugar porque la identificación plena es un objetivo inalcanzable en la medida en que algunos de los condicionamientos (los condicionamientos culturales, desde luego) que envuelven el proceso de formación de la voluntad resultan ineliminables. Y, además, porque el problema identificatorio real de los derechos no se resuelve en el mero desvelamiento del significado literal de los enunciados normativos que los proclaman, sino que reclama además la constancia de su densidad normativa en los distintos supuestos de colisión de bienes relevantes que plantea la vida social. La cuestión es entonces definir el contenido obligacional inherente a la identificación de los derechos, en el bien entendido que la misma resulta en cualquier caso irrealizable por razones lógicas (inviabilidad de la eliminación de determinados condicionamientos de la voluntad) y contextuales (conformación de la representación de los derechos en un ámbito social). La imposibilidad de alcanzar el objetivo no empece, evidentemente, la necesidad de tener claro el trazado del camino para acercarnos en la mayor medida posible a su materialización.

Llama en este punto la atención la perspectiva restrictiva que en general ha presidido el enfoque del alcance obligacional de los derechos. La consideración de los procesos que han jalonado su historia sobre la base de la identificación de obligaciones generales negativas (que involucran a todos en el deber de abstención), de obligaciones especiales negativas (que subrayan el específico deber de abstención que en ciertos supuestos incumbe a los poderes públicos) y de obligaciones especiales positivas (que reclaman de los poderes públicos un comportamiento activo) subraya el desatino que desde la lógica de los derechos supone eludir el planteamiento de los derechos en términos de facultades de imponer obligaciones generales positivas¹⁴.

Contrasta ello con el fervor con que otros planteamientos solidaristas han asumido el asunto¹⁵. Es como si el aroma libertario de los derechos hubiera difuminado la idea de obligación que llevan implícita y el sentimiento de que cuanto más intensa y personalmente extendida sea la obligación mayor será el alcance del derecho en cuestión. El Estado social se ha definido fundamentalmente por las obligaciones positivas (de signo no solo prestacional) que impone a los poderes públicos, pero su implantación no necesariamente impugna la existencia de deberes positivos generales que en última instancia, en cuanto protegen bienes valiosos, tienen la misma justificación que los debe-

¹⁴ LAPORTA, F., «Sobre el concepto de derechos humanos», *Doxa*, 4, 1987, pp. 35-36.

¹⁵ Obligada es en este punto la referencia a la regla duguitiana de la solidaridad.

res negativos generales¹⁶. Es más, habría que pensar que, en la medida en que los poderes públicos disponen de una representación democrática, su acción positiva supone una cierta participación de los representados, por lo menos una participación en el coste inherente a la realización de su actividad. Quiero decir que, aunque la estructura sea diferente, su inspiración es la misma. Ciertamente es que al individuo le resulta siempre más cómodo desentenderse de los asuntos complejos (sobre todo cuando su solución requiere una carga gravosa para sus intereses) delegando en los poderes públicos el desempeño de las correspondientes acciones. Pero ello no puede desdibujar el sentido de responsabilidad que conlleva la coexistencia y la necesidad de contribuir con todos los medios lícitos al alcance a la realización de los derechos ajenos. En este sentido hay que entender que todos estamos obligados a realizar las acciones y abstenciones procedentes para que nuestros semejantes puedan formar libremente su voluntad con miras a participar en el consenso que va a permitir dictaminar el nivel de (realización de los derechos que viabilizan el) bienestar común¹⁷.

El único límite a la exigencia de ese deber general sería el amparado por el ámbito de libertad que delimitan los derechos de cada sujeto. Este puede ciertamente resultar muy extenso, sobre todo en los sistemas jurídicos que incorporan cláusulas subsidiarias de libertad. Pero ello no tendría tampoco que afectar a la lógica de la identificación de los derechos (tanto en abstracto como en los supuestos de colisión con otros bienes relevantes) que reclama siempre la contribución personal a la eliminación de los condicionamientos sociales y culturales que atenazan el proceso de formación de la voluntad. La eliminación de los primeros requerirá el cumplimiento de los derechos sociales imponiendo a todos las correspondientes cargas al efecto y el deber de denuncia y reparación en lo posible de los supuestos de discriminación estructural que denotan el imperfecto funcionamiento (incluso en épocas de bonanza económica) del Estado de bienestar. La contribución a la disminución de la intensidad de los condicionamientos culturales requerirá la disposición personal a facilitar un programa neutro de información y contraste de las distintas ofertas culturales. Obvio es decir que esa pretendida neutralidad es igualmente inviable en términos absolutos porque, por muy desprendido que quiera ser el actor de su propio andamiaje cultural cuando se ocupa del asunto, la información se lleva a cabo en un determinado contexto y desde unas premisas que no pueden dejar de ser las que son. Pero tampoco puede ser ello excusa para la inacción. Ni que decir tiene que la obligación gene-

¹⁶ GARZÓN VALDÉS, E., «Los deberes positivos generales y su fundamentación», *Doxa*, 3, 1987, p. 32.

¹⁷ En un sentido matizadamente diferente PALOMBELLA, G., «De los derechos y de su relación con los deberes y los fines comunes», traducción de M. E. Rodríguez Palop, *Derechos y Libertades*, núm. 17, Época II, junio 2007, p. 134, referirá también la idea del «esfuerzo colectivo ... que permita concebir» los derechos.

ral incluye también a los poderes públicos, que, por su fundamento representativo y por las posibilidades que les ofrece su potencia institucional, tienen una especial responsabilidad al respecto.

La realización del deber general positivo referido emplaza al individuo en las mejores condiciones posibles para decidir por sí mismo el resultado de la ponderación de los bienes relevantes en juego con miras al diseño de políticas de bienestar democráticamente justificadas. La mutua implicación esbozada al inicio de este trabajo entre los conceptos de autonomía y bienestar cobra pleno sentido en este punto. Claro que la autonomía no solo presupone la libre formación de la voluntad, también su libre expresión. En este sentido la necesidad de remover la situación de los colectivos afectados por la discriminación estructural que representa la imposibilidad de asociarse con quienes se encuentran en la misma situación de vulnerabilidad y hacer oír al unísono sus reivindicaciones constituye una expresión fidedigna singularmente relevante del deber general positivo (individual e institucional) enderezado a garantizar la legitimidad democrática de las políticas de bienestar.

Entendemos que, por más que resulte inalcanzable el objetivo propuesto, el planteamiento de ese deber general positivo nos sitúa en la senda para devolver a la sociedad de bienestar la majestad que se le ha querido usurpar con la excusa de la insostenibilidad de los derechos implicados. Y proporciona razones fundadas para que, cualesquiera sean las dificultades que pudiera entrañar su realización, el imaginario colectivo siga tomando a la sociedad de bienestar como el modelo de referencia para la organización social.

5. CONCLUSIONES

En su versión más emancipatoria el modelo de la sociedad de bienestar asume como objetivo la realización de las exigencias inherentes al libre desarrollo de la personalidad. El recurso argumental a la insostenibilidad del sistema ha propiciado, no obstante, una versión mutilada del mismo que se limita a satisfacer las necesidades perentorias del individuo. Es un recurso ideológico que utiliza el disfraz de lo presuntamente insoslayable para justificar la decisión de dedicar los recursos económicos a otros objetivos generalmente antiigualitarios, consolidando así la jerarquía de las posiciones de partida.

La restricción material de las prestaciones públicas podrían encontrar su justificación en la coyuntura económica, pero ello requeriría una ponderación razonada de la densidad normativa de los bienes en juego, que en ningún caso pudiera derivar en una discriminación en el disfrute de los derechos. Se impone al respecto el cumplimiento irrestricto por parte de todos los ciudadanos (en el área no cubierta por los derechos de cada quien), y en particular de los poderes públicos, de

los deberes enderezados a la liberación de los condicionamientos sociales y culturales que oprimen la libre formación y expresión de las voluntades que concurren a la configuración del consenso definitorio del sentido democrático de las políticas de bienestar. La autonomía individual recupera en este punto el papel estelar como centro de gravedad del concepto de bienestar y de las acciones y omisiones dirigidas a su realización. La advertencia de la segregación estructural en el disfrute de los derechos generalmente reconocidos que, incluso en las versiones más avanzadas del modelo de la sociedad de bienestar, han sufrido los colectivos que más dificultades tienen para asociarse y expresar al unísono sus reivindicaciones impone un particular esmero en su evitación, habilitando los cauces precisos para el ejercicio de su autonomía y su más plena inserción en la vida social.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ludovico Antonio Muratori: pública felicidad,
jurisprudencia, imparcialidad y arbitrariedad judicial¹

*Ludovico Antonio Muratori: Public Happiness,
Jurisprudence, Impartiality and Judicial Arbitrariness*

Por JOSÉ MARÍA GARRÁN MARTÍNEZ
Universidad de Salamanca

RESUMEN

En este artículo se abordan las principales reflexiones políticas y jurídicas realizadas por Muratori durante los últimos años de su vida. En primer lugar, estudiaré su doctrina sobre los fundamentos del poder político y comentaré algunos de sus consejos sobre cómo deben actuar los gobernantes para fomentar la pública felicidad. Después, partiendo de la idea de que el Derecho condiciona la consecución de esa finalidad, me centraré en el análisis de la obra Dei difetti della giurisprudenza, el tratado jurídico más relevante elaborado por nuestro autor. Y, por último, desarrollaré las dos principales propuestas jurídicas contenidas en ese trabajo: la que aboga por limitar la función desempeñada por la jurisprudencia y la destinada a promover la imparcialidad de la actividad jurisdiccional y la aplicación correcta de las leyes frente a la arbitrariedad judicial.

Palabras clave: felicidad pública; jurisprudencia; imparcialidad; discrecionalidad.

¹ Este trabajo forma parte del Proyecto de investigación PID 2019-105841R B-C21, titulado «Discrecionalidad judicial y debido proceso».

ABSTRACT

This article addresses the main political and legal reflections made by Muratori during the last years of his life. I will first study his doctrine on the foundations of political power and comment on some of their advice on how rulers should act to promote public happiness. Then, starting from the idea that the Law conditions the achievement of this purpose, I will analyze the work Dei difetti della giurisprudenza, the most relevant legal treaty elaborated by our author. I will highlight the two main legal proposals contained in that work: the one which advocates limiting the role played by jurisprudence and and that of promoting the impartiality of judicial activity and the correct application of laws in the face of judicial arbitrariness.

Keywords: public happiness; jurisprudence; impartiality; arbitrariness.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL BUEN GOBIERNO Y LA PÚBLICA FELICIDAD. 2.1 *La idea de pública felicidad.* 2.2 *El doble fundamento del poder político.* 2.3 *Algunos consejos para la consecución de la pública felicidad.* – 3. PROPUESTAS PARA PROMOVER LA PÚBLICA FELICIDAD A TRAVÉS DE LA REFORMA JURÍDICA. 3.1 *Consideraciones previas.* 3.2 *La reforma de la jurisprudencia.* 3.2.1 *Defectos intrínsecos.* 3.2.2 *Defectos extrínsecos.* 3.3 *La propuesta de reforma de la actividad jurisdiccional.* 3.3.1 *Contexto general.* 3.3.2 *Origen y necesidad.* 3.3.3 *Principales cualidades de los jueces.* 3.3.4 *Las pasiones y la imparcialidad judicial.* 3.3.5 *Arbitrio y arbitrariedad judicial.* 3.3.6 *dificultades para determinar lo justo.* – 4. CONSIDERACIONES FINALES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. GOOD GOVERNANCE AND PUBLIC HAPPINESS. 2.1 *The idea of public happiness.* 2.2 *The dual foundation of political power.* 2.3 *Some tips for achieving public happiness.* – 3. PROPOSALS TO PROMOTE PUBLIC HAPPINESS THROUGH LEGAL REFORM. 3.1 *Preliminary considerations.* 3.2 *Reform of jurisprudence.* 3.2.1 *Intrinsic defects.* 3.2.2 *Extrinsic defects.* 3.3 *The proposed reform of jurisdictional activity.* 3.3.1 *General context.* 3.3.2 *Origin and necessity.* 3.3.3 *Main qualities of judges.* 3.3.4 *Passions and judicial impartiality.* 3.3.5 *Judicial arbitrariness and arbitrariness.* 3.3.6 *Difficulties in determining the just.* – 4. FINAL CONSIDERATIONS.

1. INTRODUCCIÓN

Ludovico Antonio Muratori (1672-1750) no es un autor especialmente conocido en España². Las principales referencias bibliográficas sobre este jesuita italiano señalan la excelencia de sus estudios historiográficos, literarios y teológicos, pero también, y esto es lo que más me interesa analizar, aluden a la importancia de dos escritos elaborados al final de su vida: *Defectos de la jurisprudencia*³, publicado en el año 1742, y *La pública felicidad, objeto de los buenos príncipes*, de

² A título simplemente anecdótico, recuerdo que la primera vez que oí hablar de Muratori fue en un Congreso celebrado, hace unos años, en León. En una de las jornadas de ese encuentro, organizado por el profesor García Amado, se presentaron dos ponencias, una la del juez Andrés Ibáñez y otra del profesor Atienza, ambas sobre distintas problemáticas de la función judicial. La intervención de Andrés Ibáñez se iniciaba con algunas referencias históricas en torno a la imparcialidad judicial, destacando la relevancia de los escritos al respecto de Coke, Hobbes, Montesquieu, Beccaria, y también los de Muratori. Me pareció interesante indagar en el pensamiento de este autor italiano del siglo XVIII y analizar sus principales ideas políticas y jurídicas.

Para los interesados en profundizar en el análisis pormenorizado de las obras de Muratori, les recomiendo acudir a Manuela Bragagnolo: *Ludovico Antonio Muratori. Giurista e Politico*, tesis inédita, defendida en la Università degli Studi di Trento, 2009, y al libro de la misma autora, titulado *Ludovico Antonio Muratori e l'eredità del Cinquecento nell'europa del XVIII secolo*, Firenze, Biblioteca dell'Archivum Romanicum, serie I: Storia, Letteratura, Paleografia, vol. 480, Leo S. Olschki, 2017. Y, para quienes deseen conocer la historia procesal italiana, les aconsejo, entre otros, el escrito de Giuseppe Salvioli, «Storia della procedura civile e criminale», en *Storia del Diritto italiano*, dir. P. Del Giudice, t. III, Firenze, Gozzini, 1969.

³ El estudio del tratado *Defectos de la jurisprudencia* lo he realizado siguiendo la edición traducida y prologada por Vicente María de Tercilla, publicada en Madrid, en 1794, en la imprenta de la viuda de Joaquín Ibarra. Según CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 176, Muratori critica en este libro «la incertidumbre absoluta del derecho vigente, causada no tanto por el carácter de las fuentes romanas...o por la multiplicidad de las normas consuetudinarias...como por la enorme masa de escritos doctrinales, que eran considerados ellos mismos, como fuentes del derecho por los tribunales, pero que, en realidad, representaban una fuente de equívocos».

Sobre la influencia de Muratori en la España del siglo XVIII, puede consultarse el artículo de GIL CREMADES, J. J., «Sobre la recepción española de *Defectos de la jurisprudencia* de L. A. Muratori» en Gimeno, María Dolores y Viamonte, Ernesto (eds.), *Los viajes de la razón. Estudios dieciochistas en homenaje a María Dolores Albiac Blanco*, Zaragoza, Institución Fernando el católico, 2015, pp. 291-306, donde comenta el impacto del tratado de nuestro autor italiano en los escritos de dos juristas españoles de ese siglo: Pablo De Mora y Jaraba, autor de *Los errores del Derecho Civil y abusos de los jurisperitos*, escrito del año 1748, y en Juan Francisco De Castro, quien publicó *Discursos críticos sobre las leyes y sus intérpretes*, en 1765. Años antes, PESET REIG, M., «Una propuesta de Código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Santa Cruz Teijeiro*, t. II, Valencia, Universidad, pp. 217-260, 1974, p. 1, había calificado el trabajo de De Mora como el primer intento por realizar una codificación en nuestro país, siendo, por tanto, un estudio anterior al presentado a Fernando VI por el Marqués de la Ensenada en 1751.

1749⁴. Ambos tratados contienen interesantes valoraciones sobre diversas materias de carácter jurídico y político en las que centraré mi investigación.

Antes de iniciar la exposición, debo hacer dos breves comentarios. En primer lugar, las dos obras de Muratori examinadas tienen una finalidad más práctica que teórica. Nuestro autor considera evidentes e irrefutables las doctrinas en las que fundamenta su pensamiento tomista, por lo que apenas lo contrasta con las tesis defendidas por otros filósofos o juristas. Y, en segundo lugar, partiendo de sus fuertes convicciones teológicas, Muratori piensa que todo puede y debe ser evaluado desde la perspectiva moral del iusnaturalismo clásico, coincidiendo así con la idea defendida por los teólogos-juristas de la Segunda Escolástica, quienes pensaban, según recuerda Tomás y

⁴ En el caso de *La pública felicidad objeto de los buenos príncipes*, he utilizado la edición y traducción de Pascual Arbuxech y Escoto, publicada en Madrid, en 1790, por la Imprenta Real. Incluye un prólogo del traductor, un extracto de la vida de Muratori, un catálogo crítico cronológico de sus obras y una breve nota al lector. La traducción se hizo a partir de la edición italiana de 1749, aunque la original es de 1742. En la apología realizada por el traductor sobre la vida y obras de Muratori habría que destacar, entre otros muchos datos y valoraciones, los siguientes. En primer lugar, la amplia formación del jesuita. Arbuxech hace alusión a los estudios iniciales de nuestro autor en Humanidades con los jesuitas en Módena, después a los de Lógica y a sus doctorados en Jurisprudencia y Teología moral, también comenta su amplia erudición sobre los clásicos y su aprendizaje autodidacta del griego y del hebreo. Todos estos méritos habilitaron a Muratori para ser nombrado director de la Biblioteca Ambrosiana. Poco tiempo después, el duque de Módena le encargó el cuidado y organización de su Biblioteca y de su Archivo. En segundo lugar, ensalza las labores realizadas por Muratori como eclesiástico al frente de su parroquia, destaca las múltiples lecturas para ampliar su formación, su defensa de los dogmas del catolicismo, y su especial atención a los pobres. Y, en tercer lugar, tras calificarlo como la mayor gloria de la literatura italiana, Arbuxech se detiene a comentar las alabanzas recibidas por Muratori tras su fallecimiento en 1750. Recuerda los reconocimientos procedentes del pontífice Benedicto, los de la mayoría de los gobernantes de aquella época y los de insignes eclesiásticos, literatos y bibliotecarios, como Gregorio Mayans, bibliotecario de Carlos III. También se refiere a varias Academias de Ciencias y Letras de Italia y las de Ciencias de Londres, Estocolmo y Berlín en donde se pronunciaron discursos laudatorios dedicados a nuestro autor. Los datos biográficos son prácticamente los mismos que los reseñados años antes por Vicente María de Tercilla, quien se ocupó de otra obra de Muratori traducida como *Fuerza de la humana fantasía*, publicada en Madrid, en la imprenta de Manuel Martín y en la que se incluye una breve narración sobre la vida de nuestro autor siguiendo la realizada por el padre Liboy. En este escrito de 1777 no hay referencias significativas de carácter jurídico o político que nos puedan interesar. Cfr. ARBUXECH Y ESCOTO, P., «Extracto de la vida del célebre Luis Antonio Muratori» en Muratori, Ludovico Antonio, *La pública felicidad objeto de los buenos príncipes*, edición y traducción de Pascual Arbuxech y Escoto, Madrid, Imprenta Real, 1790, pp. IX-XXII. Los datos biográficos son prácticamente los mismos que los reseñados años antes por Vicente María de Tercilla siguiendo la narración realizada por el padre Liboy. Cfr., MURATORI, L. A., *Fuerza de la humana fantasía*, traducido por Vicente María de Tercilla, Madrid, imprenta de Manuel Martín. Biblioteca General Histórica de la Universidad de Salamanca, signatura BG/ 21288, 1777.

Valiente, que: «no hay asunto, investigación, ni materia alguna que sean ajenos a la profesión e incumbencia de los teólogos»⁵.

El esquema que seguiré para exponer mi investigación es sencillo. Me detendré, primero, en analizar la concepción de Muratori de la pública felicidad, entendida como una meta a la que, nos dice, deberían encaminarse los buenos príncipes, y expondré algunos de sus múltiples consejos para alcanzarla. Y, después, teniendo en cuenta que la felicidad colectiva está condicionada por el orden jurídico, abordaré las dos propuestas muratorianas que he considerado más destacables en este ámbito: la que pretende limitar el papel de la jurisprudencia⁶, entendida por él como la doctrina elaborada por los expertos en la ciencia jurídica, y la destinada a mejorar la actividad jurisdiccional, defendiendo la imparcialidad judicial y criticando la arbitrariedad.

2. EL BUEN GOBIERNO Y LA PÚBLICA FELICIDAD

El tratado *Pública felicidad, objeto de los buenos príncipes* presenta muchas similitudes con el estilo literario medieval denominado espejo de príncipes, y en parte también con los escritos pertenecientes al arbitrista⁷. Los autores de estas obras buscaban instruir a los soberanos en el llamado buen gobierno ofreciéndoles directrices jurídicas, políticas, sociales y económicas a las que, frecuentemente, se añadían recomendaciones de carácter moral. El objetivo de estas últimas era influir en el príncipe para que, gracias al ejercicio constante de las virtudes cristianas, pudiera ser visto por su pueblo como

⁵ Cfr. TOMÁS Y VALIENTE, F., *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, Tecnos, 1979, p. 322.

⁶ La etimología de jurisprudencia puede hacer referencia, entre otros significados, a los intérpretes del Derecho, a los peritos en la materia legal, o a quienes, gracias a la «prudencia», poseen una competencia o un conocimiento sobre las leyes; mientras que el término «jurisdicción» se utiliza para designar a quienes dicen o concretan lo que es el Derecho, *iuris dictio*. Sobre esta misma cuestión, PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, 3.ª edición, Madrid, Trotta, 2008, p. 213, comenta que: «el término “jurisprudencia” no tiene significado unívoco. En ciertos contextos, sobre todo alemanes y anglosajones, pero que no dejan de tener proyección en nuestra área lingüística, por jurisprudencia se entiende algo muy parecido a ciencia o conocimiento del Derecho. Este es el sentido que tenía la jurisprudencia en el Derecho romano, y también en algunos clásicos del Derecho natural racionalista».

⁷ Uno de los escritos más influyentes y previos al de Muratori fue el de Juan de Mariana. SÁNCHEZ AGESTA, L., «El Padre Juan de Mariana, un humanista precursor del constitucionalismo» en de Mariana, Juan, *La dignidad real y la educación del rey (De rege et regis institutione)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1981, pp. XXVI y XXX señala que este tratado «supone un nuevo estilo literario de exponer el pensamiento político...su obra es un hito que consagra este canon de exposición. Nos referimos a la pedagogía política que cuaja en un «espejo de príncipes» o en una «educación del príncipe».

el mejor gobernante posible. Algunas de estas características están presentes en este trabajo de Muratori⁸, un escrito que «recoge la esencia de todas las materias abordadas anteriormente en esta dirección, a fin de reflejar la *summa* del reformismo de Muratori», según señala Pattaro⁹.

2.1 La idea de pública felicidad

Los comentarios realizados por nuestro autor sobre el concepto de pública felicidad son muy escasos. Defiende la idea de que la voluntad es la fuente de todos los deseos y que estos son de dos clases. El primero es inherente a la naturaleza humana y consiste en la búsqueda individual del propio bien, de la felicidad individual. El segundo deseo, al que llama pública felicidad, es el fin que debe guiar todas las acciones emprendidas por los buenos gobernantes. Muratori no se detiene en más cuestiones teóricas al respecto y ofrece un somero análisis conceptual de la felicidad en el que se limita a indicar que esta procede de la serenidad espiritual y no de la posesión ni del disfrute de muchos bienes, nos alerta de su carácter efímero, de la imposibilidad de satisfacerla en este mundo, y de que la consecución de la pública felicidad solo es factible a través del ejercicio de las virtudes de los gobernantes y de sus súbditos¹⁰.

2.2 El doble fundamento del poder político

En esta materia sí encontramos varias reflexiones del jesuita, aunque no muy originales. Partiendo de una visión iusnaturalista clásica, Muratori se pregunta por el fundamento último del poder político. Lo primero que hace es remitir la respuesta a la ley natural, cuyo conteni-

⁸ Son innumerables los escritos que influyeron en la formación del pensamiento político de Muratori. Nuestro autor cita la obra de Agustín de Hipona, *La ciudad de Dios*, en donde ya se expone cómo debe ser el monarca ideal. Sin duda, conocería la obra de Erasmo de Róterdam, *Educación del príncipe cristiano* de 1516, y la de Jerónimo de Ceballos (o Gerónimo de Zevallos), *Arte real para el buen gobierno de los Reyes y príncipes y de sus vasallos*, de 1623, o la de Diego de Saavedra y Fajardo, *Idea de un príncipe cristiano, representada en cien empresas*, publicada en el año 1640.

⁹ Las principales obras en las que Muratori desarrolla su pensamiento político, antes de escribir *Pública felicidad, objeto de los buenos príncipes*, fueron, según indica PATTARO, E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 7, fueron: *Rudimenti di filosofia morale per il principe* (1713-1714), «que escribe para la educación en el gobierno de Francisco María d'Este», *Del governo della peste e delle maniere di guardarsene* (1714) o *Della carità cristiana in quanto essa è amore del prossimo* (1723). Cfr., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 7.

¹⁰ MURATORI, L. A., *La pública felicidad, objeto de los buenos príncipes*, op. cit., pp. LXI, 1-4 y 379,

do, señala, conocemos gracias a la razón natural. A través de ella, prosigue, descubrimos la natural inclinación a la sociabilidad que todo ser humano tiene y, a la vez, la necesidad de que existan normas de conducta. Es preciso, además, que determinados sujetos asuman la responsabilidad pública de ordenar la vida social a través de lo que denomina un «tácito contrato». Se trata de un acuerdo político que contiene las obligaciones aceptadas por cada una de las partes: los gobernados se comprometen a servir al príncipe y a contribuir a su sustento mediante el pago de impuestos, mientras que los príncipes aceptan defender a sus súbditos, promover su bien y evitar, en lo posible, que sufran males¹¹.

Una de las ideas políticas más llamativas de nuestro autor es su visión del príncipe como actor principal de la vida política, le denomina en varias ocasiones pastor o padre porque está convencido de que siempre trata a sus súbditos como si fueran sus hijos amados. Muratori defiende abiertamente esta actitud paternalista del gobernante y no repara en que la misma presupone la consideración de los gobernados como seres políticos incapaces de decidir nada si no es bajo la tutela del príncipe. Nuestro autor se alinea con el discurso característico del Absolutismo Ilustrado¹² y se ubica en las antípodas del realismo político defendido por Maquiavelo y por sus seguidores, de los que habla brevemente evitando la confrontación doctrinal con ellos¹³.

Junto a esta fundamentación del poder político, Muratori también defiende la legitimidad de la autoridad de los príncipes desde una perspectiva teológica basada en su particular interpretación de la voluntad divina. Según él, la existencia de buenos gobernantes es un acto que tiene su origen y fundamento último en la voluntad divina, según lo defendió Agustín de Hipona¹⁴. Afirma el jesuita que: «la nación que alcanza esta especial gracia», la de estar bien gobernada, debe dar gracias a Dios. No obstante, matiza que, si no se alcanza ese

¹¹ *Ibidem*, p. 9 ss.

¹² Siguiendo el criterio defendido por Antonio Domínguez Ortiz, *Las claves del Despotismo Ilustrado. 1715-1789*, Barcelona, Planeta, 1990, p. 3, he preferido utilizar la expresión Absolutismo Ilustrado a la de Despotismo Ilustrado. Para justificar la elección de la primera expresión hay que tener en cuenta, que, conforme a: «la terminología de la época, el monarca no estaba sometido a las leyes ordinarias, pero sí a las leyes morales y a los pactos establecidos con los vasallos»; mientras que el déspota se identificaba con quien ejercía el poder como un tirano, sin ningún tipo de límites.

¹³ Frente a la concepción muratoriana del príncipe como padre bondadoso, las ideas de Nicolás Maquiavelo sobre cuáles deberían ser las cualidades del gobernante eran muy distintas, pues defendía que: «un príncipe no debe preocuparse de la fama de cruel si con ello mantiene a sus súbditos unidos y leales», y en relación con la dicotomía entre ser amado o ser temido, afirma que «convendría ser lo uno y lo otro, pero como es difícil de combinar ambas cosas, es mucho más seguro ser temido que amado cuando se haya de prescindir de una de las dos». Cfr., MAQUIVELO, N., *El Príncipe*, Madrid, Espasa Calpe, 1979, p. 82.

¹⁴ AGUSTÍN DE HIPONA, *La ciudad de Dios*, Madrid, Homo Legens, 2006, p. 216 ss.

estado, «es necesario inclinar la frente a la voluntad de Dios», aceptar el *statu quo*, pues no hay más restricciones al ejercicio del poder que las que puedan derivarse de las leyes de la naturaleza y de la Biblia¹⁵. Muratori no sugiere, pues, ningún instrumento de control de la potestad absoluta de los soberanos más allá de los dos límites antes mencionados. A diferencia de las críticas vertidas por algunos de los más destacados pensadores políticos anteriores o coetáneos a él, como Montesquieu¹⁶, nuestro autor evita valorar la separación entre los poderes del Estado y no expone ninguna teoría en torno a la justificación de la resistencia al tirano¹⁷. Solo recomienda, literalmente, «soportar» las injusticias procedentes del mal gobernante¹⁸.

2.3 Algunos consejos para la consecución de la pública felicidad

Cabe destacar, entre otros, los siguientes:

Primero. Propuestas para fomentar la enseñanza. Muratori inicia la exposición de esta materia con una prometedora idea en la que afirma que la instrucción pública debe extenderse a toda la población «así noble como civil y plebeya de uno y otro sexo»; la lástima es que no desarrolla esta propuesta¹⁹. Mayor interés muestra en la formación que deberían recibir los jóvenes nobles destinados a ocupar las más altas instituciones del Estado, a ellos les recuerda, desde la perspectiva religiosa que anima sus consejos, la importancia de ejercer sus cargos públicos cumpliendo las leyes y los preceptos morales para llevar una vida virtuosa y cristiana²⁰.

Por otra parte, en consonancia con la política educativa que comenzaba a implantarse en muchos países europeos, Muratori expresa su

¹⁵ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, p. 17 ss.

¹⁶ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, prólogo de Enrique Tierno Galván, traducción por Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Madrid, Tecnos, 1972, p. 152, se refiere a la actividad política de Italia sin diferenciar la situación existente en sus repúblicas, y critica que: «los tres poderes están reunidos, y hay menos libertad que en nuestras Monarquías. Por eso, el Gobierno necesita para mantenerse de medios tan violentos como los del Gobierno turco. Prueba de ello son los inquisidores de Estado y el cepillo donde cualquier delator puede, en todo momento, depositar su acusación en una esquila».

¹⁷ Véase, entre otros, RUIZ MIGUEL, A., *Una filosofía del derecho en modelos históricos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 163 ss., en donde desarrolla y valora las distintas combinaciones que pueden adoptarse para resistir al tirano a partir de las teorías expuestas por Tomás de Aquino, Francisco de Vitoria, Juan de Mariana o Francisco Suárez.

¹⁸ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, p. 19.

¹⁹ Tampoco desarrolló Muratori, como hará Beccaria tiempo después, *De los delitos y las penas*, prefacio de Piero Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez, texto italiano establecido por Gianni Francioni, Madrid, Trotta, 2011, p. 277, la idea que «el medio más seguro, pero más difícil de prevenir los delitos es perfeccionar la educación».

²⁰ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, 29 ss.

apoyo a la fundación de academias que divulguen el conocimiento científico. Entre esas instituciones, dice, debería existir una dedicada al «arte de gobernar» en la que se estudiaría, entre otras materias, la que para él debería ser la más significativa: «los principios fundamentales de la justicia y las obligaciones del Príncipe», pero no expone más comentarios al respecto²¹.

Segundo. Defensa de la religión. Los buenos gobernantes deben vigilar que sus súbditos acepten el credo cristiano y practiquen los principios morales proclamados por la verdadera religión, previamente Muratori había declarado que esta era la católica romana, porque el cumplimiento de los mandamientos es el único y verdadero camino para alcanzar la felicidad colectiva. También avisa de las consecuencias que se derivarán del Juicio Final, afirmando que, si los servidores públicos creen que sus actos están siendo escrutados permanentemente por Dios, evitarán la comisión de delitos y de pecados por el miedo a padecer los castigos eternos²².

Es lógico que el discurso moralizante de nuestro clérigo contenga alabanzas a la utilidad del servicio prestado por todos los religiosos, aunque hace un pequeño comentario crítico al recordar que hay situaciones en las que es preciso evitar los defectos y las demasías en el ejercicio de ciertas prácticas, refiriéndose al exceso de procesiones, iglesias y órdenes religiosas existentes en algunas ciudades. Por último, pasa de puntillas sobre un espinoso tema: el de las confrontaciones entre la Iglesia católica y diversos Estados. En este sentido, alude de forma muy crítica a la política de Enrique VIII de Inglaterra, al que considera responsable de la usurpación de derechos y bienes del clero, pero cierra este comentario sin decir nada sobre los problemas surgidos como consecuencia de la intromisión del poder eclesiástico en el secular²³.

Tercero. Promoción del comercio y control de tributos. La máxima característica del pensamiento económico de la época²⁴, consistente en «hacer que salga del Estado la menor cantidad de dinero que sea posible, y que se introduzca en él todo lo que se pueda» es asumida sin vacilar por Muratori, no obstante, la desarrolla a través de múltiples propuestas²⁵.

²¹ *Ibidem*, pp. 36-38.

²² *Ibidem*, pp. 52 y 53 y 40 y 41.

²³ *Ibidem*, pp. 55-57.

²⁴ En esa línea doctrinal se encontraba también, entre otros, DE CEBALLOS, J., *Arte Real para el buen gobierno de los Reyes, y Príncipes, y de sus vassallos*, Toledo, Diego Rodríguez, 1623, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, edición y estudio preliminar de Salustiano de Dios, Madrid, 2003, p. 149, quien titula uno de sus documentos así: «Donde se trata lo que conviene a los Reyes enriquecer su reino, no dejando sacar los materiales crudos, que nacen en él, ni que se metan mercaderías extranjeras».

²⁵ MURATORI, *La pública...op. cit.*, p. 172.

Destaco las siguientes:

a) Protección de los derechos de los fabricantes y artesanos y crítica a los excesivos gravámenes que sufren sobre sus beneficios. Para él, se trata de colectivos que deben ser especialmente protegidos, porque si se les presiona demasiado, dice Muratori, «se desanima la gente y piensa en mudar de cielo»²⁶.

b) Promulgación de medidas contra la vagancia para aumentar el número de trabajadores y regulación de la práctica de la mendicidad, solo permitida a los que están imposibilitados para trabajar, tal y como lo aprobó Carlos de Borbón, nombrado Carlos VII, Rey de las Dos Sicilias²⁷.

c) Promoción pública de oficios y creación de fábricas competitivas, como las de tejidos de lino, algodón o seda²⁸. Menciona aquí Muratori la laboriosidad del pueblo judío, al que considera un ejemplo a seguir, pero no insiste mucho en este tema, bastante controvertido entonces ni valora las medidas destinadas a favorecer el retorno de esa población, como dispuso Carlos VII en Nápoles. Por último, exige un control gubernamental de las actividades comerciales para evitar los fraudes, las extorsiones y las ganancias ilícitas²⁹.

d) Defensa de la existencia de las cargas impositivas, siempre que estén bien distribuidas y sean proporcionales. Muratori no propone criterios de aplicación de las normas fiscales ni valora el sistema impositivo del Antiguo Régimen, solo reconoce que esta materia es muy compleja y nos remite al *Tratado de los impuestos, las monedas y el gobierno político de la salud*, publicado en Nápoles, en 1743, por el economista italiano Carlo Antonio Broggia. Muratori recuerda al príncipe que Dios le ha encomendado el cuidado de sus súbditos para «que los trate como hijos y no como esclavos», y denuncia a los gobernantes que incrementan en exceso los impuestos para cubrir los gastos bélicos³⁰.

²⁶ *Ibidem*, p. 190.

²⁷ *Ibidem*, pp. 183 y 202.

²⁸ *Ibidem*, pp. 187 ss. Pocas veces alude Muratori a España, pero al referirse a la importancia que tiene para los príncipes escoger bien a sus ministros y consejeros dice: «si en España hubiera permanecido el Cardenal Alberoni, tal vez hubiera mudado de aspecto aquel Reino». *Ibidem*, p. 174. Sobre el citado Cardenal, que fue consejero durante unos pocos años del rey Felipe V, puede consultarse, entre otros, a PERONA TOMÁS, D. A., «Apuntes sobre el perfil institucional de Alberoni, Riperdá y Godoy», *Anuario de Historia del Derecho español*, núm. 68, 1998, pp. 83-150.

²⁹ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, pp. 201 y 206 ss. A iniciativa del Marqués de Salas, por entonces secretario de Estado y del Despacho y consejero de Estado del Rey de las Dos Sicilias, y con el objetivo de reactivar la economía, se permitió el retorno de los judíos al Reino de Nápoles. Sobre la medida adoptada el 3 de febrero de 1740 y su posterior derogación, véase el estudio realizado por Vázquez Gestal, P., «José Joaquín Montealegre y Andrade» en Real Academia de la Historia, *Diccionario Biográfico electrónico*, (<https://dbe.rah.es/biografias/20347/jose-joaquin-montealegre-y-andrade>).

³⁰ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, pp. 279, 276 y 308.

3. PROPUESTAS PARA PROMOVER LA PÚBLICA FELICIDAD A TRAVÉS DE LA REFORMA JURÍDICA

3.1 Consideraciones previas

Una vez expuestas las principales reflexiones y recomendaciones en el ámbito político, en donde se percibe, claramente, la intencionalidad de corrección moral que alienta buena parte de las mismas, analizo ahora los proyectos y consejos que Muratori propone en el ámbito jurídico para promover la pública felicidad³¹. Este es el contenido esencial del tratado *Defectos de la jurisprudencia*, un escrito muy difundido, sobre el que no está del todo claro el porqué de su éxito³².

Es importante recordar que los comentarios jurídicos muratorianos se enmarcan en el periodo previo al desarrollo del iluminismo italiano, al que pertenecen pensadores tan destacados como Alejandro y Pedro Verri, Beccaria, Genovesi, Pagano o Filangieri, en cuyas obras se perciben nuevas ideas políticas y jurídicas opuestas a las vigentes en el Antiguo Régimen³³. Lo interesante es que algunas de

³¹ Según FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, prólogo de Norberto Bobbio, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, Madrid, Trotta, 2.ª edición, 1997, pp. 886 y 901, nota 47: «todo el pensamiento contractualista e ilustrado parece, por lo demás, de acuerdo al considerar “la felicidad”, “las necesidades”, “el bienestar social”, es decir, la satisfacción de los derechos fundamentales como fines y justificaciones hétero-poyéticas tanto del derecho como del estado». Cita, entre otros ejemplos de obras de la época dedicadas a defender esta idea, a *La pública felicidad, objeto de los buenos príncipes* de Muratori. Junto al de nuestro autor, recuerda los escritos de Bacon, Beccaria, Filangieri, Bentham o Helvetius. Pero, a mi juicio, habría que matizar y diferenciar mucho más entre la filosofía de la que participaron estos últimos autores y la concepción que Muratori tenía del príncipe, de la sociedad o del Derecho.

³² TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna. Vol. I: Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, pp. 216 y 217, menciona a Muratori como uno de los promotores italianos de la codificación en la primera mitad del siglo XVIII junto a Bernardo Tanucci y a Pompero Neri. Según indica, la relación de Muratori con la ideología de la codificación se inicia en 1726 cuando envía una carta al emperador Carlos VI en la que le sugiere la necesidad de redactar un nuevo código de leyes utilizando la siguiente argumentación: «las leyes pueden volverse dañinas para la cosa pública cuando son oscuras y demasiado numerosas, esto es lo que sucede mientras Muratori escribe sobre todo a causa de la gran cantidad de obras de comentario». Es, además, muy interesante la valoración que hace Tarello del tratado *Dei difetti della giurisprudenza*, de 1742. De este escrito dice que «tuvo (y todavía tiene) una fortuna que parece increíble si se piensa que ninguna opinión expresada en ella era nueva, y todas las propuestas presentadas eran, de una parte, poco aplicables, y de otra, muy similares al sentir común de muchos contemporáneos». No obstante, concluye que «es probable que la fortuna del escrito muratoriano deba estar relacionada con las propias características de clara divulgación, de un sentido común aparente, unido a sus buenas intenciones y a todo tipo de moderaciones».

³³ Se trata, según GREPPI, A., «La ilustración italiana», en Peces-Barba, Gregorio; Fernández García, Eusebio; De Asís, Rafael (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales*, tomo II, siglos XVIII, vol. I, Madrid, Dykinson, 2001, p. 332, de «una

las críticas que habían sido desarrolladas años antes por Muratori coincidirán con las de estos autores al denunciar la obscuridad de las leyes, su inabarcable número, la arbitrariedad judicial o la crueldad de las leyes penales³⁴.

Ahora bien, el sólido pensamiento católico de Muratori le hizo oponerse a los nuevos planteamientos relativos a la capacidad de la razón, y le alejaron de las primeras concepciones iluministas y racionalistas³⁵. El iusnaturalismo moderno que se estaba difundiendo en Europa, caracterizado por sus notas de secularización y sistematicidad del Derecho, por su defensa de las capacidades constructivas de la razón humana, por el uso de un concepto de naturaleza empírica y no teleológica, y por el pensamiento filosófico y político individualista, no casaba bien con las convicciones de Muratori, permaneció fiel a las directrices generales del tomismo y no elaboró ninguna teoría política o al jurídica propia. Además, como indiqué al inicio de la exposición, lo que domina en los escritos muratorianos es un propósito práctico, muy distinto al de las construcciones teóricas defendidas por la nueva concepción del Derecho natural. El carácter abstracto de este ha sido señalado por Atienza al referirse al desarrollo histórico de la jurisprudencia europea y al dominio ejercido durante los siglos XVII y XVIII por el iusnaturalismo racionalista, indicando que «quienes elaboraron este Derecho natural...» estuvieron «...más preocupados por el problema de construir una ciencia jurídica racional, verdadera, que por solucionar los problemas que planteaba la aplicación del Derecho»³⁶.

Antes de entrar en el estudio de sus propuestas jurídicas, lo primero que debo advertir es que Muratori aborda, en *Defectos de la jurisprudencia*, problemáticas que afectan a las causas civiles, no a las penales. Lo mismo sucede en *La pública felicidad, objeto de los buenos príncipes*, en donde evita valorar contenidos de carácter penal al confesarse inexperto en la materia. Esta autolimitación nos priva de

nueva generación de pensadores, ya en la década de los '60, que iba a traer a Italia el espíritu de la Ilustración, entablando buenos contactos intelectuales y personales con la cultura francesa. En general, los principales ilustrados italianos no adoptaron actitudes de ruptura y se mantuvieron casi siempre en posiciones moderadas, tanto desde el punto de vista cultural como ideológico».

³⁴ El proceso de renovación que se irá produciendo en esta etapa histórica tuvo muchas particularidades. En el caso de Italia se ha comentado, entre otros por DOMÍNGUEZ ORTIZ, A., *Las claves del Despotismo Ilustrado*, op. cit., pp. 82 y 83, que: «existía como nación, no como estado...se hablaba una misma lengua...había unidad de cultura...pero a esa unidad de pensamiento se oponía una gran variedad política; cada uno de los pequeños estados italianos tenía sus tradiciones, su dinastía, sus peculiaridades sociales y económicas, y desarrollaron políticas también diversas, ya afines con las ideas ilustradas, ya radicalmente opuestas». *Las claves del Despotismo Ilustrado*, op. cit., pp. 82 y 83.

³⁵ Cfr., FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho. 2. La Edad Moderna*, traducción de José F. Lorca Navarrete, Madrid, Pirámide, 1979, pp. 252 y 253.

³⁶ Cfr., ATIENZA, M., *Introducción al Derecho*, Barcelona, Barcanova, 1985, p. 195.

conocer su opinión acerca de las controversias doctrinales que empe-
zaban a plantearse sobre la presunción de inocencia, la prisión provi-
sional o la disputa entre los partidarios del procedimiento inquisitorio
frente al acusatorio, entre muchas otras³⁷.

No obstante, hay dos juicios críticos interesantes de nuestro autor
acerca de la aplicación de la Justicia criminal. El primero es el relativo
a la utilización de la tortura como instrumento al servicio del esclare-
cimiento de la verdad. Según Muratori, el tormento es un medio cruel
para descubrir la verdad, que puede hacer «padecer, y tal vez hacer
perecer a los inocentes», y señala que muchos príncipes cristianos ya
no utilizan la tortura por ser contraria al Derecho natural³⁸. En sus
escritos hay, pues, una oposición similar a la manifestada años des-
pués por Beccaria, para quien la tortura era: «el medio seguro de
absolver a los desalmados vigorosos y de condenar a los inocentes
débiles. He aquí los fatales inconvenientes de este pretendido criterio
de verdad»³⁹. El segundo juicio destacable se refiere a la privación de
libertad de los detenidos y al cumplimiento de las penas. Muratori
rechaza la situación en la que se encuentran algunas cárceles y se
opone a que los presuntos culpables se consuman en ellas y en los
calabozos sin haber sido juzgados. Por ello, aconseja al príncipe que,
más allá de los deberes asignados a los jueces, o a los llamados «visi-
tadores de las cárceles», se encargue él mismo de controlar el tiempo
de reclusión de los encarcelados «para examinar si deben ser castiga-
dos los jueces»⁴⁰.

Tras estas dos puntualizaciones, y volviendo al comentario de
Defectos de la jurisprudencia, hay que subrayar que esta obra se
enmarca en un contexto histórico de fuertes críticas al Derecho roma-
no justinianeo, del que muchos afirmaban que se había convertido, en
«fuente de gravísimos inconvenientes prácticos, además de injusticias
y arbitrariedades»⁴¹. Para corregir estos problemas, comenta Fassó,
Muratori había propuesto elaborar una codificación que tuviera vali-
dez general, así lo expone en su escrito de 1726, titulado *Dissertio de
codice carolino, sive de novo legum codice instituendo*. Este docu-
mento, que no llegó a publicarse, había sido dirigido al emperador
Carlos VI de Habsburgo. Años más tarde, en 1742, Muratori insiste en

³⁷ Véase, por ejemplo, lo expuesto por FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, pp. 564 ss.

³⁸ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, pp. 82 y 83.

³⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y las penas*, prefacio de Piero Calamandrei, edición bilingüe al cuidado de Perfecto Andrés Ibáñez, texto italiano establecido por Gianni Francioni, Madrid, Trotta, 2011, p 165.

⁴⁰ MURATORI, L. A., *La pública...op. cit.*, pp. 108 y 109.

⁴¹ Según nos recuerda FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, *op. cit.*, p. 251, esta situación ya había sido denunciada por juristas italianos como Juan Nevizzano o Tiberio Deciani, en el siglo XVI, o por el cardenal Juan Bautista de Luca, en el siglo XVII, citado en múltiples ocasiones por Muratori siguiendo sus criterios jurídicos y teológicos.

la necesidad de redactar una codificación, así consta en *Defectos de la jurisprudencia*, pero, a diferencia de lo mantenido antes, plantea que esa tarea legislativa sea «realizada por todos los príncipes en sus respectivos Estados»⁴². La idea se materializaría, tiempo después y entre otros territorios, en el ducado de Módena, gracias a la promulgación del *Código Estense* de Francisco III en 1771⁴³.

3.2 La reforma de la jurisprudencia

El tratado *Defectos de la jurisprudencia*, dedicado al papa Benedicto XIV, tuvo, entre otras finalidades, la de proponer una solución práctica al exceso de dictámenes emitidas por los jurisconsultos, opiniones que, en aquel momento, eran consideradas fuente del Derecho. La duda que expone Muratori ante este problema, ya resuelto en otros lugares y tiempos⁴⁴, es si la mejor medida para acabar con el caos jurídico debería consistir en limitar el estudio que los jueces y abogados hacían del Derecho solo a los textos legales, prescindiendo de los doctrinales⁴⁵. Alega razones a favor de esta idea refiriéndose a lo realizado por Justiniano y a la reforma promulgada por Víctor Amadeo, Rey de Cerdeña y Duque de Saboya. En 1729, este soberano estableció: «que para la decisión de las causas se observen únicamente en primer

⁴² *Ibidem*, p. 253.

⁴³ Como explica CANNATA, C. A., *Historia de la ciencia jurídica europea*, op. cit., p. 189, el duque Francisco III de Módena encargó a una comisión que: «compilara un código que sintetizaría las leyes comunes y las municipales suprimiendo aquellas que hubiesen caído en desuso... las leyes contenidas en ese código... debían aplicarse al conjunto del ducado... para los tribunales debía ser la única ley soberana y todas las demás fuentes del derecho debían apartarse ante ella». Cfr., *Historia de la ciencia jurídica europea*, trad. Laura Gutiérrez-Masson, Madrid, Tecnos, 1996, p. 189.

⁴⁴ Habría que recordar, como expone LEGAZ Y LACAMBRA, L., *Introducción a la ciencia del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1943, p. 411, que el emperador Valentiniano III promulgó con esa finalidad una constitución conocida como «Ley de Citas» en la que instituyó: «una especie de Tribunal de los muertos» al que pertenecían Papiniano, Paulo, Ulpiano, Gayo y Modestino, cuyas opiniones, y las de los autores citados por ellos, eran refrendadas como fuente del Derecho. Algo semejante se hizo a través de la Pragmática de Juan II, del año 1417, y de la «disposición de Isabel la Católica, que prohibían a los abogados citar a los canonistas y legistas posteriores a Bartolo y Juan de Andrés».

⁴⁵ Esta pretensión de buscar la mejor forma de simplificar el Derecho y garantizar la certeza y seguridad jurídica de una vez para siempre rechazando los constantes cambios de regulación jurídica fue un objetivo defendido por muchos juristas. Pero, como indica Petronio, «Muratori, il codice, il processo» en AA. VV., *I difetti della Giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L. A. Muratori*. Atti del convegno di Vignola, Castello Boncompagni Ludovisi, Milano, 2000, Giuffrè, p. 207: «toda esta lucha por llegar a la construcción de un sistema de reglas ciertas, como el que Muratori y el que otros antes y después de él habían sugerido, hoy sabemos bien que es casi una utopía, sabemos, sobre todo a la luz del pensamiento romántico y dialéctico, que una solución encontrada no es para siempre, es simplemente un nuevo punto de partida para posteriores problemas de interpretación y de legislación».

lugar nuestras Constituciones, en segundo los Estatutos locales, en tercero las decisiones de nuestros Magistrados y en último lugar el texto del Derecho Común». Nuestro autor también valora positivamente un precepto del texto en el que se prohibía a los abogados: «citar en ninguna de sus alegaciones a Doctor alguno en las materias legales, y a los Jueces, tanto Supremos como inferiores, el deferir a su opinión». Tras apuntar que esta norma estaba vigente, en términos muy parecidos, en Francia, Inglaterra, Venecia y en otros lugares, y añadir que la misma le parece «laudable», Muratori matiza sus comentarios y declara que no es partidario de eliminar totalmente la consideración de la Doctrina jurídica como fuente del Derecho. Nos dice que, aunque las opiniones de los jurisconsultos se prohibiesen, estas se seguirían utilizando sin citar su autoría. Además, entiende que no pueden desecharse las interpretaciones realizadas por todos los doctores, dado que algunos han realizado relevantes aportaciones doctrinales. Y, por último, como él piensa que las leyes no son siempre claras, mantiene que, si aceptamos la prohibición de utilizar las opiniones de los jurisconsultos como fuente, entonces los jueces «podrán a manos libres fulminar las sentencias según parezca a su pasión o capricho», lo cual rechaza de forma absoluta⁴⁶. ¿Hay una solución intermedia entre aceptar resignadamente la incertidumbre producida por la multitud inabarcable de opiniones de los doctores y la prohibición absoluta de jurisprudencia como fuente del Derecho?

Según Fassó, la respuesta ofrecida por Muratori es opuesta a la defendida por Justiniano, Víctor Amadeo, Montesquieu, Voltaire y por la mayoría de los ilustrados italianos. Frente a quienes afirmaban el legalismo, según el cual solo la ley era Derecho, nuestro autor, en cambio, consideró que las fuentes del Derecho deberían incluir también los comentarios que algunos juristas hacían sobre las leyes, entre otras razones, porque estas debían ser interpretadas, esta era, según él, la principal labor de la ciencia legal⁴⁷. Muratori insiste en que gracias a la reforma que él proyecta se simplificará el contenido del Derecho y se evitará la arbitrariedad judicial, de la que luego hablaremos. Pero, reconoce también que los problemas generados por el excesivo uso de la jurisprudencia en los tribunales no pueden desterrarse para siempre, acepta el carácter provisional de su propuesta y reconoce que, como consecuencia de los inevitables cambios que afectan al Derecho, las opiniones doctorales se irán revisando cada cierto tiempo, aunque mientras tanto, «se disfrutará el beneficio de ver desarraigada una gran parte de las cuestiones y opiniones antiguas»⁴⁸.

⁴⁶ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 101-107.

⁴⁷ Cfr., FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 254.

⁴⁸ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 119. Según OLGIA-TI, F., «La concezione del Diritto in Muratori», *Rivista di Filosofia Neo-Scolastica*, vol. 28, núm. 4/5, 1936 pp. 394 y 395, Muratori es consciente de que se trata de una solución provisional, no permanente, en el sentido de que, aunque insistía en su:

Su exposición sobre cómo articular esa propuesta de reforma jurídica se inicia con una diferenciación entre los defectos intrínsecos y los extrínsecos que afectan, según indica, tanto a la jurisprudencia como a la judicatura. Esta clasificación nos permite conocer la visión que tiene nuestro autor sobre el Derecho y su práctica.

3.2.1 DEFECTOS INTRÍNSECOS

La ciencia legal, según Muratori, posee una serie de defectos propios de su naturaleza, son los llamados intrínsecos, «a los cuales jamás se podrá aplicar remedio alguno eficaz»⁴⁹. Menciona cuatro.

Primero. Las leyes no son claras y no reflejan de forma indubitable la voluntad del legislador, así sucede tanto en el *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano como en los Estatutos de varias ciudades italianas. Además, al estar escritas muchas de esas leyes en latín, cuestión sobre la que incidirá tiempo después Beccaria⁵⁰, no siempre se entienden bien, lo que provoca que, cuanto más extensa sea una ley, más serán las interpretaciones sobre cada uno de sus términos⁵¹.

Segundo. Las leyes no regulan todos los supuestos, hay vacíos, lo que hoy conocemos como lagunas. Esta situación, reconoce nuestro autor, es imposible de resolver porque ningún legislador puede prever todas las posibles circunstancias que inciden en la aplicación de las leyes, de modo que este defecto ha favorecido un sinnúmero de interpretaciones sobre lo que quiso o no quiso decir el legislador⁵².

Tercero. Es muy difícil interpretar de forma correcta las pretensiones reales de los pleiteantes. Muratori pone el ejemplo de la ardua tarea que debe realizarse para conocer la voluntad de un testador que ha utilizado expresiones poco claras, a lo que añade una crítica relativa a la impericia de los escribanos que tampoco entienden o saben explicar bien las demandas de los comparecientes⁵³.

Cuarto. Existen contradictorias aplicaciones judiciales de las leyes. El problema es que estas no siempre establecen de forma clara

«consejo de simplificar las leyes, quitando el exceso y lo vano, mediante la formación de nuevas compilaciones...no dudaba en confesar, que el remedio sería eficaz siempre que los siguientes intérpretes y quienes han de aplicar las leyes no distorsionaran las nuevas», si no fuera así, entonces sería necesaria otra posterior sistematización.

⁴⁹ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 49. Como indica GREPPI, A., «La ilustración italiana», op. cit., p. 331, refiriéndose a los defectos intrínsecos, estos: «son especialmente graves porque generan controversias e inseguridad en la aplicación del Derecho».

⁵⁰ Al referirse a la oscuridad de las leyes, a la que califica como un mal, BECCARIA, *De los delitos y las penas*, op. cit., p. 125, afirma que este: «será grandísimo cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña al pueblo, que lo sitúe bajo la dependencia de unos pocos, al no poder juzgar por sí mismos sobre la suerte de su libertad...».

⁵¹ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 14.

⁵² *Ibidem*, p. 15.

⁵³ *Ibidem*.

la decisión que el juez debe tomar para resolver el caso concreto, así que, en muchas ocasiones, los jueces, señala Muratori, deben decidir «de su cabeza» cuál es la respuesta justa. Entonces, prosigue, el juez «se ve precisado a confesar su perplejidad, y que no sabe a qué parte conviene conceder en aquel caso la victoria sin peligro de errar». Para él, la labor jurisdiccional no siempre es sencilla, y añade que, una vez valorados los argumentos de las partes, el juez siempre debe detenerse a reflexionar y mostrarse prudente ante la decisión a adoptar⁵⁴. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

3.2.2 DEFECTOS EXTRÍNSECOS

Se refiere ahora al problema de la ingente cantidad de supuestos expertos que defienden sus opiniones sobre cualquier materia jurídica. Haciendo gala de su erudición, recuerda Muratori que el emperador Justiniano encargó a un selecto grupo de juristas la elaboración de un «Cuerpo de Leyes que en lo sucesivo hubiesen de gobernar en el Foro...separando las cuestiones inútiles, y las diversas y contrarias opiniones de tantos comentadores antiguos», prohibiendo realizar a los jurisconsultos, y a partir de entonces, más interpretaciones sobre las leyes. A diferencia de los intrínsecos, este defecto sí puede ser corregido si se atienden las medidas que serán expuestas por Muratori⁵⁵.

Lo llamativo, como expone la profesora Bragagnolo, es que la propuesta de Muratori no es nada original⁵⁶. Sí que es cierto que nuestro autor lo reconoce y recuerda que su plan, y otros muy similares, ya habían sido defendidos por Juan Bodino, Jerónimo de Ceballos o Leibniz, entre otros. Todas estas reformas, dice nuestro autor, tuvieron el objetivo común de: «libertar a la República de un mal, que perjudica a muchos, y amenaza a todos», pero lo que es una lástima es que no

⁵⁴ *Ibidem*, p. 22.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 24.

⁵⁶ Dice BRAGAGNOLO, M., *Ludovico Antonio Muratori e l'eredità del Cinquecento...*, *op. cit.*, p. 150, que la reforma: «se situaba en la línea de la tradición madurada en el *Cinquecento* jurídico, que encomendó al soberano-legislador la tarea de verificar la disciplina vigente a través de una reorganización de la jurisprudencia de una forma no muy diferente, por ejemplo, a lo deseado por François Hotman en el *Antitribonian*». La idea, antes comentada por Tarello, de que las aportaciones de Muratori en estas materias no son muy originales, es compartida por Bragagnolo al constatar la gran influencia que ella percibe en *Defectos de la jurisprudencia* procedente de la obra, escrita en el siglo XVI, por de Giovanni Ingegneri, titulada *Contra la sofística disciplina de'giureconsulti*. (*Ibidem*, p. 151). Sobre este escrito, Bragagnolo ya había comentado en su tesis doctoral, *Ludovico Antonio Muratori. Giurista e Politico*, *op. cit.*, p. 162, que contenía: «una violenta crítica a la práctica jurídica, definida como disciplina "sofística". Objeto del escrito, por usar la expresión de Muratori, son los "defectos" de la Jurisprudencia y de los juristas, y, especialmente, según una costumbre recurrente en la crítica humanista al "bartolismo", los abusos relacionados con la interpretación y el comentario de textos legales».

estableciese ningún tipo de diálogo con estos autores contrastando o matizando sus proyectos⁵⁷.

En realidad, el planteamiento muratoriano sigue el defendido por Justiniano. Muratori señala que los encargados de llevar a cabo la tarea de ordenar la jurisprudencia deben ser elegidos por los soberanos buscando a los mejores conocedores de la «ciencia de lo justo y de lo injusto», y se les debe exigir que estén libres de las pasiones que alteran la verdad y la justicia. Recuerda que el objeto de esta reforma será seleccionar las opiniones que con más frecuencia se presentan ante los tribunales, pero lo más importante para él es que siempre se deberá indagar la correcta adecuación de esas interpretaciones a las leyes de Justiniano y a los principios del Derecho natural y de gentes, conforme, además, a la valoración realizada por los principales Tribunales de Italia. La conclusión a la que llega nuestro autor es que, una vez superados todos estos filtros, esa opinión deberá «hacerse ley para lo sucesivo, mediante la aprobación del Soberano», y conforme a este exigente procedimiento, se irá componiendo un «nuevo Código de Leyes»⁵⁸.

3.3 La propuesta de reforma de la actividad jurisdiccional

Una vez defendida su propuesta sobre las fuentes del Derecho, Muratori también se adentra en la valoración de las actuaciones practicadas por los tribunales con el fin de presentar algunos consejos para mejorar la aplicación de las leyes.

3.3.1 CONTEXTO GENERAL

La conocida frase de Montesquieu en la que afirmaba que: «los jueces de la nación no son... más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza no el rigor de las leyes»⁵⁹, expresaba el rechazo a las capacidades otorgadas a los jueces del Antiguo Régimen, al entender que estas,

⁵⁷ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 11 ss.

⁵⁸ *Ibidem*. MURATORI habla de «código de leyes» y expresa así su deseo de ordenar las opiniones de los doctores en Derecho y promover la existencia de pocas y claras leyes, en definitiva, de sistematizarlas de forma racional, de codificarlas. VAN CAENEGEM, R. C., *Jueces, legisladores y profesores. Fases de la historia jurídica europea*, traducción de María José Higuera, Lima, Palestra, 2011, p. 170, ha defendido que: «la codificación históricamente fue un arma contra la judicatura, o la casta de la *noblesse de robe*, cuyos miembros eran propietarios de sus puestos e invocaban nebulosos principios generales que no estaban tipificados en ningún documento. También fue un arma en contra de los doctores en Derecho, quienes discutían sobre citas “cultas” tomadas de libros de más de mil años de antigüedad, o de otros doctores que enterraban a la justicia bajo enormes tomos, llenos de contradicciones y aptos solo para confundir al hombre común».

⁵⁹ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, op. cit., p. 156.

junto a otras prácticas inaceptables, facilitaban la arbitrariedad en la aplicación de las leyes e imposibilitan la realización de la certeza y de la seguridad jurídica⁶⁰. Como sabemos, la repulsión al modelo de juez de épocas pasadas estuvo muy presente en los autores ilustrados, para quienes el mejor remedio para eliminar la arbitrariedad y la tiranía iba necesariamente unido al establecimiento de un código estable de leyes, y a la interpretación literal de las mismas⁶¹.

En relación con esta problemática, es importante tener presente, dice Prieto Sanchís, que estas ideas ilustradas, las que dieron origen a las teorías cognoscitivistas de la interpretación, y que defendían que: «la mejor ley es aquella que no precisa interpretación, o de que la interpretación equivale a corrupción de la ley», implicaban una calidad máxima de las leyes para no dejar resquicio alguno a las valoraciones o divagaciones de los jueces sobre qué dice o qué quiso decir el legislador, o cuál era la finalidad de la norma⁶². Ese ideal legislativo que caracterizaba al nuevo estilo que debían adoptar las leyes había sido expuesto, entre otros, por Montesquieu y formaba parte de la concepción iluminista del Derecho, de una nueva normatividad que debía ser racional, clara y concisa⁶³.

¿Cómo se posiciona Muratori ante todas estas cuestiones? Lo primero que habría que recordar es que nuestro autor había hecho suyas algunas invectivas dirigidas a la judicatura emitidas tiempo atrás⁶⁴.

⁶⁰ Muratori no distingue entre discrecionalidad y arbitrariedad, solo utiliza el término arbitrio. El concepto de arbitrariedad es definido por GARCÍA AMADO, J. A., «¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?», *Isegoría*, núm. 35, julio-diciembre, 2006, pp. 152 y 153, como: «el antivolar judicial por excelencia», también pueden consultarse las notas que, según este autor, deben concurrir para considerar una decisión judicial arbitraria.

Sobre la falta de certeza y la seguridad jurídica, PÉREZ LUÑO, A. E., *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991, p. 22 ss., ofrece una clara exposición de esta materia diferenciando las exigencias básicas de este valor relativas, por una parte, a la corrección estructural, señalando la *lege promulgata, manifesta, plena, stricta, previa, perpetua* y, por otra, a la corrección funcional, refiriéndose al principio de legalidad.

⁶¹ Así, por ejemplo, BECCARIA, *De los delitos y las penas*, op. cit., p. 123, nos dice al respecto que: «cuando un código fijo de leyes, que deben observarse a la letra, no deja al juez más incumbencia que examinar las acciones de los ciudadanos y juzgarlas conforme o disconformes con la ley escrita; cuando la norma de lo justo o lo injusto, que debe dirigir lo mismo las acciones del ciudadano ignorante que las del ciudadano filósofo, no es materia de controversia, si no de hecho; entonces los súbditos no están sujetos a las mezquinas tiranías de muchos».

⁶² PRIETO SANCHÍS, L., *Apuntes de teoría del Derecho*, op. cit., pp. 228 y 239 ss.

⁶³ MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, op. cit., pp. 443 y 444, en el capítulo, titulado «Cosas que han de tenerse en cuenta para la elaboración de las leyes», hace hincapié en que: «el estilo debe ser conciso... debe ser sencillo; la expresión directa se entiende siempre mejor que la expresión redundante... es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres... las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio...».

⁶⁴ Recuerda BRAGAGNOLO, M., *Ludovico Antonio Muratori. Giurista e Politico*, op. cit., p. 194, algunas valoraciones realizadas por Giovanni Ingegneri que influyeron en el tratado de Muratori y en las que se afirmaba cómo debían ser y actuar los jueces. Se refiere al juez como: «una persona con claras virtudes morales», dice, además,

Además, la valoración que Muratori hace de las actuaciones de administración de los tribunales es bastante negativa, y se debe resaltar que este juicio procede de su propia experiencia forense⁶⁵. A lo largo de sus escritos, se encuentran varios pronunciamientos en los que denuncia, por ejemplo, que quienes pleitean se ven expuestos a la suerte, declara comprender el temor que embarga a todos los que deben acudir a los tribunales, y muestra su indignación ante el retraso injustificado de las resoluciones judiciales que se dilatan sin fin⁶⁶.

Concretando algo más su particular visión de la actividad jurisdiccional, Muratori nos presenta algunas ideas relativas a la razón de ser de la misma y a su necesidad, y también añade varias apreciaciones relativas a las cualidades y a los defectos de los jueces. Este tema le conduce a desarrollar, aunque de forma muy breve, algunas reflexiones en torno a la imparcialidad de la judicatura y a criticar los elementos de arbitrariedad en sus actuaciones, sugiriendo, al mismo tiempo, diversas reglas para aplicar correctamente las leyes.

3.3.2 ORIGEN Y NECESIDAD

En el escrito titulado *La pública felicidad, objeto de los buenos príncipes* se encuentra una breve referencia al origen de la autoridad judicial. Muratori aborda esta cuestión denunciando que la propiedad privada es la causa inicial de los conflictos sociales, idea que será reinterpretada y utilizada, entre otros, por Rousseau en su *Discurso sobre el origen de la desigualdad*⁶⁷. Según Muratori, en todos los

que: «el magistrado deberá ser el único mediador entre la ley universal y el caso particular» y que siempre: «estaba obligado a recurrir a la verdadera “prudentia iuris” que implicaba el llamado constante a la propia conciencia».

⁶⁵ FASSÓ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho*, op. cit., p. 253, nos recuerda que Muratori también tuvo bastante experiencia práctica sobre el funcionamiento de los tribunales al haberse ocupado, entre otros asuntos jurídicos, de los pleitos relativos: «a los derechos de los Estesi de Módena sobre Comacchio».

⁶⁶ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., pp. 58, 64 y 144. Sobre estas críticas, Mariano Peset, «Una propuesta de Código romano-hispano inspirada en Ludovico Antonio Muratori», op. cit., p. 232, indica que: «las consideraciones de Muratori son parte de la secular desconfianza-justificada por siglos- contra la administración de justicia. Pero alienta en ellas una ironía y un realismo que debieron molestar a sus contemporáneos. A pesar de moverse en planos muy abstractos y distinguiendo siempre los buenos de los malos para que cada uno se aplicase lo que le convenía. Es literatura moralizante, pero con destellos y penetraciones que descubren que está hablando de la realidad cercana».

⁶⁷ ROUSSEAU, J. J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, introducción de Lluís Crespo, traducción de Melitón Bustamante, Barcelona, Ediciones Península, 1970, p. 71, dice lo siguiente: «El primer individuo al que, tras haber cercado un terreno, se le ocurrió decir ‘esto es mío’ y encontró a gentes lo bastantes simples como para hacerle caso, fue el verdadero fundador de la Sociedad Civil. Cuántos crímenes, guerras, asesinatos, cuántas miserias y horrores no le hubiera ahorrado al género humano el que, arrancando las estacas o cegando el foso, hubiera gritado a sus semejantes: ‘Guardaos de escuchar a este impostor; estáis perdidos si olvidáis que las frutas a todos pertenecen y que la tierra no es de nadie...’».

tiempos y lugares la defensa de la propiedad privada ha provocado innumerables disputas, por lo que ha sido necesario elaborar leyes que garanticen el disfrute de los bienes. Por esta razón, entiende que la jurisdicción, el poder de juzgar, es imprescindible para alcanzar un mínimo de paz social. Los jueces que tienen esa facultad deben tener unas cualidades especiales, pues han de determinar, en cada caso, qué es conforme a las leyes, una tarea que, además, redundará en la felicidad de los pueblos y evita la venganza privada⁶⁸. Ahora bien, los jueces, nos dice Muratori, no son seres angelicales, tienen sus virtudes y sus defectos, las primeras deben ser promovidas y ensalzadas, los segundos deben ser perseguidos y castigados⁶⁹.

3.3.3 PRINCIPALES CUALIDADES DE LOS JUECES

La perspectiva teológica moral desde la que nuestro jesuita aborda muchas problemáticas se vuelve a hacer patente cuando nos remite al pasaje bíblico en el que se indican cuáles deberían ser los rasgos positivos de quienes resulten elegidos para impartir Justicia⁷⁰. Según él, la primera de las cualidades es la «potencia o fuerza de entendimiento», es decir, el conocimiento de lo que es justo o injusto como de las leyes que están vigentes, pues no se puede esperar un juicio recto de alguien que no sabe bien las leyes o «no entiende su fin», dando a entender la importancia que este criterio tiene para interpretar y aplicar de forma correcta el Derecho. La segunda cualidad es «el temor de Dios», no se trata de que los jueces sean santos, aclara, sino que basta con que sean personas de buena conciencia. La tercera es «el amor a la verdad»,

⁶⁸ MURATORI, *La pública...op. cit.*, pp. 73 y 74.

⁶⁹ Se ha recordado también la influencia de los comentarios muratorianos sobre el juez en la posterior redacción de los códigos deontológicos de la judicatura. Así lo señala ALPA, G., «Impossibil cosa è il guarir da' suoi mali la giurisprudenza. Attualità del programa riformatore di L. A. Muratori» en AA. VV., *I difetti della Giurisprudenza ieri e oggi. Giornata di studi L. A. Muratori*. Acti del convegno di Vignola, Castello Boncompagni Ludovisi, 2000, Milano, Giuffrè editore, p. 165, cuando afirma que: «igualmente moderno es el discurso sobre el papel del juez y sobre la ética judicial. Tan moderno que, recientemente, para prevenir o para contener muchos de los fenómenos de deterioro señalados por Muratori hace ya dos siglos, se han introducido códigos éticos para los magistrados mediante reglas de carácter deontológico, que complementan las disposiciones legislativas sobre la decisión, la redacción de la sentencia y los deberes institucionales del juez». Sobre las problemáticas en torno a la ética profesional en la actualidad y, más en concreto, sobre las virtudes judiciales y códigos deontológicos, véase ATIENZA, M., *Filosofía del Derecho y transformación social*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 221-274.

⁷⁰ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia, op. cit.*, p. 64. El fragmento bíblico al que nos remite se encuentra en el libro del Éxodo, en su capítulo 18, y relata los criterios que debe seguir Moisés al elegir a los jueces de entre los hombres de su pueblo: se exige que sean capaces, temerosos de Dios, amantes de la verdad y desinteresados por la riqueza.

una verdad que debe ser buscada en los hechos probados. Y la última es el desinterés que los jueces deben mostrar hacia la riqueza⁷¹.

En realidad, Muratori tampoco es especialmente original en este tema, más bien, continúa la senda de otros escritores que ya habían defendido la importancia del cumplimiento de estos requisitos insistiendo o matizando levemente algunos aspectos⁷².

3.3.4 LAS PASIONES Y LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL

Nuestro autor es consciente de que las pasiones se encuentran muy enraizadas en los corazones de todos los seres humanos y, si algo ponen en peligro, es lo que él llama la «indiferencia» de los jueces, lo que nosotros podríamos asimilar a la imparcialidad judicial. Define la indiferencia como la actitud que debe adoptar el juez evitando cualquier interferencia indebida que le conduzca a inclinarse hacia alguno de los pleiteantes. Al referirse a las actuaciones judiciales y a la valoración de los hechos, señala que hay que ser cautos a la hora de valorar la imparcialidad, y no basta que el juez diga «yo juzgo según mi conciencia», es preciso examinar si alguna pasión ha interferido en su ánimo. Si no está condicionado, si se halla verdaderamente en este equilibrio previo, continúa, aún debe cumplir con la obligación de estudiar las razones de las partes, atender el contenido de las leyes, valorar lo defendido por los autores citados y, por último, sentenciar persuadido por las «razones más fuertes» alegadas en el juicio⁷³.

¿Y cuáles son esas pasiones que pueden destruir o alterar la imparcialidad de los jueces? Según Muratori, se reducen a estas cuatro: amor, odio, esperanza y temor. Las dos primeras, el amor o el odio hacia alguna de las partes, son tratadas de forma conjunta. La idea principal que nos trasmite es que, a pesar de que muchas veces los jueces no son conscientes de que el amor o el odio pueden influir en sus sentencias, en realidad es muy difícil que esto no se produzca porque el juez no puede inhibirse o prescindir de sus sentimientos, según parece decir. La voluntad del juez también se ve tentada por lo que él llama esperanza, pasión que consiste en esperar alguna recompensa procedente de la parte beneficiada con su sentencia, y aprovecha esta circunstancia para recordar las penas aplicables a los jueces que reciben regalos antes de pronunciar la sentencia, calificando su comportamiento como un delito que consiste en «vender» la Justicia. Finalmente, se refiere al temor que sienten los jueces ante los intereses en juego

⁷¹ *Ibidem*, p. 65 ss.

⁷² Entre otros autores que siguen esta tradición, el jurista español del siglo XVI, CASTILLO DE BOBADILLA, J., *Política para corregidores y señores de vasallos*, Amberes, I. B. Verdussen, 1704, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, con estudio preliminar de Benjamín González Alonso, 1978, p. 27 ss., había señalado que los jueces han de ser temerosos de Dios, amantes de la verdad y enemigos de la avaricia, cualidades casi idénticas a las nombradas por Muratori.

⁷³ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 119 y 130.

de los litigantes poderosos, y para prevenir que puedan incurrir en el delito de prevaricación a favor de estos, aconseja a los príncipes que vigilen los procesos en los que una de las partes sea pobre y la otra rica, siguiendo el ejemplo de lo realizado por Carlomagno siglos atrás⁷⁴.

En su afán por encontrar las circunstancias ideales que garanticen la imparcialidad judicial, nuestro autor se remite a épocas pasadas en las que se adoptó la costumbre de nombrar a jueces forasteros para evitar cualquier relación con las partes litigantes, aunque reconoce que esto no es suficiente, como tampoco lo fue la medida de encerrar a los magistrados en palacios para impedir su comunicación con el exterior⁷⁵. Lo único que se puede hacer para favorecer la «indiferencia», la imparcialidad, es escoger jueces que sean «temerosos de Dios, instruidos en las Leyes y en su oficio, que sepan discurrir bien» y, en su condición de teólogo recomienda, por si lo anterior no es garantía suficiente, «pedir a Dios que les dé acierto para juzgar»⁷⁶.

3.3.5 ARBITRIO Y ARBITRARIEDAD JUDICIAL

Las pasiones que amenazan la imparcialidad judicial están conectadas con otro de los temas clásicos que se abordan cuando se analiza la actividad jurisdiccional: la arbitrariedad judicial. Según Muratori, muchos jueces están «acostumbrados al despotismo en el ejercicio de su ministerio, a la libertad de juzgar como les parece más justo y razonable a su capricho, interpretando el sentido de las leyes reinantes con varios racionamientos imaginarios», y concluye que esta mala praxis judicial ha convertido lo que antes era el pequeño jardín de la jurisprudencia, el construido desde el Digesto, el Código y las Instituciones de Justiniano, en un «enmarañadísimo bosque»⁷⁷.

En sus escasos comentarios acerca de esta importante cuestión se puede advertir que nuestro autor sí diferencia entre la arbitrariedad, concebida como uso ilimitado, caprichoso y no motivado de la libertad del juez, y el arbitrio, entendido como la necesaria libertad de

⁷⁴ *Ibidem*, p. 121 ss.

⁷⁵ Recuerda IBÁÑEZ, P. A., «El juez» en Díaz Picazo, Luis María (coord.) *El oficio de jurista*, Madrid, siglo XXI, 2006, p 157, que, para garantizar la máxima imparcialidad del juez, hace ya muchos siglos: «algunos fueros llegaron a prescribir a los jueces la emisión de sus resoluciones antes de la comida, para evitar que su criterio pudiera verse condicionado en algún sentido, incluso por los humores de la digestión».

⁷⁶ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 131-133.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 266 y 10. Destaca BRAGAGNOLO, M., *Ludovico Antonio Muratori. Giurista e Politico*, op. cit., p. 17, al referirse a *Defectos de la jurisprudencia*, que los escritos sobre el Derecho «muestran, junto a la actitud antijurisdiccional propia de la Ilustración, la expresión clara, aunque sea en pocas palabras de la ideología de la codificación...pero el pensamiento de Muratori, al mismo tiempo, todavía no es completamente el pensamiento de la Ilustración Sus propuestas no son aún las radicales de los reformadores de finales del siglo XVIII».

decisión de la que deben disponer los jueces en su tarea de concretar lo dispuesto en la norma general al caso particular, decisiones que deben ser justificadas, como veremos. De modo que la idea de arbitrio utilizada por Muratori, y la que hoy tenemos de discrecionalidad judicial, término que él no utiliza, serían conceptos similares⁷⁸.

El planteamiento muratoriano sobre estas materias se podría resumir así: puesto que es imposible que las leyes sean siempre claras, o precisas, recuérdese los defectos intrínsecos antes vistos, es inevitable y necesario que se reconozca una cierta libertad a los jueces. Ahora bien, esa facultad no puede posibilitar el abuso, la arbitrariedad, por ello, los jueces deben defender las razones en las que fundamentan su decisión. Para justificar su tesis, nuestro autor utiliza, como argumento de autoridad, el texto de Aristóteles en donde afirma que «corresponde a las leyes bien dispuestas determinarlo por sí todo y dejar a los que juzgan lo menos posible», y reconoce que es imposible que la ley regule todas y cada una de las circunstancias concretas⁷⁹. En la misma línea argumental está otro texto del mismo filósofo en el que se aboga por implantar el gobierno de las leyes, y no el de los hombres, pues las pasiones que alimentan las arbitrariedades pueden, dice, «corromper el ánimo y entendimiento de los magistrados, y aun de los hombres de bien»⁸⁰. Muratori también se remite a Tomás de Aquino, quien, acudiendo a Aristóteles, concluye que deberían ser las leyes las que establecieran, siempre que fuera posible, lo que ha de considerarse justo «dejando poquísimas cosas al arbitrio de los hombres»⁸¹. Por si no fuera suficiente, Muratori trae a colación en este asunto a Jerónimo de Ceballos. Recuerda que en el prólogo del tratado *Speculum aureum*

⁷⁸ Sobre el arbitrio judicial, su distinción de la arbitrariedad y su carácter complementario de la legalidad puede verse, entre otros, NIETO, A., *El arbitrio judicial*, Barcelona, Ariel, 2007, p. 201 ss. Al inicio del capítulo central dedicado al arbitrio, recoge y traduce una cita de Menochio, jurista italiano del siglo XVI, en la que este afirma que «quien dispone de arbitrio no debe arrasar ni disparatar; ya que se entiende que le ha sido concedido para ejercerlo de acuerdo con el espíritu de la ley y de la razón» (Ibid.). En relación con la identificación entre arbitrio y discrecionalidad, véase el comentario de ATIENZA, M., «Sobre el sentido del derecho. Carta a Tomás-Ramón Fernández», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 23, 1999, p. 752, en el que indica que el *leit motiv* del libro de Nieto es diferenciar entre arbitrio y arbitrariedad y que poco importa que se hable de arbitrio en vez de discrecionalidad.

⁷⁹ ARISTÓTELES, *Retórica*, edición del texto con aparato crítico, traducción, prólogo y notas por Antonio Tovar, Madrid, Instituto de Estudios Político, 1971, pp. 5 y 6, afirma que: «es forzoso que a los jueces se les deje la decisión sobre si algo ocurrió o no, o si ocurrirá o no, o si es o no es, pues no es posible que eso lo prevea el legislador», admitiendo así que es inevitable un cierto ámbito de libertad en la actividad judicial.

⁸⁰ ARISTÓTELES, *Política*, edición bilingüe y traducción por Julián Marías y María Araujo, introducción y notas de Julián Marías, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1970, pp. 103-106.

⁸¹ DE AQUINO, T. *Suma de Teología*, tomo II, parte I-II, edición dirigida por los Regentes de Estudios de las Provincias Dominicanas en España, Madrid, BAC, 1989, pp. 741 ss.

opinionum communium contra comunes, el jurista español había defendido que en los pleitos todas las opiniones de los jurisconsultos se sometieran a la ley para evitar la arbitrariedad⁸². Lo mismo repetirá en su obra más conocida, *Arte real para el buen gobierno de los Reyes, y Príncipes, y de sus vasallos*, de 1623, en donde asevera que «conviene al bien público» reducir tantas opiniones contrarias a las leyes y evitar la incertidumbre sobre lo que es justo que esta situación genera. En definitiva, el peligro del que Ceballos alerta es que, si las leyes no ordenan de forma precisa la conducta debida, la decisión «viene a ser todo arbitrio del juez que lo ha de sentenciar»⁸³.

3.3.6 DIFICULTADES PARA DETERMINAR LO JUSTO

Según se desprende de los textos de Muratori, la aplicación justa de las leyes influye directamente en la felicidad de cualquier pueblo, por esta razón se ha detenido a proponer distintos consejos para que se alcance tan preciado fin, sabiendo que se trata de una labor compleja. Desde el iusnaturalismo que profesa, defiende que las vías de acceso al conocimiento de lo justo son dos: bien a través de las leyes escritas, siguiendo el mandato del soberano, o bien a través de la razón que nos permite descubrir de forma natural lo que es correcto⁸⁴. En relación con la cognoscibilidad de lo justo y, de acuerdo con Tomás de Aquino, Muratori insiste en que la razón natural es válida para discernir esa cuestión, recordándonos que todos podemos conocer de forma evidente los primeros preceptos de la ley natural y las nociones universales que conciernen al Derecho natural y al de gentes⁸⁵. Pero también es consciente de las dificultades que se presentan cuando se derivan de estos primeros preceptos naturales otros más concretos o particulares⁸⁶, compartiendo así la reflexión de Tomás de Aquino cuando señala

⁸² MURATORI, *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 110.

⁸³ DE CEBALLOS, J., *Arte Real para el buen gobierno de los Reyes, y Príncipes, y de sus vasallos*, op. cit., pp. 136 y 16.

⁸⁴ MURATORI, *La pública felicidad*,...op. cit., pp. 76-79.

⁸⁵ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 54. En este sentido RODILLA, M. Á., *Teoría del Derecho*, Salamanca, Ratio Legis, 2013, p. 35, concluye que uno de los presupuestos que caracteriza al iusnaturalismo clásico es que: «se asienta sobre una teoría moral cognitivista en la medida en que sostiene que podemos fundamentar nuestros juicios sobre la justicia o la injusticia de los actos y de las normas recurriendo a los principios de la ley natural, que es la ley moral, como una ley universal cuyo contenido descubre la razón examinando la naturaleza humana y sus exigencias características».

⁸⁶ DE AQUINO, T., *Suma Teológica*, op. cit., p. 734 ss., concluía diciendo: «que la ley natural, en cuanto a los primeros principios universales, es la misma para todos los hombres, tanto en el contenido como en el grado de conocimiento. Mas en cuanto a ciertos preceptos particulares, que son como conclusiones derivadas de los principios universales, también es la misma bajo ambos aspectos en la mayor parte de los casos; pero pueden ocurrir algunas excepciones, ya sea en cuanto a la rectitud del contenido, a causa de algún impedimento especial (como también en algunos casos faltan las causas naturales debido a un impedimento); ya sea en cuanto al grado del conoci-

laba que «en el orden práctico, la verdad o rectitud práctica no es la misma en todos a nivel de conocimiento concreto o particular, sino solo de conocimiento universal»⁸⁷.

También reconoce Muratori los problemas que existen para conocer lo justo a partir de la razón natural. Partiendo de su experiencia forense, nos refiere situaciones en las que el recurso a la razón natural se utiliza de forma conscientemente indebida por algunos abogados y jueces para fundamentar sus alegatos o sus decisiones, interpretando la razón natural a su conveniencia, y justificando lo contrario a lo defendido por ellos mismos en otros casos idénticos. Su conclusión es que algunos han convertido la práctica de acudir a la razón natural, en vez de un instrumento seguro, objetivo o evidente para conocer lo justo, en «una voz especiosa que se entiende de diversos modos»⁸⁸.

A pesar de los defectos inherentes del Derecho y de que no todos los jueces poseen una buena formación ni tienen un ingenio elevado, incluyendo «los de los Tribunales Supremos»⁸⁹, Muratori rechaza lo que denomina el «Pirronismo en la jurisprudencia» y critica el escepticismo moral defendido por quienes niegan la posibilidad de conocer la verdad objetiva y concluyen que todas las interpretaciones, opiniones o juicios poseen la misma validez⁹⁰. Para él, la aplicación judicial

miento, debido a que algunos tienen la razón oscurecida por una pasión, por una mala costumbre o por una torcida disposición natural. Y así cuenta Julio César en *VI De bello gallico* que entre los germanos no se consideraba ilícito el robo a pesar de que es expresamente contrario a la ley natural».

⁸⁷ *Ibidem*. En este sentido, comenta WELZEL, H., *Introducción a la Filosofía del Derecho. (Derecho natural y justicia material)*, traducción de Felipe González Vicén, Madrid, Aguilar, 1971, p. 62, que: «Santo Tomás tiene el gran mérito de haber limitado la evidencia inmediata del Derecho natural a sus principios supremos... solo en relación, sobre todo, con el imperativo “haz el bien y evita el mal”, sostiene Santo Tomás la teoría nativista de Cicerón de las ideas innatas y, por eso, cognoscibles a todo hombre, designando esta facultad como “sínderesis”». También expone la diferencia entre el Aquinate y los «últimos escolásticos», entre otros, Francisco Suárez, afirmando que para estos autores «como la ley natural es la misma naturaleza racional, tiene que continuar siendo la misma por doquiera, incluso en las últimas conclusiones extraídas de ella» (*Ibidem*, p. 99).

⁸⁸ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia, op. cit.*, p. 82. Sobre la idea de que los preceptos derivados por la recta razón constituyen leyes justas, Thomas Hobbes, HOBBS, Th., (1966). *The English Works of Thomas Hobbes of Malmesbury*, collected and edited by Sir William Molesworth, second reprint, Scientia Verlag, Aalen, vol IV, «De corpore politico, or Elements of Law», II, 1966, cap X, p. 8, ya se había pronunciado afirmando que: «en la naturaleza de las cosas no se encuentra esa recta razón, lo que se puede constatar más bien es que, en caso de conflicto, cada uno tiene a su propio juicio, de ordinario, como la recta razón».

⁸⁹ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia, op. cit.*, p. 87.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 83. Se refiere con el término pirronismo a las enseñanzas procedentes del filósofo griego Pirrón de Elis, quien niega que exista la posibilidad de conocer una verdad objetiva. Para este pensador, el entendimiento humano no puede diferenciar con certeza lo verdadero y lo falso, de modo que el escepticismo constituye la única respuesta racional, la duda de todo.

En este sentido, señala PATTARO, E., *Il pensiero giuridico di L. A. Muratori tra metodologia e politica, op. cit.*, p. 92, que: «Muratori no es escéptico sobre la justi-

de la ley es una tarea ardua porque implica concretar las ideas generales sobre lo que es justo o injusto a los casos particulares. Entonces es cuando, señala, «nos hallamos perplejos» al no saber si, ante las circunstancias del supuesto, podemos utilizar de forma adecuada las ideas, reglas o axiomas. Insiste en que, en la mayoría de las causas civiles, el juez «se quede perplejo»⁹¹, que reflexione desde la imparcialidad hasta discernir cuál de las partes tiene la razón, porque el juez siempre debe decantarse por una respuesta que sea justa para él⁹². Entiende que para juzgar de forma correcta es preciso que el juez siga una especie de plan, que realice lo que él llama un «juicio científico». En ese juicio el juez debe actuar con una perspicacia especial para «argumentar de los universales a los particulares» y saber sus diferencias, además, tiene que descubrir las auténticas intenciones de, por ejemplo, un testador y, finalmente, «discernir bien lo que es razón o sofisma, útil o superfluo, para formar un recto juicio»⁹³. El problema es que, aunque los jueces cumplan todos estos cometidos de forma diligente, Muratori es consciente de que no siempre es posible llegar al «seguro conocimiento de lo verdadero y de lo justo», de hecho, uno de los capítulos de *Defectos de la jurisprudencia* se titula así: «De la dificultad de conocer lo justo e injusto en muchísimos casos». Cuando esto suceda, el juez, habiendo procedido al estudio del caso a través de esas pautas del juicio científico antes indicado, debe en todo caso «hallar lo más probable y juzgar con arreglo a ello», porque tiene que dar una respuesta jurídica. Reiterando la importancia de la imparcialidad del juez, reafirma su ideal en torno a la labor jurisdiccional afirmando de que «ningún hombre de bien...pronunciará jamás sentencia en que no esté persuadido de que asisten razones más poderosas a aquél a quien ha concedido la victoria»⁹⁴.

A modo de cierre de su exposición sobre la aplicación de las leyes, Muratori nos propone algunas máximas dirigidas al juez que proceden de su interpretación sobre lo que determina la recta razón y que, además, nos dice, están recogidas en las leyes. Estas pautas o reglas formarían parte también del juicio crítico que deberían seguir todos los

cia...la justicia no voló al cielo. Esto significa dos cosas a) que existen y son conocidos los principios generales de la justicia; b) que existe la posibilidad de soluciones objetivamente justas de los casos concretos. Pero Muratori también sabe que la justicia está envuelta en muchas tinieblas. Lo cual significa ahora dos cosas: a) que, ante el caso concreto, los mismos principios generales fácilmente cognoscibles en su generalidad, se hacen discutibles y oscuros por la dificultad de reconducir a la norma general las varias circunstancias que constituyen el hecho particular y b) que, a causa de esta dificultad, tienen fácil juego los traficantes de la equidad y de la razón natural, ...por lo que es oportuno que existan y se hagan respetar leyes limitativas del arbitrio del intérprete».

⁹¹ «Perplejo» lo define la RAE, como quien está «dudoso, incierto, irresoluto, confuso». Cfr. www.dle.rae.es.

⁹² MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, op. cit., p. 17 y 18.

⁹³ *Ibidem*, p. 6.

⁹⁴ *Ibidem*, p. 102 y 121.

jueces. Son cuatro. La primera alude a la obligación judicial, aunque él solo lo refiere a los casos civiles, que consiste en adjudicar los bienes a la parte que presente las mejores y más fuertes razones fundamentadas en las leyes y en la jurisprudencia. La segunda se formula así: «no deben los jueces, con pretexto de la equidad, asesinar la Justicia», lo que parece ser una llamada de atención para evitar el uso de la equidad si las leyes son claras, pues el recurso a la equidad puede servir para actuar arbitrariamente⁹⁵. Repite, en tercer lugar, su idea sobre el arbitrio judicial, entendiendo que este es admisible cuando, por ejemplo, se otorga libertad al juez para que practique alguna actuación judicial de menor importancia, pero aclara que esta libertad no puede ser utilizada para decidir algo que afecte al éxito o a la substancia del pleito. Por último, la cuarta máxima, se refiere a que los jueces deben exponer, durante el desarrollo de los trámites y de las controversias procesales, las dificultades que han tenido para admitir las razones de una de las partes pleiteantes y, a la par, los motivos que tienen para inclinarse hacia los de la otra. En estos casos, los abogados de la parte menos favorecida pueden responder al juez, quien debe valorar si las razones ahora expuestas le convencen y, por tanto, puede decidir «mudar de dictamen» o no. En definitiva, lo que me parece más relevante de estos comentarios es que esta confrontación de criterios entre las partes y quien juzga el caso, deja entrever la importancia que Muratori concede a la exigencia de que los jueces justifiquen sus decisiones utilizando siempre argumentos racionales, aunque podría haber sido mucho más explícito y concretar más ideas sobre cómo debería desenvolverse, según él, de forma correcta el proceso judicial⁹⁶.

4. CONSIDERACIÓN FINAL

Lamentablemente, no hay más propuestas sobre otras materias en las páginas escritas por Muratori al final de su vida. He destacado sus principales reflexiones políticas y jurídicas: las primeras, ancladas aún en la defensa del Absolutismo Ilustrado, las segundas, algo más cercanas al pensamiento jurídico ilustrado en algunas cuestiones, pero siempre fiel a sus convicciones. Sin duda, se podría decir que faltan análisis más profundos sobre distintas problemáticas y que también habría sido preferible que existieran más referencias a otros pensadores con los que pudiera haber debatido sus planteamientos. Por otra parte, Muratori nos ha expuesto las dificultades a la hora de interpretar

⁹⁵ Sobre la problemática en torno a la equidad, en la que Muratori parece situarse cercano a los planteamientos defendidos, más tarde, por los juristas ilustrados críticos a su utilización, puede verse, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón*, *op. cit.*, p. 197 y 201, en donde se remite a las ideas contrarias a la equidad defendidas por Montesquieu, Beccaria o Filangieri.

⁹⁶ MURATORI, L. A., *Defectos de la jurisprudencia*, *op. cit.*, pp. 134-142.

y valorar las leyes y las opiniones de los juristas, la importancia de salvaguardar la imparcialidad judicial, los problemas derivados de la defensa del objetivismo moral y el complejo recurso a la razón natural, su crítica al relativismo y a la aplicación mecánica de las leyes, ha expresado también su idea de que juzgar no es una tarea sencilla, y ha defendido dar validez a las alegaciones mejor fundadas de forma racional y conforme al Derecho, que según él, eran tanto el positivo como el natural. En cualquier caso, las propuestas de Muratori preannuncian varias ideas sobre la función judicial y sobre las problemáticas asociadas a la aplicación, la interpretación y la argumentación que, tiempo después, serán objeto de intensas polémicas doctrinales.

El uso de sistemas predictivos automatizables
en la actividad decisonal de las autoridades públicas:
aportaciones para un análisis iusfilosófico sobre
la digitalización del proceso decisonal

*The Use of Automatable Predictive Systems
in the Decision-Making Activity of Public Authorities:
Contributions to a Legal-Philosophical Analysis
of the Digitization of the Decision-Making Process*

Por ANTONIO MADRID PÉREZ
Universitat de Barcelona

RESUMEN

Este artículo se ocupa del impacto que el uso de los sistemas predictivos automatizables tiene, y puede tener en un futuro inmediato, en la actividad decisonal. Para abordar esta cuestión se han elegido tres aspectos que se consideran centrales: la inclusión de elementos evaluativos en los sistemas predictivos, el estatus normativo de los sistemas predictivos utilizados, y, en tercer lugar, la responsabilidad por la configuración formal y sustantiva del proceso decisonal.

ABSTRACT

This article studies the impact the use of automatable predictive systems has, and may have in the immediate future, on decision-making. To address this question, three aspects that are considered central have been chosen: the inclusion of evaluative elements in the predictive systems, the normative

status of the predictive systems used, and, thirdly, the responsibility for the formal and substantive configuration of the decision-making process.

SUMARIO: 1. PRESENTACIÓN DEL TEMA. – 2. LA UTILIZACIÓN DE SISTEMAS PREDICTIVOS EN LA TOMA DE DECISIONES: DE LA VALORACIÓN A LA PREDICCIÓN. 2.1 *Los sistemas predictivos como parte de la arquitectura decisional.* 2.2 *El uso de la IA en la mejora de la actividad decisional.* 2.3 *Entre la «variabilidad no deseada» y la necesidad de variabilidad.* – 3. EL ESTATUS NORMATIVO DE LOS SISTEMAS PREDICTIVOS UTILIZADOS POR LAS AUTORIDADES EN PROCESOS DECISIONALES. 3.1 *La prohibición de automatización de las decisiones individualizadas.* 3.2 *El derecho a saber y la prohibición de utilizar determinados tipos de datos en la automatización de decisiones.* – 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR LA CONFIGURACIÓN DE LA DECISIÓN.

SUMMARY: 1. PRESENTATION OF THE SUBJECT. – 2. THE USE OF PREDICTIVE SYSTEMS IN DECISION-MAKING: FROM ASSESSMENT TO PREDICTION. 2.1 *Predictive systems as part of the decisional architecture.* 2.2 *The use of AI in improving decision-making activity.* 2.3 *Between «unwanted variability» and the need for variability.* – 3. THE REGULATORY STATUS OF THE PREDICTIVE SYSTEMS USED BY THE AUTHORITIES IN DECISION-MAKING PROCESSES. 3.1 *The prohibition of automation of individualized decisions.* 3.2 *The right to know and the prohibition to use certain types of data in decision automation.* – 4. BY WAY OF CONCLUSION: RESPONSIBILITY FOR THE CONFIGURATION OF THE DECISION.

1. PRESENTACIÓN DEL TEMA

La inteligencia artificial (en adelante IA) se ha convertido en un objeto de estudio para la filosofía jurídica española¹, además de para

¹ Entre otros: CÁCERES NIETO, E., «La inteligencia artificial aplicada al Derecho como una nueva rama de la Teoría jurídica», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 57, 2023, pp. 63-89; MORONDO TARAMUNDI, D., «Discrimination by Machine-Based Decisions: Inputs and Limits of Anti-discrimination Law», en CUSTERS, B. y FOSCH-VILLARONGA, E., *Law and Artificial Intelligence. Regulating AI and Applying AI in Legal Practice*, The Hague, Asser Press, 2022, pp. 73-85; GARCÍA AÑÓN, M. J., «Desigualdades algorítmicas: conductas de alto riesgo para los derechos humanos», *Derechos y libertades*, n. 47, 2022, pp. 17-49; MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J., «Inteligencia artificial y los Derechos humanos. Viejos y nuevos retos de la Filosofía del Derecho», *Revista internacional de Pensamiento político*, I Época, vol. 17, 2022, pp. 377-387; Solar Cayón, J. I. y Sánchez Martínez, M.ª O. (dirs.), *El impacto de la inteligencia artificial en la teoría y la práctica jurídica*, Madrid, La Ley – Wolters Kluwer, 2022; Llano Alonso, F. H. (dir.), Martín Garrido, J. y Valdivia Jiménez, R. (coords.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, Murcia, Ediciones Laborum,

otras disciplinas jurídicas². Las tendencias actuales hacen pensar que IA va a acompañar y, al mismo tiempo, a condicionar progresivamente la decisión humana³. Pese a que nos hallamos en una fase histórica de optimismo tecnológico⁴ en la que a la IA se asocian expectativas que todavía no se han dado⁵, y hay quien duda de que algunas de las

2022; LLANO ALONSO, F. H., «La deshumanización del Derecho en la era digital», *Informática y Derecho. Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, n. 12, 2022, pp. 91-108; MADRID PÉREZ, A., «La inteligencia artificial y la robótica como motores de cambio del Derecho», en Estévez Araujo, J. A. (ed.), *El Derecho ya no es lo que era. Las transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Madrid, Trotta, 2021, pp. 171-194; BONSIGNORE FOUQUET, D., «Sobre inteligencia argumental, decisiones judiciales y vacíos de argumentación», *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, n. 29, 2021, pp. 248-279; RODRÍGUEZ PUERTO, M., «¿Puede la inteligencia artificial interpretar normas jurídicas? Un problema de razón práctica», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 44, 2021, pp. 74-96; CAMPIONE, R., *La plausibilidad del derecho en la era de la inteligencia artificial. Filosofía carbónica y filosofía silícica del derecho*, Madrid, Dykinson/Universidad Carlos III de Madrid, 2020; SOLAR CAYÓN, J. I., *La inteligencia artificial jurídica: el impacto de la innovación tecnológica en la práctica del derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2019; MARTÍNEZ GARCÍA, J. I., «Derecho inteligente», *Cuadernos electrónicos de Filosofía del Derecho*, n. 37, 2018, pp. 95-114; ASÍS, R., de, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2014; BELLOSO MARTÍN, N., «Entre la técnica y la ciencia del Derecho. ¿Hacia una hermenéutica telemática?», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, n. 47, 2013, pp. 139-161; Bourcier, D. y Casanovas, P. (eds.), *Inteligencia artificial y derecho*, Barcelona, UOC, 2003; GALINDO AYUDA, F., *Derecho e Informática*, Madrid, La Ley, 1998.

² Entre otros: MEZA RIVAS, M., *Las armas autónomas letales: Un desafío para el Derecho internacional humanitario, los Derechos humanos, la Seguridad y el Desarme internacionales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; MERCADER UGUINA, J. R., *Algoritmos e inteligencia artificial en el derecho digital del trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; PÉREZ DAUDÍ, V., *De la Justicia a la Ciberjusticia*, Barcelona, Atelier, 2022; Rivas Vallejo, M. P. (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, GÓMEZ JIMÉNEZ, M. L., *Automatización procedimental y sesgo electrónico: el procedimiento administrativo electrónico desde la inteligencia artificial*, Madrid, Aranzadi, 2021; RAMIÓ MATAS, C., *Inteligencia artificial y administración pública. Robots y humanos compartiendo el servicio público*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2019; MOISÉS BARRIO, A., *Derecho de los Robots*, Madrid, Wolters Kluwer, 2018; NIEVA FENOLL, J., *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Barcelona, Marcial Pons, 2018.

³ Una visión crítica la ofrece, entre muchos otros, SADIN, É., *La silicolonización del mundo. La irresistible expansión del liberalismo digital*, Caja negra editora, Buenos Aires, 2018, p. 116. Para un breve repaso sobre la relación entre IA y Derecho, vid. RISSLAND, E. L., ASHLEY, K. D. y LOUI, R. P., «AI and Law: A fruitful synergy», *Artificial Intelligence*, n. 150, 2003, pp. 1-15.

⁴ Hay quien lo ha expresado como «idolatría de los datos y de la IA», vid. ADAMS BHATTI, S., «Algorithms in the Justice System: Current Practices, Legal and Ethical Challenges», en MATT HERVEY, M. y LAVY, M., *The Law of Artificial Intelligence*, Thomson Reuters, 2021, pp. 523-555, p. 525 ss.

⁵ Hay que atender al ciclo de sobre-expectación (*Gartner Hype Cycle*) acuñado por Gartner Group (empresa especializada en las tecnologías de la información) a finales de los años 90. Se refiere a las expectativas depositadas en las nuevas tecnologías cuando son lanzadas y a cómo estas expectativas muchas veces no quedan satisfechas. De forma complementaria, también conviene tener

expectativas creadas se puedan dar⁶, lo cierto es que los sistemas algorítmicos crecientemente forman parte de procesos decisionales⁷. Ente las principales preocupaciones que plantea el uso de estos mecanismos está que los sistemas que inicialmente han sido pensados como herramientas de apoyo a la toma de decisiones acaben sustituyendo la decisión humana⁸.

Para especialistas contemporáneos como Russell y Norvig es habitual decir que un sistema decide. Hablan en este sentido de agentes capaces de tomar decisiones, entendiendo por tal: «aquél capaz de tomar decisiones racionales basándose en lo que cree y desea»⁹. Para estos autores, el agente «decide» si es capaz de hacerlo en contextos de incertidumbre y objetivos contradictorios¹⁰. De esta forma, un sistema autónomo de conducción podría ser programado y entrenado para «tomar decisiones» en situaciones de incertidumbre. Sin embargo, para otros autores, la capacidad racional de decisión exige que el agente pueda modificar los objetivos de su acción a partir de sus valo-

presente la conocida como ley de Amara (por Roy Amara): la tendencia a sobreestimar los efectos de una tecnología en el corto plazo y subestimar el efecto en el largo plazo.

⁶ LARSON, E. J., *El mito de la IA: por qué las máquinas no pueden pensar como nosotros lo hacemos*, Bilbao, Shackleton Books, 2022; SEARLE, J., «Can Computers Think?», en Chalmers, D. J. (ed), *Philosophy of Mind: Classical and Contemporary Readings*, New York, Oxford University Press, 2002, pp. 669-675.

⁷ Desde 2017, China ha habilitado tres tribunales telemáticos para procesar y dictar sentencias sobre materias civiles y administrativas vinculadas al uso de internet en las circunscripciones de Hangzhou, Beijing y Guangzhou. *Vid.*, en un elogio de este sistema, GUO, M., «Internet' courts challenges and future in China», *Computer Law and Security Review*, n. 40, 2021, pp. 1-13 <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105522> Para una crítica de este tipo de tribunales desde un modelo garantista, *vid.* SUNG, H., ¿«Can Online Courts Promote the Access to Justice? A case study of the Internet Courts in China», *Computer Law and Security Review*, n. 39, 2020, pp. 1-15, <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2020.105461> y XU, Z., ZHAO, Y. y DENG, ZHONGWEN, «The possibilities and limits of AI Chinese judicial judgment», en *AI & Society*, 2021, pp. 1-11, <https://doi.org/10.1007/s00146-021-01250-9>

Vid. tb. SUSSKIND, R., *Online Courts and the Future of Justice*, Oxford, 2019; Susskind, R. y SUSSKIND, D., *El futuro de las profesiones. Cómo la tecnología transformará el trabajo de los expertos humanos*, TEELL Editorial, 2016, pp. 65-69 y BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la inteligencia artificial a la Smart Justice*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, en especial pp. 365 ss., 580 ss., 625 ss.

⁸ *Vid.* BARONA VILAR, S., *op. cit.*, p. 560, 640 ss.; TODD, P. y BENSABAT, I., «The Influence of Decision Aids in Choice Strategies: An Experimental Analysis of the Role of Cognitive Effort», *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, n. 60 (1), 1994, pp. 36-74; SOURDIN, T., «Judge v Robot? Artificial Intelligence and Judicial Decision-Making», *UNSW Law Journal*, n. 41(4), 2018, pp. 1114-1133, p. 1123.

⁹ RUSELL, S. J. y NORVIG, P., *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, Madrid, Pearson / Prentice Hall, 2004, p. 663.

¹⁰ PARKES, D. C. y WELLMAN, M. P., «Economic reasoning and artificial intelligence», *Science*, vol. 349, 2015, pp. 267-72, p. 267.

res¹¹. En este último sentido, todavía no se ha desarrollado este tipo de racionalidad artificial.

Entre los sistemas utilizados en procesos decisionales se hallan aquellos que son diseñados y entrenados con finalidades predictivas¹². Este artículo aborda el impacto que el uso de estos sistemas predictivos tiene, y puede tener en un futuro inmediato, en la actividad decisional. Para abordar esta cuestión se han elegido tres aspectos que se consideran centrales: el papel que las predicciones emitidas por estos sistemas pueden desempeñar en el proceso decisional, con especial atención a la inclusión de elementos evaluativos en los sistemas predictivos, el estatus normativo de los sistemas predictivos utilizados, y, en tercer lugar, una reflexión sobre la responsabilidad no tanto por la decisión tomada, como por la configuración del proceso decisional que lleva a la toma de la decisión¹³.

En la filosofía jurídica española, los estudios sobre el uso de la IA en procesos decisionales tienen su antecedente más directo en el trabajo desarrollado por Antonio Enrique Pérez Luño en los años 70 del siglo pasado. En aquel momento, Pérez Luño ya abordó la relación entre el razonamiento jurídico y el razonamiento cibernético¹⁴. Planteó la posibilidad de un razonamiento cibernético instrumental, «un pensamiento ejecutivo lógico-mecánico»¹⁵ no sustitutivo respecto del razonamiento jurisprudencial¹⁶. Para Pérez Luño, en aquellos años, no se estaba ante la «automación del proceso decisorio» ya que la tecnología disponible no ofrecía esta posibilidad¹⁷. 20 años después, en los años 90, mantenía su preocupación sobre cuestiones centradas en la automatización del proceso decisorio. Por ejemplo, el riesgo que

¹¹ Vid. TOTSCHNIG, W., «Fully Autonomous AI», *Science and Engineering Ethics*, n. 26, 2020, pp. 2473–2485 <https://doi.org/10.1007/s11948-020-00243-z>; y la revisión crítica, que sobre este texto hace DENNIS, L. A., «Computational Goals, Values and Decision-Making», *Science and Engineering Ethics*, n. 26, 2020, pp. 2487-2495.

¹² Para seguir las implicaciones prácticas de estos sistemas, vid. MARTÍNEZ GARAY, L., «La incertidumbre de los pronósticos de peligrosidad: consecuencias para la dogmática de las medidas de seguridad», *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, 2(2), 2014, pp. 1-77, p. 15 ss.

¹³ No se aborda en este texto el uso de sistemas que tratan de predecir qué decisiones tomarán los tribunales, para esta cuestión, como introducción: MEDVEDEVA, M., VOLS, M. y WIELING, M., «Using machine learning to predict decisions of the European Court of Human Rights», *Artificial Intelligence and Law*, n. 28, 2019, pp. 237-266.

¹⁴ PÉREZ LUÑO, A. E., *Cibernética, Informática y Derecho (Un análisis metodológico)*, Bolonia, Studia Albornotiana XXVIII, Real Colegio de España, 1976.

En la década de los 70, en EE. UU., M. E. FRANKEL apostaba decididamente por la utilización de computadoras como un instrumento que aseguraba la aplicación de reglas en la actividad decisional de los tribunales: *Criminal Sentences: Law Without Order*, New York, Hill and Wang, 1972.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E., *op. cit.* p. 111.

¹⁶ *Idem*, p. 83 ss.

¹⁷ *Idem*, p. 111.

suponía potenciar el formalismo y la rigidez del procedimiento administrativo mediante la lógica «infalible, inexorable e inapelable de la programación informática»¹⁸. Sobre la actividad judicial, señalaba la limitación de los sistemas informáticos para comprender la multiplicidad de circunstancias que concurren en las conductas humanas. A su vez, hacía énfasis en un aspecto que sigue siendo central hoy en día, como es que el juez no debe delegar en un sistema informático su responsabilidad por la decisión que toma: «en la actualidad no es posible, ni deseable, una suplantación plena del razonamiento jurídico del juez o del abogado por el cálculo informático del ordenador. Sólo en aspectos de la experiencia jurídica rutinarios, estandarizados, formalizables, con variables predeterminadas cerradas es posible recurrir a sistemas expertos capaces de ofrecer soluciones operativas. Pero incluso en esos casos el juez no puede abdicar de la responsabilidad de su decisión para delegarla en el ordenador»¹⁹. Pasado el tiempo, estas observaciones siguen siendo pertinentes ya que el ámbito de reflexión y de preocupación acerca del uso de la IA en los procesos decisionales se ha expandido en la medida en que se han incrementado las prestaciones que ofrecen los sistemas algorítmicos.

2. LA UTILIZACIÓN DE SISTEMAS PREDICTIVOS EN LA TOMA DE DECISIONES: DE LA VALORACIÓN EN LA PREDICCIÓN

Aunque sea obvio lo que se va a decir a continuación, es preciso recordar que los sistemas de IA son creaciones humanas²⁰ que incorporamos en los procesos decisionales. Se ha de evitar el riesgo de anonimizar los sistemas algorítmicos. Estos sistemas no aparecen por generación espontánea, ni se utilizan, por azar. El uso de estos sistemas responde a una voluntad de las autoridades competentes, voluntad que puede ser explicitada con mayor o menor claridad.

Se han establecido distintas clasificaciones de las funciones que han de cumplir y que realmente cumplen los sistemas de IA en los procesos decisionales. Siguiendo a Herbert Simon, bajo el denominador común de *Contextual factors of algorithmic system*, se han descrito seis tipos de funciones: *Minimal automation*, *Acquisition and presentation of data*, *Suggested procedure steps*, *Supported decisions*, *Automated decisions* y *Autonomous decisions*²¹. Esta clasificación, al

¹⁸ PÉREZ LUÑO, A. E., *Manual de informática y derecho*, Barcelona, Ariel, 1996, pp. 85-6.

¹⁹ PÉREZ LUÑO, A. E., *Manual de informática y derecho*, op. cit., p. 97.

²⁰ FLORIDI, L., *Ethics, Governance, and Policies in Artificial Intelligence*, Springer, 2021, pp. 29-30.

²¹ ROEHL, U. B. U., «Understanding Automated Decision-Making in the Public Sector: A Classification of Automated, Administrative Decision-Making», en Juell-Skielse, G., Lindgren, I., Åkesson, M. (eds.), *Service Automation in the Public Sec-*

igual que otras disponibles²², es meramente orientativa. Como se verá en los sistemas analizados en este texto, si el uso de los sistemas se estudia desde la perspectiva de la configuración del proceso decisonal, se asiste a una combinación de funciones más que a una segmentación clara de las funciones prestadas por los sistemas.

Los sistemas predictivos, tanto en las funciones inicialmente pretendidas como en las realmente alcanzadas, pertenecen al contexto institucional en el que son utilizados²³. Son utilizados en ámbitos decisionales como la previsión de la posibilidad de reincidencia delictiva, los servicios bancarios, las inversiones bursátiles, el cálculo de riesgos, la policía predictiva o en otros ámbitos en los que se trata de predecir la conducta humana²⁴.

2.1 Los sistemas predictivos como parte de la arquitectura decisonal

Los sistemas con funciones predictivas toman la forma de sistemas expertos y de sistemas de aprendizaje automático. Los primeros se basan en el conocimiento de profesionales y especialistas a partir del cual se codifican en lenguaje computacional las reglas que son utilizadas para tomar decisiones sobre cuestiones legalmente acotadas: «sistemas de logros técnicos o de experiencia profesional que organizan grandes áreas de entorno material y social en el que vivimos»²⁵. Los segundos sistemas se basan en un proceso estadístico-probabilístico

tor. Progress in IS, Springer, 2022, pp. 35-63, p. 42 ss. A este respecto véase los comentarios de MORAL SORIANO, L., «Decisiones automatizadas, derecho administrativo y argumentación jurídica», en Llano Alonso, F. H. (dir.), Garrido Martín, J. y Valdivia Jiménez, R. (coords.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, Murcia, Ediciones Laborum, 2022, pp. 475-500, p. 480 ss.

²² SOLAR CAYÓN, J. I., «Inteligencia artificial y Justicia digital», en Llano Alonso, F. H. (dir.), Garrido Martín, J. y Valdivia Jiménez, R. (coords.), *Inteligencia artificial y filosofía del derecho*, Murcia, Ediciones Laborum, 2022, pp. 381-427, p. 387 ss; SHERIDAN, T. B., *Telerobotics, automation and human supervisory control*, MIT Press, 1992; Parasuraman, R., SHERIDAN, T. B. y WICKENS, C. D., «A model for types and levels of human interaction with automation», *IEEE Transactions on Systems, Man, and Cybernetics Part A: Systems and Humans*, n. 30 (3), 2000, pp. 286-297. <https://doi.org/10.1109/3468.844354>

²³ AGUIAR, F., «Teoría de la decisión e incertidumbre: modelos normativos y prescriptivos», *Empiria. Revista de metodología de las ciencias sociales*, n. 8, 2004, pp. 139-160, p. 142 ss.

²⁴ Sobre la evaluación de la fiabilidad de la máquina comparada con el juicio humano, *vid.* YOUYOU, W., KOSINSKI, M. y STILL WELL, D., «Computer-based personality judgments are more accurate than those made by humans», *PNAS. Proceedings of the National Academy of Sciences*, vol. 112, n. 4., 2015, pp. 1036-1040 www.pnas.org/cgi/doi/10.1073/pnas.1418680112. *Vid. tb.* WU, T., «Will artificial intelligence eat the Law? The rise of hybrid social-ordering systems», *Columbia Law Review*, vol. 119, n. 7, 2019, pp. 2001-2028.

²⁵ Véase cómo abordaban autores como GIDDENS, A., esta cuestión hace más de tres décadas: *Consecuencias de la modernidad*, Madrid, Alianza, 1993, p. 37.

del que se deriva una o varias reglas o procedimientos mediante los que se explican hechos o se predicen hechos futuros. En este segundo sentido, un modelo o sistema predictivo es *mathematical device for estimating unknown «variables» from known «variables»*, entendiéndolo por «variable» *any quantity corresponding to some measurable feature of the world*²⁶. Es decir, es una forma de intentar conocer datos que no conocemos. En el ámbito jurídico, y a efectos de lo que interesa tratar en este texto, conocer datos que no conocemos tiene relevancia en la medida en que estos datos sean utilizados para calcular la probabilidad con la que se puede dar un hecho futuro.

Los sistemas predictivos y los usos que de ellos se hace en los procesos decisionales forman parte de lo que aquí vamos a denominar como «arquitectura decisional o arquitectura de la decisión»²⁷. La actividad decisional puede ser analizada como la sucesión de decisiones conectadas sin la cuales no sería posible la decisión final. Como ejemplo de análisis, se propone un proceso decisional regulado legalmente en el que distintas autoridades utilizan un sistema predictivo como apoyo a la competencia decisional que la ley les atribuye.

En 2019, la Audiencia provincial de Barcelona tuvo que decidir sobre el siguiente caso: la Junta de tratamiento del Centro penitenciario de Quatre Camins acordó conceder un permiso ordinario de salida de tres días a favor de un reo (decisión 1). El Juzgado de vigilancia penitenciaria competente autorizó el permiso (decisión 2). El Ministerio fiscal recurrió el auto del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria (decisión 3). La defensa legal del reo presentó escrito oponiéndose al recurso de la Fiscalía (decisión 4). El recurso de la Fiscalía fue admitido a trámite por la Audiencia Provincial (decisión 5). Este tribunal concedió el permiso (decisión 6).

La Fiscalía fundamentó su recurso en la evaluación del riesgo de reincidencia que se había realizado previamente mediante el sistema que contiene la escala de valoración RisCanvi²⁸. La Junta de tratamiento y el Equipo técnico que avalaban la concesión del permiso eran conocedores del informe que había emitido el sistema algorítmico, según el cual el solicitante tenía un riesgo medio de reincidencia. La Fiscalía argumentó que con este informe no era posible conceder

²⁶ ZERILLI, J. y WELLER, A., «The Technology», en HERVEY, M. y LAVY, M., *The Law of Artificial Intelligence*, Thomson Reuters, 2021, pp. 7-30, pp. 15-6.

²⁷ La expresión «arquitectura decisional» es de uso habitual en informática. También se utiliza, por ejemplo, en la economía conductual. En los últimos años, R. H. THALER ha utilizado esta categoría de forma habitual para referirse a los factores que inciden en la toma de una decisión. *Vid.*, por ejemplo, *Todo lo que he aprendido con la psicología económica*, Bilbao, Deusto, 2016 y el texto publicado junto con C. R. SUNSTEIN, *Un pequeño empujón: el impulso que necesitas para tomar mejores decisiones sobre salud, dinero y felicidad*, Madrid, Taurus, 2017.

²⁸ *Vid.* «Manual de aplicación del protocolo de valoración RisCanvi», Subdirección general de Programas de Rehabilitación y Sanidad, Generalitat de Catalunya, 2019; MAGRO SERVET, V., «La inteligencia artificial para mejorar la lucha contra la violencia de género», *La ley*, 23 julio de 2021.

un permiso de salida. Por su parte, la Audiencia provincial tuvo en cuenta el resultado emitido por el RisCanvi, si bien argumentó en estos términos: «tampoco debemos obviar el resto de las circunstancias que afectan a la decisión. Hay que referirse además a la verdadera incidencia que los protocolos de evaluación y gestión han de tener en la decisión judicial que, al margen del carácter meramente orientador y no vinculante que han de tener sus resultados, habrá de ponderar la totalidad de los factores concurrentes y los informes de los distintos profesionales para llegar a un pronóstico de peligrosidad individualizado, huyendo de cualquier decisión automatizada en uno u otro sentido, destacando el auto recurrido que se mantienen riesgos bajos de reincidencia y quebrantamiento de condena según la valoración conjunta del psicólogo y el jurista»²⁹.

En este caso, la Audiencia tomó en consideración el resultado emitido por el sistema RisCanvi³⁰ pero decidió apartarse del parecer emitido por el sistema³¹. Para ello eligió otros elementos predictivos en los que fundamentar su decisión y, de forma explícita, argumentó en contra del criterio que ofrecía el sistema algorítmico. Bien podría haber seguido otro camino argumentativo. Podría haber fundamentado su decisión en el criterio emitido por el sistema, como previamente había hecho la Fiscalía al fundamentar su recurso. De hecho, desconocemos en cuántos casos el resultado que arroja este sistema es aceptado por las distintas autoridades implicadas en la concesión o denegación de un permiso carcelario.

A diferencia de sistemas como los que se utilizan en un gestor de expedientes para organizar la tramitación de documentos o para ordenar un procedimiento informativo, la característica de sistemas como el RisCanvi no es solo su funcionalidad predictiva³², sino, visto desde

²⁹ Considerando segundo del Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 938/2019, de 30 de mayo, ROJ: AAP B 5620/2019 –ECLI: ES: APB:2019:5620A; otros Autos concordantes en los que se clarifica «el carácter meramente orientador y no vinculante» de los resultados arrojados por sistemas como el RisCanvi, también identificados como «protocolos de evaluación y gestión» o como «guías de valoración del riesgo de comportamiento de abuso y agresión sexual» como el SVR-20: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 339/2019, de 11 de febrero, ROJ: AAP B 1703/2019 –ECLI: ES: APB:2019:1703A; Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona 403/2019, de 28 de febrero, ROJ: AAP B 3023/2019 –ECLI: ES: APB:2019:3023.^a, entre otros concordantes.

³⁰ El diseño y funcionamiento del RisCanvi sería un ejemplo de atrincheramiento de generalizaciones probabilísticas que se utilizan como generalizaciones universales, *vid.* SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 105.

³¹ MILLAR, J. y KERR, I., «Delegation, relinquishment, and responsibility: The prospect of expert robots», en CALO, R., FROMKIN, M. y KERR, I., *Robot Law*, Cheltenham, Edward Elgar, 2016, pp. 103-127, p. 119 ss.

³² Para un análisis crítico acerca de la capacidad predictiva del sistema RisCanvi, *vid.* MARTÍNEZ GARAY, L., «Errores conceptuales en la estimación de riesgo de reincidencia. La importancia de diferenciar sensibilidad y valor predictivo, y estimaciones

la perspectiva de la toma de decisiones, su inserción en el proceso que conduce a la toma de una decisión jurídicamente vinculante.

2.2 El uso de la IA en la mejora de la actividad decisional

La creciente utilización de los sistemas de IA en procesos decisionales ha intensificado el debate en torno a la mejora del juicio humano mediante el uso de la IA. Sin olvidar otras razones que impulsan el uso de la IA en procesos decisionales como la celeridad de computación, el manejo de grandes cantidades de datos, la capacidad para encontrar correlaciones o el ahorro de costes, la posible mejora del juicio humano mediante el uso de sistemas algorítmicos es una cuestión de enorme calado.

Los sistemas predictivos se basan en la demostrabilidad de las causas que han provocado supuestos que ya han tenido lugar. Como tales, un sistema predictivo expresa una cognición probabilística sobre hechos³³, no sobre normas. Nuestra confianza en la fiabilidad de los sistemas de predicción se basa en los aciertos que alcanzan las predicciones una vez podemos comprobar en qué medida se cumple la predicción. Por este motivo, en ámbitos como la predicción meteorológica, la mejora en la comprensión científica de los factores que determinan los fenómenos atmosféricos ha permitido mejorar la fiabilidad de los sistemas de predicción. En el ámbito del transporte, si hemos de realizar un viaje, nos fiamos de las indicaciones que nos proporcionan aplicaciones como Google Maps porque en nuestra experiencia este sistema nos dirige correctamente a nuestro destino, o nos informa correctamente acerca de cuál es el trayecto más rápido para llegar a un destino. Confiamos en la fiabilidad de estos sistemas³⁴, pero, crecientemente, tanto por el cambio de nuestros hábitos y prácticas sociales y profesionales, como por la propia capacidad de las aplicaciones para articularse con otras aplicaciones, cabe preguntarse si se amplía o se reduce nuestro margen de elección. Se producen dos fenómenos que pueden incidir directamente en la actividad de los decisores: en primer

de riesgo absolutas y relativas», *Revista Española de Investigación Criminológica*, 14 (3), 2016, pp. 11-31. La respuesta a esta crítica acerca de la capacidad predictiva de este sistema ha sido dada recientemente en Capdevila Capdevila, M. (coord.), *Las reincidencias en las excarcelaciones de alto riesgo (2014-16)*, Centro de estudios jurídicos y formación especializada, Generalitat de Catalunya, 2022.

³³ Vid. LAPORTA, F. J., *El imperio de la ley. Una visión actual*, Madrid, Trotta, 2007, p. 138 ss., especialmente la distinción entre la predicción de hechos futuros e inferencias lógicas o fácticas derivadas de hechos o razonamientos precedentes, a las que se refiere como «corolarios».

³⁴ LOGG, J. M., MINSON, J. A. y MORRE, D. A., «Algorithm Appreciation. People prefer Algorithmic to Human Judgment», *Organizational Behavior and Human Decision Processes*, vol. 151, 2018, pp. 90-103; SLONIM, N. et al., «An autonomous debating system», *Nature*, n. 591, 2021, pp. 379-384, p. 380, <https://doi.org/10.1038/s41586-021-03215-w>; Barona Vilar, Silvia, *op. cit.*, p. 555 ss.

lugar, que para alcanzar determinados objetivos se haga preciso utilizar estos sistemas; en segundo lugar, que en la medida en que estos sistemas se convierten en instrumentos insertos en las prácticas sociales y profesionales, pueden generar un sentido común que homogeneice las previsiones profesionales sobre hechos futuros³⁵. Estos sistemas van más allá de una mera tabla de cálculo de probabilidades, ya que generan patrones de interpretación³⁶.

Autores como Kleinberg argumentan que los sistemas algorítmicos pueden mejorar la toma de decisiones. Sin embargo, son prudentes: disponer de buenos predictores no garantiza tomar buenas decisiones. Especialmente si se adopta una mirada amplia sobre los impactos de las decisiones y sobre los objetivos que queremos que persigan estas decisiones. Existe una gran distancia entre construir un sistema algorítmico y las decisiones que se tomen con base en los resultados aportados por este sistema³⁷.

Menos precavidos han sido otros autores como Daniel Kahneman, Olivier Sibony y Cass R. Sunstein, que, en *Ruido. Un fallo en el juicio humano*³⁸, han defendido la mejora de la actividad decisional mediante el uso de la IA. Estos autores defienden la siguiente tesis: los sistemas de IA pueden reducir los errores en el juicio humano. Para desarrollar su estudio se han basado las decisiones de tribunales penales, las decisiones de compañías de seguros y los diagnósticos médicos. Para estos autores, la decisión humana se ve perjudicada por dos errores básicos: el sesgo (entendido como desviación sistémica en la toma de decisiones) y el ruido (entendido como dispersión aleatoria en la toma de decisiones³⁹). Tanto el sesgo como el ruido serían variaciones

³⁵ Vid. SANTOS, B. de S., *Crítica de la razón indolente. Contra el desperdicio de la experiencia. Vol. I. Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*, Bilbao, Desclée de Brouwer, 2000, p. 374 ss. Pese a la distancia temporal, tiene interés preguntarse cómo abordarían autores clásicos las novedades que ha introducido el uso de sistemas predictivos automatizables. En este sentido, cabría preguntarse, por lo menos especulativamente, si estas herramientas algorítmicas pueden actuar como fuentes del derecho en la medida en que, en tanto que elementos fácticos incorporados al sistema jurídico, establecen recomendaciones orientadas a la toma de decisiones jurídicamente vinculantes, vid. una posible aplicación desde la teorización de ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Madrid, Centro de Estudios Político y Constitucionales, 2007, pp. 374-377.

³⁶ Estos patrones podrían llegar a funcionar en el proceso decisional como estándares que utilizara el juez u otra autoridad en la toma de decisiones. Para la noción de estándar de la que hago uso, vid. RUIZ MANERO, J., *El legado del positivismo jurídico. Ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli, Riccardo Guastini*, Lima, Palestra, 2014, p. 208 ss.

³⁷ KLEINBERG, J. et al., «Human Decisions and Machine Predictions», *The Quarterly Journal of Economics*, vol. 133, n. 1, 2018, pp. 237-293, pp. 243-44 y p. 288, doi:10.1093/qje/qjx032

³⁸ Madrid, Debate, 2021.

³⁹ Esta preocupación coincide con la intensificación en el uso de los instrumentos de evaluación de riesgos (*risk assessment instruments*). Uno de los objetivos que se buscaba al aplicar estos instrumentos era eliminar o minimizar los elementos subjetivos en la toma de decisiones. Acerca de la evolución de esta corriente en el pensa-

no deseadas («variabilidad no deseada») en juicios que idealmente deberían tener un mismo resultado⁴⁰. La propuesta que presentan es utilizar los algoritmos para reducir la variabilidad no deseada mediante la formalización de las decisiones. Los algoritmos, dicen, podrían hacerlo, tanto porque mejoran la capacidad de predicción, como por su «ausencia de ruido»⁴¹.

Para estos autores la IA supera en capacidad predictiva al juicio humano. Y es sobre esta funcionalidad predictiva que centran su análisis y sus propuestas no exentas, a mi parecer, de exclusiones argumentativas que restan consistencia a su posicionamiento⁴². Para defender su tesis central, distinguen entre dos tipos de juicios: juicios predictivos y juicios evaluativos⁴³. Reconocen que las decisiones se forman a partir de la combinación de juicios predictivos y de juicios evaluativos⁴⁴: «Condenar a un malhechor no es una predicción. Es un “juicio evaluativo” que busca adecuar la pena a la gravedad de delito»⁴⁵. Sin embargo, al elegir contratar a una persona entre varios candidatos, se combinan juicios predictivos (sobre su rendimiento futuro, enfermedades o situaciones personales de baja, cómo trabajará en equipo, qué liderazgo desarrollará...) con juicios evaluativos: las decisiones finales implican un equilibrio entre pros y contras de las opciones disponibles y «estos equilibrios se consiguen por medio de juicios evaluativos»⁴⁶.

Esta defensa tanto de la capacidad predictiva como de su uso en los procesos decisionales no es compartida por autores como Michael Tonry, uno de los principales penalistas y criminólogos experto en la materia, que ha analizado críticamente el uso de predicciones en la actividad decisional de los tribunales. Tonry señala problemas que deberían impedir el uso de predicciones en la formulación de sentencias: la escasa precisión de los sistemas de IA en la predicción de

miento criminológico, *vid.* HARCOURT, B. E., *Against Prediction: Profiling, Policing, and Punishing in an Actuarial Age*, Chicago, University of Chicago Press, 2007; BRANDÁRIZ GARCÍA, J. Á., *El modelo gerencial-actuarial de penalidad. Eficiencia, riesgo y sistema penal*, Dykinson, Madrid, 2016.

⁴⁰ KAHNEMAN, D., SIBONY, O. y SUNSTEIN, C. R., *Ruido. Un fallo en el juicio humano*, Madrid, Debate, 2021, pp. 39, 49.

⁴¹ KAHNEMAN *et al.*, *op. cit.*, pp. 18 y 45.

⁴² Por una parte, afirman la superioridad de los sistemas de IA, pero por otra parte alertan contra el exceso de confianza en la predicción automatizada, KAHNEMAN *et al.*, *op. cit.*, pp. 160-2. Desconfían de la deliberación como forma de toma de decisiones por considerar que incrementan el ruido en la toma de decisiones: «... los grupos que deliberan tienden a ser más ruidosos que los grupos estadísticos, que se limitan a promediar los juicios individuales», p. 121. No tienen en cuenta la posibilidad de establecer reglas de deliberación y, por tanto, no contemplan la ponderación: Cfr. OTTOLIA, A., *Derecho, Big Data e inteligencia artificial*, Valencia, G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2018.

⁴³ KAHNEMAN *et al.*, *op. cit.*, pp. 59-69.

⁴⁴ *Idem*, p. 69.

⁴⁵ *Idem*, pp. 66-67.

⁴⁶ *Ibidem*.

violencias futuras⁴⁷, o el tipo de variables utilizadas al diseñar y entrenar el sistema que pueden ser tratadas como elecciones erróneas o sospechosas: la raza, la edad, el sexo o las opciones de vida como puede ser vivir en pareja, contraer matrimonio o vivir en un determinado barrio.

Al diseñar un sistema predictivo se parte de un número limitado de factores que se considera que pueden incidir en el hecho futuro. La misma selección de los factores responde a una evaluación previa realizada sobre la incidencia de los distintos factores. Si se considerara que un factor no guarda relación alguna con el hecho que se intenta predecir, o que su impacto es residual, este factor no aparecería en el listado de factores seleccionados. De esta forma, se puede decir que los sistemas predictivos contienen y reproducen una visión de la genealogía del hecho a predecir. En la medida en que el sistema predictivo establece una probabilidad de que el hecho suceda, y en la medida en que el sistema predictivo se construye a partir de la evaluación de los factores que pueden explicar que suceda el hecho futuro, los sistemas pueden ser analizados como un resultado de un proceso de teorización sobre el hecho futuro a partir de la teorización realizada sobre hechos pasados.

En el ámbito jurídico, el papel que pueden desempeñar las predicciones es diferente al que cumple una predicción en el ámbito de la meteorología ya que en el ámbito jurídico decisonal la predicción puede intervenir como un elemento configurador de la realidad futura, lo que no ocurre en el hecho de que mañana llueva o no llueva. Si predigo que mañana lloverá, mi predicción, como la creencia de las personas en mi predicción, no influye en el comportamiento atmosférico. Sin embargo, en el ámbito jurídico, las predicciones se comportan de una forma distinta. Las predicciones pueden ejercer una función performativa en la medida en que sean tomadas como reglas o criterios que han de ser tenidos en cuenta en la toma de una decisión que afecta a la persona o grupo de personas sobre cuya conducta se hace la predicción. A su vez, la confianza en las predicciones puede llevar a tomarlas como elemento de fundamentación de la decisión.

La automatización de decisiones basadas en predicciones, o fuertemente influidas por predicciones, puede llevar a que la autoridad decisonal tienda a conceder veracidad a la previsión establecida por el sistema predictivo. Esta posibilidad se puede ver reforzada por la generación de un estado de opinión en el que la credibilidad del sistema predictivo sea superior a la del juicio humano, o incluso que sea de observancia obligatoria en el caso de que el uso del sistema de IA fuera impuesto legalmente.

⁴⁷ TONRY, M., «Sentencing and Prediction: Old Wine in Old Bottles», en Keijser, J. W De; Roberts, J. V. y Jesper, R. (eds.), *Predicting Sentencing. Normative and Empirical Perspectives*, Oxford, Hart Publishing, 2020, pp. 269-298, p. 274.

Virginia Eubanks⁴⁸ ha analizado críticamente el uso que algunos servicios sociales en EE. UU. hacen de sistemas algorítmicos con funciones predictivas en la toma de decisiones sobre la concesión o denegación de ayudas a personas solicitantes. En su argumentación, Eubanks expone que, si el estudio de casos que desarrollan los servicios técnicos no se ajusta al resultado emitido por el algoritmo, la profesional piensa que algo se le ha pasado por alto. En caso de colisión, la profesional tiende a confiar en el criterio de la máquina⁴⁹ siempre que suponga que la herramienta algorítmica es más fiable que el cribado humano⁵⁰. En la práctica, «el algoritmo parece ejercer la función de instruir al personal de cribado»⁵¹. Lo que en apariencia se mostraría como una actividad científica basada en evidencias objetivas e infalibles es en realidad la traslación de la teorización que han elaborado un grupo reducido de profesionales: «Los datos de validación del modelo son un compendio de decisiones tomadas por asistentes sociales, investigadores y jueces, y llevan la impronta de sus prejuicios. [...] El criterio automatizado del modelo predictivo, en realidad, es el criterio de unas cuantas personas»⁵².

A la vista de estos argumentos, uno de los riesgos que puede introducir no solo el uso de los sistemas predictivos, sino también su automatización⁵³, es la limitación del ámbito y el material de decisión con el que trabajan los decisores. Los juicios predictivos pueden contener juicios valorativos previos no explícitos que quedan subsumidos en la predicción. Al actuar según la predicción, estaríamos validando esa base valorativa que queda oculta en la predicción. Por este motivo, es preciso analizar hasta qué punto la predicción se realiza en base a valoraciones que pueden quedar ocultas bajo la apariencia de objetividad del sistema predictivo.

2.3 Entre la «variabilidad no deseada» y la necesidad de variabilidad

Cuando hablamos de comportamientos humanos, no podemos saber por adelantado cuál será la conducta futura de una persona, ni

⁴⁸ EUBANKS, V., *La automatización de la desigualdad. Herramientas de tecnología avanzada para supervisar y castigar a los pobres*, Madrid, Capitán Swing, 2021.

⁴⁹ *Se trata del fenómeno conocido como «sesgo de automatización».* Vid. RIVAS, P., «Sesgos de automatización y discriminación algorítmica», en Rivas, P. (dir.), *Discriminación algorítmica en el ámbito laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2022, pp. 31-68.

⁵⁰ EUBANKS, V., *op. cit.*, p. 171.

⁵¹ *Idem*, p. 172.

⁵² *Idem*, p. 200.

⁵³ Por «automatizar» se entiende la sustitución del operador humano por sistemas computacionales, pero al mismo tiempo «automatizar» expresa la idea según la cual el sistema opera por sí solo, sin intervención directa del operador, y, en tercer lugar, también significa que en un proceso decisonal dado parte de los contenidos que son tenidos en cuenta para tomar una decisión son volcados directamente del sistema al proceso decisonal.

cuáles serán las circunstancias que se darán. Hart planteaba la imposibilidad de una teoría jurídica «mecánica», ya que nos es imposible conocer la variabilidad de rasgos que intervienen en los hechos posibles futuros, así como las combinaciones que se pueden dar entre estos rasgos. Por esto, señalaba Hart, no es posible avanzar reglas que especifiquen la solución a los problemas futuros con los que nos podemos encontrar⁵⁴.

Si bien Hart defendió que lo razonable era atender las cuestiones futuras cuando «se presentan y son identificadas»⁵⁵, y de esta forma no confundir la voluntad de certeza y predictibilidad con la tendencia a «prejuizar ciegamente lo que ha de hacerse en un campo de casos futuros, cuya composición ignoramos»⁵⁶, lo cierto es que en ocasiones necesitamos adelantarnos a los hechos que están por venir. Ante la incapacidad humana para anticipar el futuro, los sistemas jurídicos han atendido esta incapacidad mediante una variedad de técnicas⁵⁷. Los sistemas predictivos forman parte de esta necesidad de anticiparse al futuro.

Kahneman *et al.* utilizan la categoría «variabilidad no deseada» para referirse a decisiones que se toman en contextos decisionales dispares como son el de las compañías aseguradoras, el de los tribunales penales o el de las diagnósticos médicos. Esta disparidad resta precisión al uso que estos autores hacen de esta expresión. Se puede estar de acuerdo en que hay situaciones en las que se puede aplicar con facilidad una regla o reglas conectadas entre sí y también se puede acordar que en tales situaciones es deseable hacerlo. Sería el caso de multar por exceso de velocidad. Sin embargo, la propuesta que hace Kahneman *et al.* en el sentido de utilizar los algoritmos para mejorar la decisión humana presenta problemas si se aplica a juicios en los cuales la decisión ha de ser tomada a partir de una evaluación de circunstancias y, en su caso, mediante la ponderación entre las argumentaciones aplicables en la resolución del caso.

La automatización de la decisión de multar por exceso de velocidad, así como la gestión de la multa impuesta, crea un escenario en el que, siempre que los radares utilizados estén correctamente calibrados y se observen los plazos de notificación (entre otras cuestiones objetivables), el procedimiento a seguir puede ser sometido con facilidad a reglas. En este tipo de casos, es relativamente fácil identificar cuál sería la variabilidad indeseable ya que disponemos de reglas aplicables y, por lo tanto, una decisión modelo que se ha de aplicar a cada caso que cumple las circunstancias estipuladas en los supuestos de hecho de las reglas. La decisión modelo, que se ajustaría idealmente al

⁵⁴ HART, H. L. A., *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1963, p. 160.

⁵⁵ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 162.

⁵⁶ *Ibidem.*

⁵⁷ HART, H. L. A., *op. cit.*, p. 163.

contenido normativo aplicable, se explica a partir de la combinación secuencial entre dos componentes de la regla aplicable: el «predicado fáctico» mediante el que se especifican las condiciones fácticas que dan lugar a la aplicación de la regla y la prescripción de lo que ha de ocurrir cuando se verifiquen las condiciones especificadas en el predicado fáctico, el «consecuente»⁵⁸.

Sin embargo, muchos otros ámbitos de decisión jurídicamente relevantes presentan una textura abierta en los que la utilización de sistemas predictivos presenta problemas. Pongamos el ejemplo de la decisión sobre la guarda y custodia de los hijos e hijas en un proceso de separación o divorcio. En 2021, hubo en España 86.851 divorcios, 3.674 separaciones y 57 nulidades. En el 53,1 % de casos se otorgó la custodia a la madre, en el 3,5 % al padre, y en el 43,1 % de los casos se decidió que la custodia fuera compartida. En el 0,3 %, la custodia fue otorgada a otras instituciones o a familiares⁵⁹.

Dado que en la toma de esta decisión concurren diferentes aspectos a tener en cuenta, supongamos que se da prioridad al bienestar del menor como principio a preservar en la toma de la decisión sobre la adjudicación de la guarda y custodia. La variabilidad no deseada se daría cuando se tomase una decisión de adjudicación de guarda y custodia, en base a sesgos o ruidos (siguiendo con la terminología utilizada por Kahnemann *et al.*) que perjudicara el bienestar del menor. Bajo esta premisa, se podría proponer la automatización de decisiones que evitara las variabilidades no deseadas en la toma de la decisión. Para desarrollar este sistema habría que elegir qué predictores hay que utilizar y qué peso hay que conceder a cada predictor. Para seleccionar los predictores y su valor, tanto individualmente considerado como en su interacción con otros predictores, habría que partir de una teorización acerca del bienestar infantil. En concreto, habría que establecer cuáles son los factores que contribuyen a su bienestar y cuáles son los factores de riesgo que hay que prevenir. De esta forma, el sistema podría emitir un resultado que predijera cómo se garantiza, en términos de probabilidad, el bienestar del menor. En este tipo de predicción mecanizada, se combinaría la predicción sobre un acontecimiento futuro con la decisión evaluativa acerca de cuáles son los factores que se considera que inciden en el bienestar del menor y cuál es el grado de cumplimiento que puede garantizar cada uno de los progenitores.

La *causalidad probabilística* no equivale a la certeza sobre un hecho futuro. En el caso de los sistemas automatizables utilizados para la formulación de juicios predictivos, lo que es una causalidad

⁵⁸ SCHAUER, F., *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basadas en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 81.

⁵⁹ Instituto Nacional de Estadística. Estadística de nulidades, separaciones y divorcios. Resultados. https://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176798&menu=resultados&idp=1254735573206

probabilística⁶⁰ puede presentarse, o ser entendido por quienes van a utilizar el sistema para fundamentar una decisión, no como una probabilidad sino como una relación causal entre los datos de los que se nutre el sistema y las consecuencias que han quedado vinculadas a la explotación de estos datos. De darse este fenómeno, se estaría ante la automatización, ya no solo del sistema predictivo sino también del valor atribuido a la predicción en el proceso decisional. Por esta deriva, se correría el riesgo de tratar una causalidad probabilística como una causalidad directa⁶¹. Como señala Schauer: «Decir que existe una causalidad probabilística entre una propiedad (perro) y una consecuencia (molestias) no es lo mismo que decir que la ocurrencia de la propiedad es necesariamente seguida por la ocurrencia de la consecuencia, ni tampoco es decir que el acaecimiento de la consecuencia requiere la ocurrencia de la propiedad. Simplemente es decir que la incidencia de la consecuencia será mayor en una población que posee la propiedad en cuestión que en una población idéntica en todos los demás aspectos en el cual esta propiedad está ausente»⁶².

3. EL ESTATUS NORMATIVO DE LOS SISTEMAS PREDICTIVOS UTILIZADOS POR LAS AUTORIDADES EN PROCESOS DECISIONALES

El uso de sistemas predictivos por parte de las autoridades lleva a preguntarse cuál es su estatus normativo. Desde el punto de vista del control de legalidad de la actuación de los poderes públicos, cabe entender que los sistemas utilizados han de ser validados previamente a su utilización y que la aplicación de sus resultados ha de ser susceptible de ser controlada legalmente⁶³. La validación legal de un sistema debería abarcar cuestiones como: la delimitación del ámbito decisio-

⁶⁰ BUNGE, M., *A la caza de la realidad. La controversia sobre el realismo*, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 150 ss. Vid. tb. TARUFFO, M., en su análisis crítico sobre las limitaciones de los modelos probabilísticos aplicados a la prueba judicial, tanto de los modelos bayesianos (también criticados por Bunge) como los de probabilidad cuantitativa, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 192-193, 215-216 y, en la entrevista final a cargo de Jordi Ferrer, pp. 529-530.

⁶¹ SCHAUER, F., *op. cit.*, p. 88.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ BOIX PALOP, A. parte de la premisa según la cual el código fuente integrado en la adopción de decisiones administrativas tiene materialmente valor normativo de reglamento y que «los algoritmos empleados por la Administración pública de modo no puramente instrumental producen materialmente los mismos efectos que cualquier reglamento, al preordenar la decisión final del poder público y limitar el ámbito de discreción o de capacidad de determinación de quienes los han de aplicar a partir de los postulados contenidos en la programación», «Los algoritmos son reglamentos: la necesidad de extender las garantías propias de las normas reglamentarias a los programas empleados por la administración para la adopción de decisiones», *Revista de Derecho Público: teoría y método*, vol. I, 2020, pp. 223-270, p. 237.

nal en el que se aplicará el sistema, qué autoridad lo puede utilizar, en el ejercicio de qué funciones, la vinculatoriedad de los resultados emitidos por el sistema, qué factores son tenidos en cuenta y con qué peso al predecir un hecho futuro o qué relación establece el sistema entre los distintos factores preseleccionados como relevantes para predecir un hecho futuro.

De otra forma, nos hallaríamos ante un cuerpo extraño al ordenamiento jurídico que sería utilizado sin título de validez legal. Sin embargo, puede suceder, por vía de hecho, que el uso de un sistema de IA, por ejemplo, para la predicción del riesgo de reincidencia, responda a la propia actuación de la autoridad que ha incorporado sistemas de gestión a los que se han ido añadiendo funciones conforme se desarrollaban nuevas tecnologías que ampliaban las funciones de estos sistemas.

Tomemos como ejemplo un sistema que se utiliza actualmente en el cálculo y la gestión del riesgo de maltrato a menores. La administración pública catalana tiene disponible en abierto un simulador para ayudar a gestionar el riesgo de maltrato infantil (MSGR por sus siglas en catalán⁶⁴). En las indicaciones de uso del sistema se señala que este sistema no está pensado «para sustituir la decisión que ha de tomar el/la profesional»⁶⁵. El engarce legal de este sistema, tanto en su diseño, como en su entrenamiento y utilización, se sustenta en una Orden por la que se autoriza la creación de instrumentos de apoyo tecnológico para facilitar la valoración general de la situación de riesgo a partir de los «indicadores y factores objetivados y, si fuera necesario, establecer la orientación de las acciones que se recomienda tomar»⁶⁶. Esta disposición legal establece qué tipo de información ha de ser tenida en cuenta para evaluar el riesgo de maltrato presente y futuro. Se establecen indicadores de maltrato (120 indicadores que quedan organizados en distintos bloques), factores de riesgo/protección (51 indicadores), situaciones de riesgo y desamparo (86 indicadores), situación personal, familiar y social del niño-adolescente (30 indicadores), aspecto físico y situación personal del niño o adolescente (67 indicadores), área emocional y comportamental del niño o adolescente (56 indicadores), desarrollo y aprendizaje (16 indicado-

⁶⁴ Módulo de apoyo a la gestión del riesgo (MSGR): https://drets-socials.gencat.cat/ca/ambits_tematics/infancia_i_adolescencia/proteccio_a_la_infancia_i_adolescencia/maltractaments_dinfants_i_adolescents/registre_unificat_de_maltractaments_infantils_rumi

⁶⁵ Puede consultarse en la web citada anteriormente. Ver igualmente los documentos disponibles en esta misma dirección digital: «Listado de observaciones» (documento que incluye los indicadores que toma en consideración el sistema algorítmico) y el «Manual de uso».

⁶⁶ Orden BSF/331/2013, de 18 de diciembre, por la que se aprueban las listas de indicadores y factores de protección de los niños y adolescentes (DOGC núm. 6530 de 30 de diciembre de 2013), que desarrolla diferentes previsiones establecidas en la Ley catalana 14/2010, de 27 de mayo, de los derechos y las oportunidades de la infancia y la adolescencia.

res), relaciones de los progenitores, tutores o guardadores con el niño o adolescente (114 indicadores), contexto social, familiar y personal del niño o adolescente (41 indicadores). A partir de estos indicadores, los profesionales evalúan en qué grado se dan estos indicadores en cada situación concreta. Una vez introducida esta información en el sistema, el sistema emite una valoración sobre la gravedad de la situación, la tipología del maltrato, el riesgo de repetición y las acciones que se recomienda tomar.

En el caso del sistema RisCanvi, que ha sido presentado más arriba, el análisis sobre la validez legal del sistema presenta más confusión que el sistema MSGR. La normativa en materia de concesión de permisos de salida penitenciaria establece, entre otras disposiciones, que se pueden conceder permisos de salida previo informe preceptivo del Equipo técnico. La normativa vigente establece qué características ha de tener este informe y bajo qué circunstancias ha de ser desfavorable⁶⁷: «la peculiar trayectoria delictiva, la personalidad anómala del interno o la existencia de variables cualitativas desfavorables» que hagan pensar que es probable el «quebrantamiento de la condena, la comisión de nuevos delitos o una repercusión negativa de la salida sobre el interno desde la perspectiva de su preparación para la vida en libertad o de su programa individualizado de tratamiento»⁶⁸.

Desde el punto de vista de la formación de un juicio sobre la probabilidad de que suceda un hecho futuro, la normativa citada presenta un gran interés, tanto como su dificultad de determinación. Pese a la dificultad que supone dotar de contenido preciso (tan preciso como el que se necesite para tomar una decisión) a expresiones como «peculiar trayectoria delictiva», «la personalidad anómala del interno» o «existencia de variables cualitativas desfavorables», lo cierto es que estos informes han de ser emitidos, y que los informes han de ser razonados. Es en relación con esta tarea que se han ido generando protocolos o sistemas de apoyo para orientar la toma de la decisión⁶⁹.

⁶⁷ Tiene igualmente especial interés recordar que el Equipo técnico puede estar formado por un jurista, un psicólogo, un pedagogo, un sociólogo, un médico, un ayudante técnico sanitario, un maestro o encargado de taller, un educador, un trabajador social, un monitor sociocultural o deportivo y un encargado de departamento (art. 274 del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario). A partir de esta configuración, cabe entender que el informe del Equipo Técnico se configura de forma colaborativa a partir de los juicios emitidos de forma individual por cada miembro del equipo y que son puestos en común para tomar una decisión colectiva.

⁶⁸ *Vid.* Artículo 156, del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento penitenciario.

⁶⁹ Cabría preguntarse si estos sistemas contienen normas técnicas o si los informes elaborados a partir ellos son normas técnicas. Por el momento, no existen normas técnicas que regulen los requisitos técnicos que han de cumplir los sistemas predictivos, como sí que existen normas técnicas en materia de edificación o de industria, por ejemplo, *vid.* TARRÉS VIVES, M., *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 24, p. 237 ss.; *vid.* tb. ESTEVE PARDO, J., *Técnica, riesgo y*

3.1 La prohibición de automatización de las decisiones individualizadas

Tanto en el derecho comunitario como en el derecho español, durante los últimos años se ha legislado en materia de la «automatización de decisiones». Por decisión automatizada se entiende: aquella decisión que se basa únicamente en el tratamiento automatizado de datos y que se toma mediante un instrumento tecnológico sin que haya participación humana en el proceso de decisión⁷⁰.

El Parlamento europeo y el Consejo reguló el tratamiento y la libre circulación de datos mediante el Reglamento 2016/679⁷¹. Este Reglamento dedica su artículo 22 a las «Decisiones individuales automatizadas, incluida la elaboración de perfiles». La normativa vigente reconoce a los administrados el derecho a «no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar» (art. 22.1⁷²).

Derecho, Barcelona, Ariel, 1999, pp. 39-40; ESTEVE PARDO, J., *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Madrid, Marcial Pons, 2009.

⁷⁰ Vid. «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas y adoptadas el 6 de febrero de 2018, a cargo del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, WP25 Irev.01., p. 8. Por ejemplo, la reciente Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igual de trato y la no discriminación. En su artículo 3.1. o) determina la «Inteligencia artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación», como ámbito objetivo de aplicación de las disposiciones contenidas en esta ley. Esta misma ley dedica su artículo 23 a «Inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados».

⁷¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos, artículos 13.2.f, 14.2.g, 22.1, 22.4 y 47.2.e, entre otros. Con anterioridad, mediante la Directiva 95/46/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que afecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de datos, ya se habían establecido las bases mínimas de la regulación que fue desarrollada con amplitud por el citado Reglamento 2016/679.

Se ha de tener presente también la Directiva 2016/680 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos, artículo 11: «Mecanismo de decisión individual automatizado».

Vid. tb. la Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (ley de inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión, 21 de abril de 2021, COM(2021) 206 final.

⁷² No obstante, se pueden utilizar datos agregados con fines estadísticos, siempre que los datos personales o los resultados de trabajar con datos agregados no «se utilicen para respaldar medidas o decisiones relativas a personas físicas concretas», (Considerando 162 del Reglamento). En España, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciem-

La prohibición de automatizar decisiones ha sido establecida legalmente de tal forma que, desde mi punto de vista, se puede hablar de una autorización de la automatización de decisiones, aunque con algunas limitaciones. Si se tiene en cuenta que se permiten las automatizaciones que sean necesarias para la celebración y la ejecución de un contrato, aquellas en las que consienta explícitamente la persona interesada⁷³, las que sean necesarias por razones de interés público esencial y las autorizadas por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros, se llega a entender que el actual marco regulatorio es más comprensible como una autorización con limitaciones que como una prohibición con excepciones.

Para entender qué papel están desempeñando o pueden desempeñar las automatizaciones de los sistemas predictivos en los procesos de toma de decisiones jurídicamente vinculantes, se pueden analizar los derechos atribuidos a las personas que se pueden ver afectadas por estas decisiones y a las obligaciones, relacionados con estos derechos, asignadas a las entidades que hacen uso de las automatizaciones. Entre los distintos derechos y obligaciones actualmente previstos en el derecho comunitario y en el derecho español⁷⁴ se presta ahora atención a dos disposiciones: el derecho a saber y la prohibición de utilizar determinados tipos de datos en la toma de decisiones automatizadas. Ambas disposiciones establecen el derecho que la persona tiene a conocer la fundamentación de la decisión que se toma sobre ella.

3.2 El derecho a saber y la prohibición de utilizar determinados tipos de datos en la automatización de decisiones

Uno de los problemas que presenta la automatización de decisiones es que las personas afectadas pueden ignorar que se les están aplicando decisiones que han sido tomadas mediante mecanismos de automatización. Como criterio general, la regulación vigente permite la utilización de sistemas de IA en la toma de decisiones siempre que

bre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, artículo 11.2, reconoce el derecho de la persona a saber que puede ser objeto de una decisión individual automatizada y el derecho a oponerse a la adopción de esa decisión individual automatizada que puede producir efectos jurídicos sobre esta persona o le puede afectar significativamente.

⁷³ Considerando 71 del Reglamento 2016/679. *Vid.* «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas y adoptadas el 6 de febrero de 2018, a cargo del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, WP251rev.01., p. 22 ss.

⁷⁴ Para una visión amplia del conjunto de derechos de las personas ante las decisiones automatizadas que les puedan afectar y las obligaciones de los responsables de datos, *vid.* RODRÍGUEZ AYUSO, J. F., *Garantía administrativa de los derechos del interesado en materia de protección de datos personales*, Barcelona, Bosch Editores, 2021.

las decisiones no estén basadas «únicamente» en el tratamiento automatizado de datos. El término clave es «únicamente». Si una autoridad toma una decisión basándose en el resultado del proceso de automatización de datos, y complementa o matiza suficientemente este resultado con otros elementos de decisión, o argumenta a partir del resultado emitido por uno o varios sistemas de IA, se entendería que ya no se está ante una decisión basada «únicamente» en el tratamiento automatizado de datos.

La intervención ha de tener contenido real y no ser una mera apariencia. Esta previsión queda complementada por lo que debería constituir una salvaguarda en el proceso decisorio: el derecho a la intervención humana en la configuración de la decisión⁷⁵. Esta intervención en la toma de la decisión se reserva a una persona autorizada legalmente para modificar la decisión⁷⁶. Y, por lo tanto, en coherencia con esta previsión y como se acaba de señalar, quien interviene ha de estar en disposición de explicitar cuál ha sido el contenido y efecto de su intervención. Es muy probable que, en un futuro inmediato, la determinación de cuándo la intervención de la autoridad es suficiente o insuficiente para satisfacer el estándar legal exigido vaya a ser una de las cuestiones más controvertidas.

El derecho a saber se ha construido como un derecho complejo que contiene prescripciones como: el derecho a ser informados acerca de la utilización de sistemas automatizados de tratamientos de datos, el derecho a recibir «información significativa»⁷⁷ sobre la lógica que se sigue en la elaboración de la decisión y sobre los criterios aplicados en la toma de decisión⁷⁸ y el derecho a ser informados de la importancia y las consecuencias que estas decisiones automatizadas pueden tener para las personas interesadas⁷⁹.

El acceso a la información significativa sobre la lógica seguida en la elaboración de una decisión concreta ocupa una posición estratégi-

⁷⁵ Vid. «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas y adoptadas el 6 de febrero de 2018, a cargo del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, WP251rev.01., p. 30. En este mismo sentido, ver el punto 4.2. y 6.9. del «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial”: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa», (2018/C 440/01), 19 de septiembre de 2018.

⁷⁶ Vid. «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas y adoptadas el 6 de febrero de 2018, a cargo del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, WP251rev.01., p. 23.

⁷⁷ El derecho a recibir «información significativa» no incluye el acceso al código base del sistema algorítmico utilizado. La legislación vigente, así como la jurisprudencia, ha asumido que esta posibilidad entraría en colisión con la protección de la propiedad intelectual mediante la que se protegen los programas informáticos.

⁷⁸ En este sentido, ver el punto 4.2. del «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Inteligencia artificial”: anticipar su impacto en el trabajo para garantizar una transición justa», (2018/C 440/01), 19 de septiembre de 2018.

⁷⁹ Artículo 13.2.f, 14.2.g, 15.1.h del Reglamento 2016/679.

ca. Se entiende que se respeta el derecho a tener esta «información significativa» cuando quien avala la decisión informa acerca del tipo de datos que han sido utilizados al tomar la decisión, explica por qué los datos utilizados son más relevantes que otros datos disponibles, y explica, si es el caso, por qué y cómo se han generado y se han utilizado estas perfilaciones en la toma de la decisión y por qué es necesario utilizar ese perfil⁸⁰. Habría que añadir a esta lista de requisitos otra exigencia si se quiere garantizar el derecho de la persona a conocer la fundamentación de la decisión que le afecta directamente: la explicación de las conexiones que el sistema de IA realiza entre los distintos datos utilizados para formular una decisión. Estas conexiones forman parte del «razonamiento» que sigue o crea el algoritmo para tomar una decisión. «En ocasiones, incluso para quienes diseñan y entrenan un sistema avanzado de IA es difícil explicar por qué el sistema está funcionando como lo está haciendo»⁸¹.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA RESPONSABILIDAD POR LA CONFIGURACIÓN DE LA DECISIÓN

La incorporación de sistemas predictivos automatizables en los procesos de toma de decisiones supone una novedad en la arquitectura decisional utilizada por las autoridades públicas. Los sistemas predictivos, tanto por su funcionalidad pretendida, como por las funciones realmente alcanzadas, ofrecen modelos predictivos que orientan la toma de decisión en contextos de incertidumbre. Para las autoridades que han de tomar decisiones, estos sistemas proveen resultados utilizables en la configuración la decisión.

Dada la influencia que estos sistemas pueden tener en la actividad decisional, es preciso establecer una serie de salvaguardas que se muestran urgentes dado el desequilibrio existente entre el desarrollo y aplicación de la IA y los niveles de eficacia regulatoria existentes⁸². Estas salvaguardas pivotan, desde una perspectiva de control de legalidad, sobre el estatus normativo de los sistemas predictivos. Hasta el momento, estos sistemas aparecen como protocolos de evaluación y

⁸⁰ Vid. «Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a efectos del Reglamento 2016/679», adoptadas el 3 de octubre de 2017, revisadas y adoptadas el 6 de febrero de 2018, a cargo del Grupo de trabajo sobre protección de datos del artículo 29, WP251rev.01., p. 35.

⁸¹ Vid. PASQUALE, F., *The Black Box Society. The Secret Algorithms that Control Money and Information*, Cambridge, Harvard University Press, 2015, en especial p. 216 ss.

⁸² Como ejemplo, vid. la carta publicada por el *Future of Life Institute*, en marzo de 2023, en la que centenares de especialistas y aplicadores de IA piden una moratoria de por lo menos 6 meses en el desarrollo y aplicación de sistemas de IA: <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/>

gestión. Sin embargo, la posición que se ha defendido en este texto es la siguiente: se hace necesario revisar el estatus normativo de estos sistemas dada la posición estratégica que ocupan y, previsiblemente, van a ocupar en un futuro inmediato. En concreto, y como mínimo, es necesario validar la base fáctica y evaluativa de los sistemas utilizados, especialmente cuando contienen valoraciones que van a quedar insertas en las predicciones, se ha de explicitar en términos comprensibles para la ciudadanía la racionalidad del sistema, es preciso asegurar la trazabilidad de la predicción que se utiliza para fundamentar una decisión, y, cuestión política y ética fundamental, hay que decidir qué enfoque se le quiere dar a los falsos positivos.

No se puede olvidar que estos requisitos legales pueden ser contemplados como una extensión adaptativa a la nueva realidad tecnológica de requisitos que ya estaban incorporados en nuestra tradición legal. Es el caso de la necesidad de la motivación de la decisión o la regulación legal de los medios de prueba, por ejemplo. Sin embargo, como se ha sostenido en este texto, la posibilidad de aplicar IA a los sistemas predictivos, lejos de excepcionar los requisitos legales ya presentes en nuestros ordenamientos jurídicos, hace necesaria su adaptación a la nueva realidad en la que nos hallamos inmersos.

Parte de la realidad en la que estos sistemas predictivos se van a utilizar durante los próximos años va a venir condicionada por la percepción mediática y social acerca de las consecuencias de las decisiones que se tomen siguiendo sistemas predictivos, pero también acerca de las consecuencias de las decisiones que se tomen desoyendo los resultados emitidos por estos sistemas. Ante este escenario en el que se debate acerca de la conveniencia, u obligación si así se estableciera legalmente, de utilizar predicciones automatizadas para tomar decisiones, surge con fuerza ya no solo la responsabilidad por la decisión tomada, sino también la responsabilidad por la configuración de la decisión. Y, en concreto, la responsabilidad por los sistemas predictivos automatizados insertos en el proceso decisional. Si se acepta como pieza fundamental de nuestro sistema jurídico que la responsabilidad por la decisión recae en la autoridad legalmente competente para tomar la decisión, esta responsabilidad no debería ser transferida en el sistema artificial. Sin embargo, esta formulación no agota el problema, especialmente cuando los sistemas, como se ha visto en este texto, pasan a ocupar una posición estratégica en la configuración y fundamentación de la decisión.

Protección del menor frente a los abusos de la publicidad

Protection of Children from the Abuses of Advertising

José Justo Megías Quirós
Universidad de Cádiz

RESUMEN

En este estudio se analiza la evolución de la protección de los menores frente a los riesgos de la publicidad durante la última década. Recoge los cambios legislativos y las aportaciones de la autorregulación publicitaria. Se exponen las deficiencias y se proponen alternativas para lograr una protección más eficaz.

Palabras clave: publicidad, menores, protección, riesgos, regulación, autorregulación.

ABSTRACT

This study analyzes the evolution of the protection of children from the risks of advertising during the last decade. It includes the legislative changes and the contributions of advertising self-regulation. Deficiencies are exposed and are proposed alternatives to achieve a more effective protection.

Keywords: advertising, children, protection, risks, regulation, self-regulation.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. EL MENOR COMO PROTAGONISTA DE LA PUBLICIDAD. – 3. LA PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES. – 4. LA ACCESIBILIDAD DEL MENOR A LA PUBLICIDAD DE ADULTOS INADECUADA. – 5. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. – 2. THE MINOR AS THE PROTAGONIST OF ADVERTISING. – 3. ADVERTISING DIRECTED AT MINORS. – 4. THE MINOR'S ACCESSIBILITY TO INAPPROPRIATE ADULT ADVERTISING. – 5. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

La Unión Europea mostró hace más de una década su preocupación sobre los riesgos para los menores de determinadas prácticas publicitarias, así como la necesidad de establecer restricciones legales. Destacan en este sentido el Dictamen *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*¹, del Comité Económico y Social Europeo (CESE), y el *Informe sobre la sexualización de las niñas*, de la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género². El CESE destacó los riesgos más comunes en la publicidad protagonizada por menores o dirigida a ellos, instando a anunciantes y patrocinadores a asumir y aplicar «los niveles más exigentes de protección de los derechos de los niños»³.

La Directiva 2018/1808/UE⁴ modificadora de la Directiva 2010/13/UE de Servicios de Comunicación Audiovisual, recogió las prohibiciones de dirigir al menor publicidad de juegos de azar y bebidas alcohólicas, así como el emplazamiento de productos en espacios infantiles. Mantuvo también las exigencias de no producirles perjuicio físico, mental o moral, no incitarlos directamente a la compra aprovechando su inexperiencia o credulidad, no animarlos a

¹ Comité Económico y Social Europeo, Dictamen *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes* (DOUE C 351 de 15. XI.2012, pp. 6-11).

² Parlamento Europeo. Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, Proyecto de *Informe sobre la sexualización de las niñas* (2012/2047 (INI)), de 20 de junio de 2012.

³ *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., núm. 1.9, p. 6. Admitía la autorregulación y la corregulación como vías para lograr una publicidad responsable, pero proponía regular las cuestiones más importantes para asegurar un mayor nivel de exigencia y eficacia (cfr. nn. 6.7 y 6.8, p. 10).

⁴ Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado (DOUE L 303, de 29. XI.2018, pp. 69-92).

persuadir a los adultos de realizar compras, no explotar la especial confianza que depositan en sus padres, profesores u otras personas y no mostrar sin motivo justificado a menores en situaciones peligrosas. Lo más novedoso fue su nuevo artículo 6 bis, que obliga a los prestadores de servicios de comunicación a adoptar medidas adecuadas para impedir el acceso de menores a contenidos que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral, especialmente la violencia gratuita y la pornografía, prohibiendo tratar los datos personales del menor con fines comerciales. Podría haber introducido otras obligaciones y restricciones ampliamente reivindicadas por los expertos, pero no lo hizo.

La normativa española ha tratado de plasmar esta protección mediante modificaciones significativas. En primer lugar a través de la Ley de Protección Integral a la Infancia y la Adolescencia frente a la Violencia⁵, que modificó el artículo 3.a) de la Ley General de Publicidad (LGP), en el que se prohíbe la publicidad que atenta contra la dignidad y los valores y derechos constitucionales. Su Disposición Final Quinta añadió al citado artículo la prohibición de «cualquier forma de publicidad que coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad».

La segunda novedad se produjo en 2022 con la nueva Ley General de Comunicación Audiovisual (LGCA⁶), que recoge las protecciones contempladas en la Directiva 2018/1808/UE y añade otras relacionadas con la publicidad en redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos. A pesar de los avances, debemos reprocharle el enorme paso atrás con la supresión de las franjas horarias de protección general y reforzada, remitidas a un futuro acuerdo de corregulación o, en su defecto, a un desarrollo reglamentario (art. 124.3).

En los epígrafes siguientes trataremos de analizar los riesgos más importantes para el menor en el terreno publicitario y la protección prevista en las normas legales y en los sistemas de corregulación y autorregulación, imprescindibles en la actualidad, aunque disten aún mucho de lograr una protección eficaz. Para el análisis de la autorregulación nos basaremos en las resoluciones y dictámenes del Jurado de la Publicidad (en adelante Jurado) en aplicación del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol (CCPA⁷).

⁵ Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2021).

⁶ Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual (BOE núm. 163, de 8 de julio de 2022).

⁷ Autocontrol, o Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial, es, desde 1995, el organismo independiente de autorregulación de la industria publicitaria en España.

2. EL MENOR COMO PROTAGONISTA DE LA PUBLICIDAD

El citado Dictamen del CESE distingue entre la participación del menor en la publicidad dirigida propiamente a ellos –en la que estaría justificada su aparición– y la dirigida a consumidores adultos, a la que se debería exigir un cuidado extremo para evitar daños irreparables: «La publicidad que se sirve de manera abusiva de los niños para fines que no tienen nada que ver con asuntos directamente relacionados con ellos, vulnera la dignidad humana y atenta contra su integridad física y mental, por lo que debe prohibirse»⁸. A su juicio, debería prohibirse legalmente la intervención del menor en la publicidad que lo utilice como mero instrumento de venta, dirigiendo una llamada a publicistas y anunciantes a extremar la responsabilidad⁹. Algunas legislaciones contemplan esta prohibición, otras ofrecen recomendaciones que ayudan a garantizar los derechos del menor¹⁰. Una de las cuestiones más preocupantes para el CESE es el riesgo derivado del erotismo en la publicidad, dada la influencia que ejerce en el desarrollo moral y mental del menor, razón por la que exigía un mayor control sobre los anuncios que muestren imágenes o comportamientos sexuales excesivos para su edad y conduzcan a «una erotización precoz de los niños»¹¹. Rechazaba explícitamente la publicidad que presente a las niñas como objeto de deseo, en situaciones de sumisión e, incluso, como objeto de violencia, presentaciones que contribuirían a normalizar abusos y maltrato entre los menores.

A esta preocupación se unió la Comisión de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género del Parlamento Europeo, que denunciaba en su Informe sobre la sexualización de las niñas la utilización de estos

⁸ *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., núm. 1.3, p. 6. En este sentido, afirma Méndiz, «cada vez es más frecuente descubrir campañas en las que el menor aparece en acciones, atuendos o actitudes impropias de su edad, manifestando una violencia que no le es natural, un desencanto que quiebra su innato optimismo, o una artificial sensualidad cuando aún no se ha despertado en él la atracción sexual. El problema –parece obvio, pero conviene recalcarlo– no es de los menores, que viven pacíficamente en su mundo feliz; el problema es de los adultos, que manipulamos su imagen y les asignamos comportamientos impropios (violencia, racismo, sexismo, sensualidad)». Méndiz Noguero, A., «La representación del menor en la publicidad infantil. De la inocencia a la sexualización», *Methaodos. Revista de Ciencias Sociales* 6, 1 (2018), pp. 125-137, p. 126.

⁹ Algunos países, como Italia o Suecia, han prohibido legalmente el protagonismo de menores de 14 años en la publicidad que no está dirigida a ellos. Cfr. Martínez Rodrigo, E., «Los niños ante la publicidad televisiva», en Domingo Segovia, J. (coord.), *El niño y la televisión*. Libro de Actas del *Foro Comunicar y del III Encuentro de Comunicación y Pedagogía*. Univ. de Granada, Granada, 2010, pp. 87-96, p. 91.

¹⁰ Capodiferro Cubero, D., «La protección de la juventud y de la infancia y la libertad de expresión publicitaria», *Derecom* 21 (2016), pp. 31-47, pp. 38-39.

¹¹ *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., núm. 5.4, p. 9. Antes ha destacado que la publicidad con «contenidos especialmente violentos, racistas, xenófobos, eróticos o pornográficos, afecta, a veces de modo irreversible, a la formación física, psíquica, moral y cívica de los niños» (n. 1.5, p. 6).

recursos publicitarios con niñas cada vez de menor edad. Definía la sexualización como «un enfoque instrumental de la persona mediante la percepción de la misma como objeto de uso sexual al margen de su dignidad y sus aspectos personales, siendo su calidad personal valorada en función de su atractivo sexual»¹². Para la Comisión, la publicidad normaliza imágenes sexualizadas de niñas de corta edad, creando «una imagen deformada que produce en la sociedad estereotipos de sexo» y atraigan la atención «hacia rasgos sexuales que aún no poseen»¹³. Por ello, recomendaba a los Estados de la UE mayor control legal sobre los contenidos y apelaba a la responsabilidad de anunciantes y publicistas en el empeño por garantizar los derechos del menor y el desarrollo de su personalidad según su edad y madurez¹⁴.

La nueva LGCA no hace mención expresa de la participación de los menores en la publicidad, mientras que los códigos de conducta se limitan prácticamente, salvo rara excepción, a establecer recomendaciones. En primer lugar, aconsejan evitar el protagonismo del menor en la publicidad, salvo que sea el destinatario directo del producto anunciado; si la publicidad está dirigida a los adultos, recomiendan que el menor desarrolle papeles secundarios y que no menoscaben su dignidad, por ejemplo, convirtiéndolo en mero instrumento captatorio de la atención o de motivación para una compra compulsiva. En segundo lugar, aconsejan que el menor actúe con naturalidad en el papel que deba realizar, absteniéndose de desarrollar conductas o emitir juicios o valoraciones que no correspondan a su edad. Por último, aconsejan que, con su intervención, aporten valores positivos propios de su edad, fomentando de este modo conductas que favorezcan la armonía familiar y social¹⁵.

¹² *Informe sobre la sexualización de las niñas*, cit., p. 4. Añadía a continuación que «supone asimismo la imposición de una sexualidad adulta a las niñas, que no están ni emocional, ni psicológica, ni físicamente preparadas para ella en la fase de desarrollo en que se encuentran; [...] choca con el desarrollo biológico normal y saludable de la sexualidad determinado por el proceso individual de maduración que como tal se da en el momento adecuado en cada persona».

¹³ Advierte que «esto puede propiciar que los varones adultos tengan, respecto de las niñas, expectativas similares a las que tienen respecto de las mujeres adultas, lo que a su vez puede traducirse en la objetualización del cuerpo femenino, el refuerzo de los estereotipos sobre la mujer, y la incitación a tratar a las niñas como objetos del deseo masculino». *Informe sobre la sexualización de las niñas*, cit., pp. 9-10. Sobre estas prácticas publicitarias, *vid.* DÍAZ-BUSTAMANTE VENTISCA, M., LLOVET RODRÍGUEZ, C., PATIÑO ALVES, B., «Sexualización en la publicidad digital de marcas de moda infantil: iniciativas ciudadanas y mecanismos de denuncia», *Revista Mediterránea de Comunicación* 7, 2 (2016), pp. 195-210.

¹⁴ En el mismo sentido se han pronunciado los órganos del Consejo de Europa, en concreto a través de la Resolución 2119 (2016) sobre «La lucha contra la hipersexualización de los niños», adoptada por la Asamblea Parlamentaria el 21 de junio de 2016, y la Recomendación CM/Rec(2019)1 para la prevención y lucha contra el sexismo, adoptada por el Comité de Ministros el 27 de marzo de 2019.

¹⁵ «La presencia del menor en los mensajes publicitarios debe tener una justificación estratégica y no meramente táctica: bien por ser la infancia la destinataria del

No obstante, debemos entender que todos los sistemas (de regulación, corrección o autorregulación) prohíben la participación del menor como protagonista en la publicidad si ello puede suponerle un perjuicio mental, moral o físico, aunque acotar el alcance y contornos de esta exigencia es la mayor dificultad que encontramos en la actualidad. En la práctica, se ha venido concretando en cuatro deberes esenciales.

En primer lugar, la intervención del menor en la publicidad no puede suponer para ellos trato degradante, vejatorio o de menosprecio. Una de las campañas que mayor polémica suscitó en su momento fue la de Giorgio Armani con imágenes de dos niñas de unos ocho años, maquilladas y vestidas como adultas, para anunciar su colección de moda infantil, campaña que provocó una fuerte crítica social. El Jurado, sin embargo, consideró que la alarma respondía en gran medida a la sensibilidad social en ese momento contra la explotación sexual de menores en países asiáticos¹⁶. No obstante, la reacción social generalizada ponía de relieve claramente la inconveniencia de presentar a las menores en situaciones de interpretaciones ambiguas, y presentar a niñas de ocho años maquilladas como personas adultas para captar la atención, aunque no vulnerara la ley, suponía instrumentalizarlas¹⁷. Aún se producen supuestos de este tipo, el más reciente en noviembre de 2022 con la difusión de la campaña de Balenciaga para la promoción-primavera 2023 (colección Balenciaga *Objects*), que utilizaba imágenes de niñas de unos cinco años con peluches inspirados en el sadomasoquismo¹⁸.

producto, bien por ser la beneficiaria de éste en primer o segundo término. En el caso de utilizar la imagen de un niño en un anuncio dirigido al público adulto, sin ser el menor de edad beneficiario del producto, su representación evitará la cosificación del menor como mero vehículo de un deseo irracional de compra, así como su vinculación a características egocéntricas, y destacará cualidades propias de la infancia y de su dignidad como persona» MEDINA HEREDIA, A. M., MÉNDIZ NOGUERO, A., «La representación de la infancia en la publicidad: panorama por el marco deontológico español», *Pensar la Publicidad* 6, 1 (2012), pp. 231-253, p. 251.

¹⁶ Cfr. Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 9 de abril de 2007, Autocontrol (Defensor del Menor) y particulares vs. Giorgio Armani, SPA, FFDD 2.º y 3.º Por el contrario, razones similares llevaron a la británica Advertising Standards Authority (ASA), ese mismo año, a ordenar la retirada de tres fotografías del catálogo de ropa de la marca No Added Sugar por mostrar a las menores maquilladas y en posturas con connotaciones sensuales. Cfr. «ASA bans “offensive” No Added Sugar child images», en *MarketingWeek*, en edición online, de 8 de febrero de 2007.

¹⁷ En 2014 se produjo la reclamación de Facua contra el catálogo de Carrefour que, para promocionar prendas de baño con relleno («bikini niña con foam») para niñas de 9 a 14 años, utilizaba la imagen de una menor con un cocktail en la mano, contribuyendo a la presentación de la menor con una imagen erotizada impropia de su edad. Tras instar a Carrefour a retirar dicha imagen, procedió posteriormente a denunciarla ante los organismos de Consumo, el Instituto de la Mujer y la Defensora del Pueblo.

¹⁸ El revuelo en las redes contra la campaña provocó una retirada inmediata de la publicidad y la disculpa de la firma de moda. Vid. «Balenciaga, obligado a retirar “inmediatamente” su polémica campaña en la que mezcla niños con el sado y la pornografía infantil». Diario *El Mundo*, edición online, 23 de noviembre de 2022.

En segundo lugar, la intervención del menor no debe representar conductas antisociales. El menor puede ver en un adulto un ejemplo, un ídolo, un héroe, etc., pero a otro menor lo ve siempre como su igual, convirtiéndose en el mejor prescriptor y acentuándose la posibilidad de mimetismo. Por ello, «los valores vinculados a la representación de la infancia deberán ser de naturaleza positiva, contribuyendo a la creación de un discurso constructivo acerca de su imagen y su aportación a la sociedad [...] [debiendo] rechazarse toda utilización de la imagen del menor como excusa para representar actitudes adultas carentes de responsabilidad y de valores para el correcto desarrollo de la convivencia social»¹⁹. Uno de los anuncios más criticados por esta razón fue el de la «Plataforma pro Seleccions Esportives Catalanes» (Generalidad de Cataluña, 2006) con el que se reivindicaba la admisión de la selección catalana de fútbol en competiciones internacionales oficiales²⁰. El Consejo Audiovisual de Cataluña (CAC) se negó a instar su retirada, siendo la justicia ordinaria la que ordenara la suspensión de su emisión²¹ al advertir indicios de fomentar conductas discriminatorias que podrían causar daños irreparables. La decisión fue confirmada posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²².

También sería retirado poco después el anuncio de Mitsubishi en el que se representaba el secuestro de un perro por dos adolescentes que, para su liberación, exigían telefónicamente un rescate al dueño. Al comprobar los niños que éste era propietario de un vehículo de alta gama (objeto promocionado), elevaban la suma inicial solicitada. Si bien estaba realizado en un claro contexto humorístico, la participación de menores en un hecho delictivo hizo que la Subdirección General de Medios Audiovisuales ordenara su retirada a petición del Defensor del Menor²³.

En tercer lugar, la acción desarrollada por el menor en la publicidad no puede entrañar riesgo real y objetivo (no ficticio) para su inte-

¹⁹ MEDINA, A. M., y MÉNDIZ, A., «La representación de la infancia en la publicidad...», cit., p. 251.

²⁰ Un grupo de menores practicaba este deporte y uno de los chicos, con camiseta de la selección española, impedía jugar a otro que vestía la catalana, visualizando el veto de la Federación Española. Como reacción, los demás chicos mostraban su disconformidad despojándose de sus camisetas. Para un amplio sector social, el anuncio promovía actitudes de rechazo hacia chicos que portaran la camiseta de la selección española e implicaba a los menores en una disputa de adultos.

²¹ Autos del Juzgado de lo Contencioso Administrativo núm. 9 de Barcelona, de 5 de octubre y 10 de octubre de 2006, Rec. núm. 578/2006 (ECLI: ES: JCA:2006:6A). Una de las razones que fundamentaban la decisión venía constituida por el hecho de estar protagonizado exclusivamente por niños, lo que suponía una llamada de atención a los mismos como principal, aunque no exclusivo, público al que estaba dirigido con un mensaje discriminatorio (cfr. Fundamento Jurídico 2.º).

²² STSJCAT 620/2007, de 27 de junio, Sala de lo Contencioso, Sec. 3.ª (ECLI: ES: TSJCAT:2007:8938).

²³ Cfr. «Un spot de Remo para Mitsubishi fue censurado por el Gobierno español», en *Adlatina Magazine*, edición online, de 17 de octubre de 2008.

gridad física, moral o mental. En relación al peligro físico, siguiendo este criterio, el Jurado ha desestimado varias reclamaciones, unas veces por tratarse de pura ficción²⁴ y otras por no existir realmente riesgo²⁵. En relación al peligro para la integridad mental o moral del menor, sería ilícito cualquier anuncio en el que el menor desarrollara acciones objetivamente negativas para su integridad y desarrollo personal, acciones que le podrían generar traumas, complejos o, sencillamente, algún trastorno en relación a lo que debería ser un comportamiento natural y correcto de cualquier menor. Al no tratarse de riesgo físico, que es más objetivable o cuantificable, la línea entre lo adecuado y lo no adecuado resulta más difícil de acotar. Un ejemplo de ello se pudo apreciar con la reclamación contra el anuncio de la cuenta 1-2-3 del Banco Santander por conducta inapropiada para menores. Escenificaba diversas situaciones en las que los protagonistas contaban hasta tres antes de llevar a cabo una acción, como se hace con frecuencia en la vida normal. En una de ellas, dos menores contaban hasta tres antes de besarse en la boca fugazmente, considerado por el reclamante como un comportamiento inapropiado para «su edad, dando un mensaje banal a un comportamiento más propio de personas adultas»²⁶. Si bien el reclamante llevaba razón al considerar que la acción es propia de adultos, el Jurado estimó que el fugaz beso carecía de toda connotación sexual, por lo que descartó el riesgo de perjuicio moral²⁷. No obstante, es a este tipo de intervenciones al que se refiere el CESE en su Dictamen como las que deberían ser evitadas por no ser necesarias para promocionar productos de adultos (una cuenta bancaria).

²⁴ Cfr. Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 4 de enero de 2006, *Telespectadores Associats de Catalunya vs. Volkswagen Audi España, S. A., «Volkswagen Golf Niños»*. El anuncio de Volkswagen Golf estaba protagonizado por dos niños que, sentados en una escalera, cada uno simulaba conducir un coche imaginario e imitaban con la boca el sonido del motor. Uno de ellos, en su empeño por mantener el ruido del motor, aguantaba la respiración hasta tal extremo que su cara se tornaba completamente roja. La reclamante consideraba que se había puesto en peligro la integridad física del menor durante el desarrollo de la acción, pero los documentos aportados por la reclamada mostraban que se trataba de una ficción exagerada, sin que se produjera en la realidad ningún riesgo objetivo.

²⁵ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 17 de octubre de 2019, *Autocontrol (Oficio CNMC) vs. Abbott Laboratories S. A., «Pediasure. TV»*. En el anuncio un niño saltaba moderadamente sobre un sofá, sin que existiera una situación objetiva de peligro.

²⁶ Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 3 de julio de 2015, *Particular (CNMC) vs. Banco de Santander, S. A., «Cuenta 123»*, AH 3.º

²⁷ Entiende que representa «una escena común: la del primer beso inocente entre un niño y una niña (en edad preadolescente), un primer beso del que desde luego están ausentes cualesquiera connotaciones de índole sexual. [...] Lejos de reflejar una conducta que deba ser considerada objetivamente apta para producir un perjuicio moral a los menores, se limita a reflejar una situación inocente y común: la de dos preadolescentes que, por primera vez en su vida, y con la inocencia característica de su edad, deciden darse un beso absolutamente fugaz en la boca». Resolución «Cuenta 123», cit., FD 3.º

Por último, el menor no podrá promocionar actividades o productos inadecuados para su edad, no solo los prohibidos expresamente, como bebidas alcohólicas, apuestas o juegos de azar, sino toda actividad o producto no apto para menores, como videojuegos violentos, dietas, intervenciones quirúrgicas, etc. Un ejemplo de la escasa eficacia de las normas a la hora de evitar estos abusos lo tenemos en la desestimación de la reclamación contra un anuncio de Canal Plus protagonizado por niñas que, ante unas pantallas, daban órdenes (por ejemplo, «mueve el culo») a Ben Affleck, Paz Vega, etc., para promocionar sus series (entre ellas Juego de Tronos). El reclamante consideraba que no era adecuada la participación de las menores, pero el Jurado se limitó a afirmar que la publicidad no estaba dirigida a ellos²⁸. Y no le faltaba razón al Jurado, pues las series y contenidos eran para adultos y la publicidad estaba dirigida al consumidor adulto, pero ¿por qué no se pronunció el Jurado sobre la sinrazón de que fueran menores quienes protagonizaran una publicidad para adultos?

Aunque la prohibición alcanza a la promoción de estas actividades o productos por un menor como protagonista, algunos Códigos de Conducta la extienden a la simple aparición accesoria del menor, como establece la norma 7.2 del Código de Conducta sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego²⁹.

3. LA PUBLICIDAD DIRIGIDA A MENORES

Hasta cierta edad, el menor es incapaz de separar completamente realidad de fantasía, alimentada ésta en ocasiones por una publicidad que le presenta de forma atractiva un mundo idealizado que él anhela. A diferencia del adulto, capaz de captar las realidades más o menos complejas reflejadas en un mensaje publicitario, el menor puede interpretarlas de acuerdo con su mundo imaginario³⁰. Su menor madurez,

²⁸ «La publicidad reclamada no puede considerarse como específicamente dirigida a niños o adolescentes atendiendo tanto al producto promocionado, como al contenido del anuncio y a su horario de emisión». Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 15 de julio de 2014, Particular (CNMC) vs. DTS Distribuidora de Televisión Digital, S. A., «Canal Plus», FD 2.º

²⁹ La literalidad de esta norma hizo necesario el pronunciamiento del Jurado sobre el anuncio del 75.º aniversario de la ONCE en el que aparecían menores (invitados) de modo secundario transitando por la calle. A pesar de no interactuar con el producto, el tenor literal del Código prohíbe toda aparición. *Vid. Resoluciones de la Sección Tercera del Jurado, de 25 de noviembre de 2013, AUC vs. ONCE, «75 Aniversario» y AUC vs. Antena 3, «75 Aniversario».* Otros Códigos no son tan estrictos, por lo que el Jurado declaró lícito el papel secundario de un menor en un anuncio de cava en el que tan solo aparecía en escenas familiares desconectadas de la bebida. *Vid. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 15 de enero de 2020, Particular vs. Codorníu, «Cava Codorníu Navidad 2019 Menores. TV».*

³⁰ Sobre la publicidad dirigida a menores, *vid. TUR VIÑES, V., RAMOS SOLER, I., Marketing y niños.* ESIC Editorial, Madrid, 2008; Fuente Cobo, C. (coord.), *Infancia*

según la edad, le impide asimilar y comprender de forma correcta lo que oye o ve, con el riesgo añadido de que «por su especial psicología en los primeros años acepta como cierto todos los mensajes independientemente de su origen, contenido o intencionalidad, situándose ante una indefensión natural»³¹. Además del riesgo de que asuman la totalidad del mensaje publicitario como veraz –incluidas las exageraciones o fantasías–, a determinadas edades les resulta difícil incluso percibir el carácter publicitario (hasta los 5 años) o su carácter persuasivo (hasta los 8 años³²).

Por otra parte, el menor carece de capacidad para calibrar en su justa medida los valores reflejados en las escenas o mensajes, pudiendo llegar a percibir, por ejemplo, la agresividad como medio válido para conseguir un objetivo, sin atender a mayores reflexiones. Por ello, mientras que en la publicidad dirigida al adulto es perfectamente admisible el mensaje en un contexto neutro de valores, en la dirigida al menor no se puede situar en un mismo plano para que él decida entre solidaridad e insolidaridad, entre obediencia y desobediencia a los padres, entre respeto y trato discriminatorio, entre educación y grosería, etc³³.

Resulta necesario considerar también el riesgo de la identificación de los menores con los protagonistas y de su implicación en las escenas hasta el extremo de vivenciarlas en ocasiones como si fueran reales. Mientras que el adulto puede controlar emociones y sentimientos, el menor carece aún de la madurez para ser consciente de los efectos adversos del visionado de escenas violentas, eróticas, de temor, de

y televisión. *Políticas de protección de los menores ante los contenidos audiovisuales*. Ed. Fragua, Madrid, 2009; MEGÍAS QUIRÓS, J. J., y CABRERA CARO, L., *Ética y Derecho en la Publicidad*. Comares, Granada, 2013, pp. 105-123.

³¹ ORTIZ TARDIO, J., «El niño, los medios y la publicidad», *Vox Paediatrica* 16 (2008/1), pp. 39-43, p. 39. Un mensaje en clave de humor y perfectamente comprensible para el adulto, podría ser asimilado por el menor de modo muy diferente, llevándole a reproducir situaciones aparentemente divertidas –según su percepción– que podrían ponerle en peligro u originar daños a personas o bienes sociales sin consciencia de ello. Simplemente se limitaría a reproducir la acción atractiva, sin capacidad de valorar el contexto humorístico o ficticio que condiciona el significado del mensaje.

³² *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., nn. 4.1 y 4.2, p. 7. No hace más que poner de relieve algo que los expertos ya han denunciado en reiteradas ocasiones. SORIA, C., *El laberinto informativo: una salida ética*. Eunsa, Pamplona, 1997, p. 163. ORTIZ TARDIO critica el interés del vendedor por «incorporar cuanto antes a los niños a la actual sociedad de consumo, creándoles hábitos de consumo que puedan ser mantenidos en el futuro». *Op. cit.*, p. 39.

³³ «La incidencia que se puede tener desde la educación en la promoción de valores como por ejemplo la solidaridad, la igualdad o la justicia es muy pobre ante el espectacular impacto de los centenares de mensajes publicitarios que desde todos los rincones reciben cotidianamente las niñas, los niños y las y los jóvenes incitiéndoles a asumir actitudes egocéntricas e individualistas que valoran más el hecho de tener y poseer que el de ser persona y realizarse como ser humano integrado a una colectividad». VIDAL VANACLOCHA, P., NUÑO ANGOS, T., *Estudio sobre la percepción del sexismo en la publicidad entre alumnado adolescente de la Comunidad Autónoma de Euskadi (CAE)*. Emakunde-Instituto Vasco de la Mujer, Vitoria-Gasteiz, 2014, p. 18.

frustración o de inmediatez, idóneas para desencadenar en él reacciones desproporcionadas u originarles estados patológicos de agresividad, miedo, rechazo, ansiedad, etc.

Ninguno de estos riesgos desaparece al llegar a la adolescencia, etapa en la que el menor se convierte en un «consumidor» manipulable muy atractivo para los anunciantes, que aprovechan su deseo natural de destacar socialmente, de llegar a ser alguien diferente y admirado por su entorno, para presentarles sus productos o servicios como la clave para alcanzar algo que puede estar solo en su mente³⁴.

Entre las prácticas que precisan un control exigente, según el ya citado Dictamen del CESE, encontramos las que incitan al consumo excesivo, las que generan necesidades ficticias –fruto de una falsa idea de felicidad– y las que presentan los productos como factor de inclusión social. Se hace eco del riesgo cada vez mayor del *bullying* de marca en el entorno escolar³⁵, recomendando que las marcas no presenten sus productos a los menores como imprescindibles para su aceptación en el entorno social o evitar ser excluidos.

Advertía también el CESE sobre los riesgos tanto de incitar al menor al consumo de alimentos nocivos para la salud, como de presentar modelos de cuerpos idealizados que terminan por generar trastornos alimentarios, como la anorexia o la bulimia: «la incidencia en jóvenes, por lo general del sexo femenino, de un patrón corporal delgado acentúa un ideal de belleza que incita a comportamientos alimentarios que pueden poner en peligro la vida»³⁶. De ahí que recomendara modificar la regulación para prohibir o limitar de forma más severa esta publicidad y exigiera mayor responsabilidad a los profe-

³⁴ «La publicidad se convierte en una herramienta al servicio del sistema y de la ideología dominante pues mediante la propagación de una hiperrealidad concebida a partir de imágenes idílicas existenciales introduce en la mente de la juventud un determinado código de interpretación [...]. Muchos de los problemas detectados en la adolescencia provienen de la errónea proyección que realizan sobre sí, es decir, sobre su físico, sobre su apariencia, sobre su estilo de vida, sobre su familia, etc. [...] [La publicidad] se convierte en el aceite que mueve el engranaje del consumo, un aceite, agradable y perfumado que persuade y motiva a muchas y muchos y que causa estragos sociales cuando por medio de ella se pretende interpretar la realidad». VIDAL VANACLOCHA, P., NUÑO ANGOS, T., cit., p. 33.

³⁵ *Bullying* «que afecta gravemente a niños que no usan esas marcas, pudiendo generar comportamientos desviados o situaciones de gran infelicidad personal, empujándolos a veces a contextos de exclusión, violencia o sufrimiento y que pueden ser causantes de que caigan en la delincuencia, por la vía del hurto o del robo». *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., n. 4.8, p. 8.

³⁶ *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., n. 4.11, p. 8. También la Resolución del Parlamento Europeo, de 17 de abril de 2018, sobre igualdad de género en los medios de comunicación en la Unión (2017/2210(INI)), n. 21, «manifiesta su preocupación sobre ciertas comunicaciones audiovisuales comerciales que causan un perjuicio moral o físico a los niños y los jóvenes; insta a las partes interesadas pertinentes y a las autoridades a abordar la cuestión de la publicidad que promueve indirectamente trastornos alimentarios como la anorexia a que adopten medidas que protejan a personas especialmente vulnerable, como las niñas y jóvenes, de este tipo de contenidos».

sionales de la publicidad. También preocupaba al CESE el recurso a contenidos violentos, tanto si la violencia es presentada para captar la atención como si lo es para generar complicidad. Su utilización irresponsable podría originar situaciones de ansiedad, miedo, trastorno del sueño o hiperactividad en los menores y, presentada de un modo atractivo o justificado, podría incitar a comportamientos agresivos u hostiles en el entorno familiar, escolar y social³⁷.

La nueva LGCA de 2022 recoge en su artículo 124.1 de forma más completa que en 2010 las prohibiciones que recaen sobre la publicidad dirigida a menores, entre ellas: a) aprovechar la inexperiencia o credulidad del menor para incitarle directamente a la compra o arrendamiento de productos o servicios; b) animarles a que persuadan a sus padres o terceros para que compren los bienes o servicios publicitados; c) explotar la especial relación de confianza del menor en sus padres, profesores u otras personas o personajes preferidos; d) mostrar, sin motivos justificados, al menor en situaciones peligrosas; e) incitar conductas discriminatorias entre hombres y mujeres; f) incitar a conductas violentas sobre otros menores o hacia sí mismos, o fomentar estereotipos discriminatorios; y g) promover el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen con anuncios de productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, apelando al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética. El artículo 124.2 prohíbe que la publicidad de productos propios de menores pueda inducirles a error sobre sus características (tamaño, movimiento, etc.), sobre su seguridad o sobre las aptitudes necesarias para utilizarlos sin producirse daño a sí mismos o a terceros, descartando cualquier reproducción de estereotipos sexistas. A estas restricciones se añade la prohibición, «en todo caso», de dirigir publicidad al menor de bebidas alcohólicas incluso con un nivel inferior a veinte grados³⁸.

El sistema de autorregulación publicitaria difiere poco de lo establecido por la ley, aunque la diversidad de Códigos permite incidir en matices según el sector (juguetes, alimentación, etc.). El CCPA reforzó la protección del menor en 2019 introduciendo obligaciones hasta

³⁷ Cfr. *Un marco para la publicidad dirigida a los niños y jóvenes*, cit., nn. 5.1 y 5.2, p. 9. El Parlamento Europeo ya había advertido de todos estos riesgos, considerando al menor como grupo «especialmente vulnerable» y advirtiendo a los publicistas del riesgo de conducirlos por mimetismo a «comportamientos inadecuados, violencia, tensiones, decepción, ansiedad, adicciones nocivas (consumo de tabaco o drogas), trastornos alimenticios, como la anorexia y la bulimia, y perturbación del equilibrio psíquico». Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de diciembre de 2010, sobre los efectos de la publicidad en el comportamiento de los consumidores (2010/2052(INI)), n. 31.

³⁸ Es de destacar que la nueva LGCA ha introducido, mediante su Disposición Final primera otra modificación de la LGP en relación a las bebidas alcohólicas. Ahora el artículo 5.5 LGP solo permite la publicidad de bebidas con un nivel superior a 20 grados entre la 1:00 y las 5:00, mientras que las que tengan un nivel igual o inferior a 20 grados deberá respetar las restricciones establecidas por ley.

entonces solo contempladas por la ley. En este sentido, además de la norma 31 que protege al menor frente al tratamiento de sus datos personales con fines publicitarios³⁹, en la norma 9 se introdujo un segundo párrafo para establecer que la publicidad dirigida a menores no deberá «contener ninguna representación visual o descripción de prácticas potencialmente peligrosas o situaciones que muestren menosprecio por la seguridad», restricción que venía siendo controlada por el Jurado mediante la aplicación de la norma 2, puesto que tales representaciones o prácticas estaban ya prohibidas por la ley. En esta misma línea, también se introdujeron modificaciones en las normas 28 y 29, en las que ahora se especifica que afecta a la publicidad dirigida tanto a los niños como a los adolescentes, aunque no aclare qué debe entenderse por niño y por adolescente.

La norma 28 establece que la publicidad dirigida «a niños y/o adolescentes» deberá «ser extremadamente cuidadosa» y concreta las siguientes exigencias:

a) «No deberá explotar la ingenuidad, inmadurez, inexperiencia o credulidad natural». Aunque en este terreno se ha avanzado en la protección del menor a través de los códigos de conducta sectoriales, en especial el que regula el sector juguetero⁴⁰, aún queda camino por recorrer. Así se apreció, por ejemplo, en las reticencias del Jurado al juzgar la publicidad de plátanos de Canarias, con diseño atractivo para los menores y en la que un Rey Mago los animaba a depositar tres plátanos en el árbol de Navidad. Para el reclamante se aprovechaba la ingenuidad e inmadurez de los niños, incluyendo una exhortación directa al público infantil para que convencieran a sus padres o adultos de la compra del producto⁴¹. El Jurado desestimó la reclamación porque la publicidad no parecía dirigida a menores y por no haberse aportado información sobre la hora de emisión⁴², laguna que podría haberse solucionado solicitando dicha información al medio de comunicación, como ha hecho en otras ocasiones.

³⁹ Es una protección que también se ha reforzado por la LGCA tras su modificación de 2022. Tanto el artículo 90, que regula las redes sociales y plataformas de intercambio de vídeos, como el artículo 95, que regula los servicios de televisión, prohíben el tratamiento de los datos de menores con fines comerciales, la elaboración de perfiles y la publicidad personalizada basada en el comportamiento.

⁴⁰ Código de Autorregulación de la Publicidad Infantil de Juguetes (CAPIJ), modificado en 2022.

⁴¹ Cfr. Resolución de la Sección Tercera del Jurado, de 28 de abril de 2015, Particular vs. Asociación de Organizaciones de Productores de Plátano de Canarias, «Plátano Canarias Reyes Magos», AH 3.º

⁴² «Como el Jurado tampoco puede acceder a dicha información, no existe en el expediente elemento alguno del que se pueda deducir la difusión del anuncio objeto de la reclamación dentro de bloques de programación infantil. En consecuencia, no existen en el expediente los elementos de juicio suficientes para afirmar que en el caso que nos ocupa nos encontremos ante publicidad que [...] se dirige a menores». Resolución «Plátano Canarias Reyes Magos», cit., FD 5.º

b) «No deberán contener declaraciones o presentaciones visuales que puedan producirles perjuicio mental, moral o físico»⁴³. Su fin es evitar declaraciones o presentaciones (soeces, violentas, eróticas, de temor, etc.) que claramente perjudican la integridad del menor. También en este terreno se han suscitado frecuentes disparidades de criterios normalmente entre padres (que tratan de proteger a sus hijos de lo que entienden inadecuado para ellos) y las decisiones del Jurado. Así se apreció, por ejemplo, al juzgarse la reacción soez de Benito Chulito (personaje de animación) de Cuétara que, disputando una caja de Choco Flakes al gato que se negaba a entregarla, exclamaba: «Pero si el Bigotitos se pone chulo... ¡Pues para chulo, mi culo!» Acto seguido, se da la vuelta y frente al gato, emite una ventosidad, lo que provoca que el animal caiga fulminado por el olor»⁴⁴. Evidentemente, la escena no va a originar un perjuicio moral a los menores, como afirma el Jurado, pero representa un comportamiento soez y atractivo para los menores, que puede ser reproducido con naturalidad en cualquier momento familiar, escolar o social como una broma aceptada⁴⁵.

c) «Los productos de venta ilegal para niños y/o adolescentes o inadecuados o nocivos para los mismos, no deben ser publicitados en medios dirigidos a ellos». Ya sean medios escritos o audiovisuales, no pueden contener publicidad de productos o servicios cuyo uso o consumo les esté prohibido por ley o resulten nocivos para ellos. El Jurado ha interpretado que cabe extender esta prohibición a aquellos «medios, soportes, franjas o espacios con una presencia significativa de público menor»⁴⁶, razón por la que consideró ilícitas dos publicidades de juegos de azar difundidas a través de Internet⁴⁷. En esta línea, habría que extre-

⁴³ Como ya hemos advertido, el Jurado exige que el riesgo de perjuicio sea manifiesto y objetivo. *Vid.* Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 17 de enero de 2013, Particular (Dirección General de Consumo de Madrid) vs. Parque de Atracciones Madrid, S. A. U., «Parque de Atracciones Halloween». También admite estas presentaciones cuando son moderadas y tienen un fin educativo. *Vid.* Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 11 de abril de 2019, Particular (CNMC) vs. Asociación Greenpeace España «Greenpeace. TV».

⁴⁴ Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 6 de noviembre de 2014, Particular (CNMC) vs. Nutrexp, S. L., «Cuétara Choco Flakes», AH 2.º

⁴⁵ Para el Jurado «con independencia de otro tipo de valoraciones acerca del mayor o menor acierto en la elección de la configuración y lenguaje del anuncio, esta Sección no encuentra en el mismo suficientes elementos de entidad que permitan afirmar que el anuncio puede llegar a producir un perjuicio moral para los menores destinatarios de la publicidad en el sentido prohibido por la norma 28 del Código de Autocontrol». Resolución «Cuétara Choco Flakes», cit., FD 3.º

⁴⁶ Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 4 de marzo de 2015, Istituto dell' Autodisciplina Pubblicitaria (IAP) vs. Akamon Entertainment Millenium, S. L., «Akamon MundiGiochi», FD 3.º

⁴⁷ Si bien las reclamadas alegaron que la publicidad estaba dirigida a los adultos, la presentación con imágenes de jugadores de aspecto juvenil, dibujos, muñecos, diversas representaciones de juegos propios de menores, etc., sirvieron al Jurado para estimar que estaba dirigida tanto a adultos como a menores, a quienes podía resultar muy atractiva, y que el medio de difusión era completamente accesible a los menores.

mar el cuidado de la publicidad en televisión, medio generalista, en las franjas horarias que tienen un público infantil mayoritario porque la programación está adaptada especialmente para ellos.

d) «Las comunicaciones comerciales dirigidas a niños y/o adolescentes, no deben estar incluidas en medios en donde el contenido editorial no es adecuado para ellos». Se trata de una restricción que complementa la anterior con el fin de evitar el riesgo de que una publicidad atractiva para el menor le lleve por derivación a otros contenidos inadecuados que puedan suponer un riesgo para su integridad.

e) «Se tendrá especial cuidado para asegurar que las comunicaciones comerciales no engañen o induzcan a error a los niños en lo que se refiere al tamaño real, valor, naturaleza, durabilidad y rendimiento del producto anunciado [...]». Constituye una exigencia reforzada en relación a la veracidad de la publicidad, dada la natural credulidad del menor. Ni los mensajes ni las imágenes deberán inducir al menor a hacerse una idea distinta sobre las características del producto promocionado y sobre lo que en realidad le ofrece.

f) «Las comunicaciones comerciales no deben sobrestimar el nivel de habilidad o el límite de edad de los niños para poder disfrutar o utilizar los productos». Para evitar equívocos sobre la edad idónea, se recomienda incluir en la publicidad una simbología que indique la edad apropiada para el uso o consumo del producto, por ejemplo, «+7», «a partir de 7 años» o alegaciones similares perfectamente inteligibles no solo para los padres, sino también para los propios menores de esa edad.

Al margen de las exigencias expuestas, que suponen una mejora de la norma 28 CCPA tras la modificación de 2019, se ha obviado, sin embargo, la inclusión de una de las exigencias más elementales contemplada por la ley, la que prohíbe instar a los menores, directa o indirectamente, a pedir a sus padres el producto promocionado. Esta laguna obliga al Jurado a recurrir a la norma 2 CCPA para declarar ilícito el anuncio que utilice esta estrategia por ser contraria a la legalidad. En cuanto a la concreción de esta conducta ilícita, el Jurado estima que solo se produce cuando se incluye en la publicidad una clara incitación, ya sea directa, como «pídeselo a tus padres» o similar, o indirecta, como «mostrar en la publicidad a niños persuadiendo a sus padres para la compra de un producto o servicio»⁴⁸.

Por su parte, la norma 29 CCPA establece que no se podrá incitar, «en especial a los niños y/o adolescentes, a la adquisición de pautas o

Vid. Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 14 de enero de 2016, Particular vs. Akamon Entertainment Millenium, S. L., «Funny Creatures».

⁴⁸ Resolución del Pleno del Jurado, de 14 de septiembre de 2016, Recurso de alzada de la AUC VS. Resolución de la Sección Cuarta 28 de julio de 2016 (Asunto: «Radio»), FD 2.º *Vid.* también la resolución previa, Resolución de la Sección Cuarta del Jurado, de 28 de julio de 2016, AUC vs. El Corte Inglés, S. A. «Radio», en la que el Jurado afirma que manifestar la preferencia de un niño no es equiparable a instar a los padres.

comportamientos que puedan resultar nocivas para la salud». Abarca todo tipo de pautas que puedan poner en riesgo la salud, como determinadas prácticas deportivas, alimentarias, estéticas, etc.⁴⁹. Para evitar los riesgos de trastornos alimentarios, se aprobó el *Código de corrección de la publicidad de alimentos y bebidas dirigida a menores, prevención de la Obesidad y Salud* (Código PAOS). Protegía únicamente al menor de 12 años, pero fue modificado en 2012 para ampliar la protección hasta los 15 años si el medio de difusión es Internet⁵⁰. La mayor parte de las reclamaciones presentadas hasta el momento han sido desestimadas por tratarse de publicidad dirigida a los adultos⁵¹, aunque se ha declarado ilícita la dirigida a menores por intercalar imágenes reales con otras extraídas de películas o programas infantiles que podían generar confusión en los menores, o por suscitarles confianza a través de prescriptores (deportistas, personajes de películas o programas, etc.) sin relación directa con el producto promocionado⁵², o por incluir alegaciones de recomendación del producto no permitidas⁵³.

4. LA ACCESIBILIDAD DEL MENOR A LA PUBLICIDAD DE ADULTOS INADECUADA

El mayor problema respecto a la publicidad de adultos inadecuada es la facilidad con la que los menores pueden acceder a ella. En ocasio-

⁴⁹ Coincide con el último párrafo del artículo 124.1.g) LGCA, que prohíbe «promover el culto al cuerpo y el rechazo a la autoimagen mediante comunicaciones comerciales audiovisuales de productos adelgazantes, intervenciones quirúrgicas o tratamientos de estética, que apelen al rechazo social por la condición física, o al éxito debido a factores de peso o estética».

⁵⁰ Ha sido criticado porque debería haber ampliado la protección hasta los 15 años en general (en todo tipo de medios), pero se limitó a recoger lo ya establecido por la Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición (BOE núm. 160, de 6 de julio de 2011), que protege únicamente hasta los 15 años en relación a la publicidad accesible a través de Internet.

⁵¹ *Vid.*, por ejemplo, Resolución de la Sección Cuarta del Jurado, de 26 de enero de 2006, AUC vs. Ferrero Ibérica S. A., «Kinder», Resolución de Sección Segunda del Jurado, de 25 de septiembre de 2008, Particular (J. Extremadura) vs. Vodafone España, S. A., «Perder de vista tu viejo móvil».

⁵² *Vid.* Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 12 de septiembre de 2006, AUC vs. Pescanova, «Pesquitos Pescanova»; Resoluciones de la Sección Primera del Jurado, de 27 de abril de 2006, y del Pleno, de 29 de mayo, AUC vs. Danone, «Natillas Danet»; Resoluciones de la Sección Primera del Jurado de la Publicidad, de 27 de septiembre de 2007, y del Pleno, de 17 de octubre, AUC vs. Burger King España, S. A., «Los Simpson», etc.

⁵³ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 12 de enero de 2017, Comisión Seguimiento PAOS vs. Schweppes, S. A. «Sunny Delight Web». Declaró ilícita la publicidad de Sunny Delight a través de la web por incluir la alegación «Recomendado por pediatras de la SEPEAP», admitiendo la ley únicamente el aval o recomendación de instituciones, no de profesionales individuales. Hubiera sido lícita la alegación «Recomendado por la SEPEAP».

nes resulta inevitable porque son ellos los que sortean las restricciones de acceso⁵⁴, pero el problema real y grave es el que origina la inserción intencionada de publicidad inadecuada para menores en espacios o medios a los que acceden con facilidad.

En relación a la publicidad televisiva, en 2004 se aprobó el *Código de Autorregulación sobre contenidos televisivos e infancia* (Código de contenidos televisivos). Prohibía la emisión de contenidos de riesgo para el menor en determinadas franjas horarias. Su incumplimiento fue frecuente en gran medida por la falta de compromiso de sus órganos de control (Comisión Mixta de Seguimiento y Comité de Autorregulación), cuya composición contaba con suficientes representantes de las cadenas televisivas como para dificultar un verdadero control⁵⁵. En 2013 se atribuyó el control de contenidos a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC⁵⁶) y en 2015 se modificó el Código para concretar los contenidos que debían ser controlados (sexo, violencia, discriminación, miedo o angustia, drogas y sustancias tóxicas, conductas imitables y lenguaje), los criterios para valorarlos y las franjas horarias de protección general y reforzada de menores⁵⁷.

El Código de contenidos televisivos distingue entre público infantil (hasta 12 años) y juvenil o adolescente (de 13 a 18 años), estableciendo dos franjas horarias de protección. La franja de protección general se extiende desde las 06:00 hasta las 22:00 horas y protege a todos los menores hasta los 18 años, pero dentro de ella contempla la franja de protección reforzada para menores hasta los 12 años, que restringe aún más los contenidos entre las 08:00-09:00 y 17:00-20:00 horas de los días laborables, y entre las 09:00-12:00 de sábados,

⁵⁴ *Vid.*, por ejemplo, Resolución de la Sección Tercera del Jurado, de 7 de noviembre de 2013, Particular vs. Ikea Ibérica, S. A., «La fiesta de la cerveza».

⁵⁵ *Vid.* PERALES, A., *El Código de Autorregulación de Contenidos Televisivos e Infancia. Análisis de un modelo fallido*. Documento de la Asociación de Usuarios de la Comunicación, Madrid, 2012, pp. 18-24.

⁵⁶ Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013). En su actual artículo 9.10 (modificado en 2022) se establece que corresponde a la CNMC «supervisar y controlar el cumplimiento de las obligaciones de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual televisivo de ámbito estatal, de conformidad con el título VI de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual». En concreto, la autoridad competente es la Sala de Supervisión Regulatoria.

⁵⁷ La modificación del Código fue aprobada por la CNMC mediante la Resolución, de 23 de junio de 2015, Verificación/DTSA/001/15/Verificación Código Autorregulación. Los criterios para la valoración de contenidos quedaron recogidos en la Resolución, de 9 de julio de 2015 de la Sala de Supervisión Regulatoria, por la que se aprueban los criterios orientadores para la calificación de contenidos audiovisuales (CRITERIOS/DTSA/001/15). Ese último año, la CNMC firmó un acuerdo por el que se encomendaban a Autocontrol las reclamaciones que se presentaran contra las comunicaciones comerciales. *Vid. Acuerdo para el fomento de la corregulación sobre comunicaciones comerciales en televisión entre la CNMC y Autocontrol*, de 30 de junio de 2015. Renovado en 2021.

domingos y días festivos⁵⁸. Esta estructuración de las franjas de protección ha sido muy criticada por dos razones. La primera, porque los horarios de protección reforzada para los menores de 12 años son «in-su-fi-cien-tes», siendo natural y frecuente la presencia mayoritaria de público infantil en otros momentos del día, sobre todo durante el almuerzo (entre las 14:00-15:00 horas) y la cena (que suele prolongarse hasta las 21:00), en los que los padres recurren a la televisión como medio de entretenimiento. Esta presencia es conocida por los anunciantes, que con frecuencia incluyen programas infantiles y contratan para esas horas la difusión de anuncios de juguetes u otros productos infantiles dirigidos a menores de esa edad. Este problema es aún mayor en los periodos vacacionales y veraniegos, en los que los menores pasan más tiempo y hasta más tarde ante la televisión, aumentando las cadenas su programación de espacios infantiles en las horas de sobremesa, tanto al mediodía como por la noche.

La segunda crítica está referida a la protección no reforzada, la establecida para menores entre los 13 y 18 años. Es evidente que la madurez de un adolescente es muy variable en ese arco de edad, por lo que se recomendó establecer una división que distinguiera al menos entre menores de 13 a 16 y de 17 a 18 años. Pero se prefirió optar por una sola franja común y aprobar una Guía de calificación de contenidos según la edad⁵⁹, que a la postre solo sirve para obligar a las TV a que indiquen si un programa televisivo concreto (no la publicidad) es apto para mayores de 7, 12, 16 o 18 años, y que sean los padres (si están presentes) quienes decidan si permiten o no a sus hijos su visionado⁶⁰. Aunque el Jurado aplica desde 2015 dicha Guía para valorar los contenidos publicitarios, la eficacia de sus decisiones es muy limitada, pues, aunque determine que un anuncio no es apto para menores de 16 años, podrá seguir siendo difundido en la franja de protección general y, por lo tanto, accesible a menores de entre 13 y 16 años.

Es en esta franja de protección general o relativa en la que se emiten anuncios frecuentemente reclamados por contenidos inadecuados para las edades contempladas. La mayor parte de las reclamaciones se han presentado por anunciar productos Durex para relaciones sexuales (preservativos, geles, lubricantes, etc.), desestimadas de forma sistemática por el Jurado al considerar que su contenido no es inadecuado

⁵⁸ Las franjas coincidían con lo establecido en el artículo 7.2 de la antigua LGCA-2010.

⁵⁹ El propio sistema de Autorregulación sobre Contenidos Televisivos e Infancia cuenta, a su vez, con un Sistema de Calificación por Edades de Productos Audiovisuales, estableciendo calificaciones de los contenidos violentos, eróticos, etc., para mayores 7 años, de 12 años, de 16 años y mayores de 18 años, según haya una presencia fugaz o relevante, ficticia o realista, explícita o figurada, etc. Están pensadas para los contenidos de los programas, pero los criterios serían válidos también para juzgar la publicidad.

⁶⁰ La LGCA de 2022 mantiene las mismas obligaciones en los artículos 97 y 98, sin mejora alguna.

para mayores de 13 años cuando se presentan de forma inocua y divertida⁶¹. Las escenas de estos anuncios, que el Jurado admite en horario protegido, son, según su propia descripción, parejas que se besan apasionadamente, se desnudan y se tumban en el suelo o en la cama en actitud erótica⁶². También ha venido aceptando en la franja de protección general la publicidad de productos o servicios para adultos que requieren cierta madurez para comprender sus implicaciones, como anuncios de webs de contactos⁶³, con contenidos provocativos de carácter sexual para captar la atención⁶⁴, con escenas soeces o groseras (anuncio de Danio en el que un personaje de ficción se pasaba la corbata por sus genitales, o el de Cuétara, en el que otro personaje de ficción era agarrado por sus genitales por un muñeco⁶⁵), por la utilización de lenguaje grosero (avances de las películas «Infiltrados en la Universidad» y «De repente tú»⁶⁶), por promocionar apuestas y juegos de azar (anuncios de «premier bingo» y «bet 365»⁶⁷), por generar

⁶¹ La Sección Sexta del Jurado, en Resolución de 4 de diciembre de 2007, había declarado ilícita la publicidad de preservativos en horario protegido. Antena 3 recurrió y el Pleno consideró que, mientras no hubiera sexo explícito, debía ser considerada lícita; *vid.* Resolución del Pleno del Jurado de 15 de enero de 2008, AUC vs. Antena 3 de Televisión, «Durex».

⁶² *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 10 de abril de 2014, Particulares (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, S. L. «Durex», Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 21 de mayo de 2014, Particulares (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, S. L. «Durex», Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 6 de noviembre de 2014, Particular (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, SL, «Lubricantes y preservativos Durex», Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 6 de noviembre de 2014, Particular (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, SL, «Preservativos Durex», Resolución, de la Sección Sexta del Jurado, de 6 de noviembre de 2014, Particular (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, SL, «Lubricantes Durex», Resolución de la Sección Primera del Jurado, 22 de septiembre de 2016, Particular (CNMC) vs. Reckitt Benckiser España, S. L. «Durex Invisible», etc.

⁶³ Publicidad realizada por la web de contactos Meetic, exclusiva para adultos, que el Jurado autoriza a su emisión en horario restringido. *Vid.* Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 7 de septiembre de 2010, Revisión Copy Advice «Meetic Affinity». *Vid.* también Resolución de la Sección Primera del Jurado, de 22 de septiembre de 2016, Particular (CNMC) vs Meetic España, S. L. «Meetic», estimada por ser emitida en horario de protección reforzada siendo calificada como no aptas para menores de 16 años.

⁶⁴ *Vid.* Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 29 de abril de 2013, Particular vs. Abasic, S. L. U., «Sexy, Fun & Love».

⁶⁵ Resolución de la Sección Primera del Jurado, de 25 de junio de 2014, Particular (CNMC) vs Danone, S. A. («Danio»). *Vid.* Resolución de la Sección Cuarta del Jurado, de 9 de febrero de 2017, Particulares (2) vs. Adam Foods Cuétara 1591, S. L. U. «Choco Flakes. TV». No aplicó la norma 28, ni tampoco la norma 8 CCPA que prohíbe la publicidad soez

⁶⁶ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 6 de noviembre de 2014, Particular (CNMC) vs. Sony Pictures Releasing de España, S. A. «Infiltrados en la Universidad», y Dictamen de la Sección Sexta del Jurado, de 2 de octubre de 2015, Particular vs. Universal Pictures International Spain, S. L., «Y de repente tú».

⁶⁷ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 10 de abril de 2014 Particulares (CNMC) vs. Première Megaplex, S. A. U., «Premier Bingo», Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 25 de octubre de 2018, Particulares (CNMC) vs. Hillside

temor en los menores (anuncio de carburante con escenas de zombis⁶⁸) y por anunciar productos de adelgazamiento destinados a consumo exclusivo de adultos⁶⁹. Salvo raras excepciones⁷⁰, la mayor parte de las reclamaciones fueron desestimadas por el Jurado, y el problema radica en que, siguiendo los criterios formales de las franjas horarias establecidas por los códigos, el Jurado trata por igual a todos los menores de entre 13 y 18 años, siendo la realidad que existe un abismo en la madurez de unos y otros.

La nueva LGCA de 2022, si bien ha reforzado la obligación de adoptar medidas protectoras (según la modalidad de emisión televisiva) como la inclusión de símbolos que indiquen la edad, establecer control de acceso o parental, evitar escenas de violencia gratuita o pornografía, evitar publicidad relacionada con el esoterismo o paraciencias, los juegos de azar y apuestas, etc. (art. 99), también ha complicado la protección eficaz con la supresión de las franjas horarias que contemplaba la anterior. La LGCA de 2022 contiene únicamente, en referencia a los «contenidos perjudiciales para el desarrollo físico, mental o moral de los menores», una única franja de protección general frente a los programas cuya calificación sea «“No recomendada para menores de dieciocho años” [que] solo podrán emitirse entre las 22:00 y las 6:00 horas» (art. 99.2.c). Así, para la Sala de Supervisión Regulatoria de CNMC la única franja vigente es la de protección general de 06:00 a 22:00 frente a la publicidad no apta para menores de 18 años, entendiéndose que, en tanto no se desarrolle reglamentariamente el modo de proteger a los menores (desarrollo reglamentario del art. 124 LGCA), la única franja de protección existente es la señalada, debiéndose juzgar la licitud de la publicidad según la edad a la que esté dirigida la programación televisiva.

España Leisure, S. A. «Bet 365 TV II» y Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 25 de octubre de 2018, Particular (CNMC) vs. Hillside España Leisure, S. A. «Bet 365 TV II».

⁶⁸ *Vid.* Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 15 de noviembre de 2018, Particular vs. DISA Corporación Petrolífera, S. A. «DISA. TV». No dudó, sin embargo, en estimar la reclamación contra una publicidad de Vodafone, difundida en horario restringido y durante la retransmisión de la película Tadeo Jones, en la que también aparecían zombis. *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado de 2 de octubre de 2015, Particular vs. Vodafone España, S. A. U., «Vodafone One Spot Qué sabe nadie» y Resolución del Pleno del Jurado de 5 de noviembre de 2015, Vodafone España, S. A. U., vs. Resolución de la Sección Sexta del Jurado, «Vodafone One Spot Qué sabe nadie».

⁶⁹ *Vid.* Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 20 de junio de 2019, Particulares (3) (CNMC) vs. Perrigo España, S. A., «XLS Medical. TV». Emitido en horario de protección reforzada, el Jurado se limita a decir que no contraviene la norma 2 CCPA porque advierte (en letra impresa bajo las imágenes) que es un producto para mayores de 18 años y que debe combinarse con dieta y ejercicio físico.

⁷⁰ Por ejemplo, la acertada resolución sobre el anuncio en el que un adulto se lanza a una piscina y dando una voltereta en el aire, entra por el agujero de un flotador. Por el riesgo de imitación por un menor, el Jurado lo derivó al horario de adultos. Cf. Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 12 de septiembre de 2018, Particular (CNMC) vs. Mondelez España Services. «Philadelphia. TV», FD 3.º

va a la que acompañe. Es decir, si se trata, por ejemplo, de un programa o espacio infantil, sea la hora que sea de emisión (entre las 06:00 y las 22:00), la publicidad debe estar ajustada a esa edad. Si se trata, por ejemplo, de una película o programa calificado para mayores de 16 años, la publicidad debe ajustarse a esta edad, aunque se esté emitiendo en un horario que antes se entendía como especialmente protegido por existir una mayoría de público infantil.

No solo lo entiende así, sino que ya ha adoptado resoluciones con este nuevo criterio. Por un lado, en julio de 2022 archivó un procedimiento sancionador en el que se había propuesto una cuantiosa sanción a Mediaset por emitir en su programa *Sálvame Naranja* contenidos no aptos para público infantil en la franja de protección reforzada (suicidio/asesinato de una persona). Sin embargo, decidió que con la entrada en vigor de la nueva LGCA «desaparecen del sistema de protección de menores las franjas de protección reforzada en las emisiones lineales del servicio de comunicación televisivo»⁷¹. Por otro lado, ha exigido en otras resoluciones que los contenidos de la publicidad se ajusten a la calificación del programa que se esté emitiendo, con independencia de la hora. Así lo puso de manifiesto al juzgar la reclamación contra los anuncios de Durex (preservativos) insertados durante la película *Matilda*, para público infantil. En este sentido afirma que «con carácter general, y al margen de las conductas concretas que se detallan en dicho artículo 124.1, se considera razonable y proporcionado concluir que dicho precepto se aplique prohibiendo la emisión en bloques publicitarios inmediatamente anteriores a programas infantiles, inmediatamente posteriores a programas infantiles, o durante la propia emisión de programas infantiles, de las comunicaciones comerciales que pudieran ser susceptibles de producir perjuicio físico, mental o moral a los menores»⁷². Indica también que este criterio regirá mientras no se apruebe el futuro reglamento de desarrollo de la LGCA⁷³, haciéndose eco de la publicación de la consulta pública para la elaboración de dicha norma⁷⁴.

⁷¹ Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, Resolución del procedimiento sancionador incoado a Mediaset España Comunicación, S. A., por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7, números 2, párrafo tercero, y 6, de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual (SNC/DTSA/001/22), de 14 de julio de 2022, p. 14. Y afirma que, en aplicación «del principio de retroactividad de la norma más favorable procede aplicar al presente expediente las normas contenidas en la nueva LGCA-22, y, en consecuencia, proceder al archivo del presente procedimiento Sancionador».

⁷² Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC, Resolución por la que se requiere a Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, S. A., para que adecúe la emisión de comunicaciones comerciales de preservativos y lubricantes Durex a lo establecido en el artículo 124.1 de la LGCA (REQ/DTSA/011/22/ATRESMEDIA/DUREX), de 1 de diciembre de 2022, p. 7.

⁷³ Sala de Supervisión Regulatoria, Resolución última citada, p. 8.

⁷⁴ La consulta pública se cerró el 23 de septiembre de 2022 sin que haya noticias del futuro reglamento.

El Jurado, en cambio, continúa aplicando las franjas de protección contempladas en el Código de contenidos televisivos, que no ha sido derogado ni modificado⁷⁵. Somos conscientes de que las cadenas televisivas necesitan los ingresos de la publicidad para sobrevivir, pero ello no puede lograrse a costa de los más débiles, que son los menores. Deberían combinarse los dos criterios de protección. Es decir, mantener las franjas horarias, con una protección reforzada para los menores de 12 años en determinados momentos del día, y exigir que el contenido de la publicidad en la franja de protección general se ajuste a la calificación del programa al que acompañe.

Por lo que respecta a la publicidad no televisiva (periódicos, revistas, vallas, marquesinas, plataformas, flyers, etc.) el control debe estar basado en la accesibilidad de los menores. Así, se ha declarado ilícita la publicidad de la prostitución [prohibida por el art. 3.a) LGP desde 2022] en vallas exteriores⁷⁶, la de productos eróticos en marquesina urbana⁷⁷, los avances de películas para adultos antes de la emisión de películas infantiles en las salas de cine⁷⁸ y la publicidad de una web de relaciones esporádicas en las vallas del Metro⁷⁹.

Sin embargo, no son pocos los supuestos en los que el Jurado parece más un defensor de los anunciantes que de los menores. Nos referimos a los casos en los que las reclamaciones contra la publicidad inadecuada han sido desestimadas por no acreditar el reclamante la accesibilidad de un número significativo de menores. Para estimar la ilicitud el Jurado exige que el acceso haya sido numeroso o, con sus propias palabras, que se produzca «una especial concentración de menores». Con este argumento desestimó la reclamación contra anuncios de Durex difundidos en la pantalla digital de una farmacia⁸⁰ y dos campañas de Desigual en centros comerciales, una de conteni-

⁷⁵ En septiembre de 2022, con la nueva LGCA ya en vigor, declaró lícita la emisión de un anuncio de preservativos un sábado a las 17:48:56 horas, porque la protección reforzada para la infancia de los sábados tiene lugar solamente por la mañana. Cfr. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 9 de septiembre de 2022, Particular vs. Reckitt Benckiser, «Durex. TV», FD 4.º

⁷⁶ Vid. Resolución de la Sección Quinta del Jurado, de 10 de noviembre de 2011, Particular vs. Sala Glamour, «Glamour» y Resolución de la Sección Tercera del Jurado, de 7 de noviembre de 2013, Particular vs. Club Night Blue, «Despedida de soltero».

⁷⁷ Vid. Resolución de la Sección Cuarta del Jurado, de 12 de noviembre de 2015, Particular vs. Lys Erotic Store, «Supermercado erótico».

⁷⁸ Vid. Dictamen de la Sección Cuarta del Jurado, de 14 de mayo de 2019, Particular vs. Yelmo Films S. L. «Películas calificadas para menores de 7 años. Cine».

⁷⁹ Vid. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 5 de marzo de 2020, Particular vs. F&P GMBH, «JoyClub Exterior/Internet».

⁸⁰ Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 11 de septiembre de 2014, Particular (Dirección General De Consumo De La Comunidad De Madrid) vs Reckitt Benckiser España, S. L., «Durex», FD 3.º: «tampoco posee este Jurado elementos de juicio que permitan afirmar que la publicidad fue difundida en un lugar o en un momento en el que se produjese una especial concentración de menores». Repite el argumento en el FD 4.º

do sexual difundida en pantalla accesible a todas las edades⁸¹ y otra en escaparate en la que aparecía la cantante Nathy Peluso completamente desnuda, cubriendo los senos con un brazo y sus partes íntimas con el bolso promocionado⁸². ¿Cuántos menores son necesarios para que se considere ilícita? A nuestro juicio bastaría la mera accesibilidad, pero no es así para el Jurado.

Esta misma crítica merecen las resoluciones del Jurado (Sección y Pleno) sobre la publicidad de la serie *Narcos México* de Netflix en marquesinas con alegaciones como «Adiós Hijueputas, hola hijos de la chingada» y «Adiós gonorreas, hola cabrones». Las tres reclamaciones presentadas por lenguaje inadecuado para menores fueron desestimadas por no acreditarse «que los sitios en los que se difundió la publicidad estuviesen frecuentados por una cantidad significativa de niños de forma que pudiese tener una especial incidencia en éstos»⁸³. El argumento resulta sospechoso. Netflix no va a difundir su publicidad en marquesinas que resulten intrascendentes, sino en aquellas que considere que tendrán el impacto que busca en los consumidores, por lo que resulta absurdo exigir a los reclamantes prueba del visionado por «una cantidad significativa de niños»⁸⁴. Además, la publicidad fue objeto de tres reclamaciones, algo sumamente inusual, lo que indica el impacto y rechazo originado. Por último, la publicidad era inadecuada objetivamente para el público en general por utilizar expresiones como «hijueputas», «hijos de la chingada» y «cabrones», lenguaje ofensivo, soez e inadecuado para la publicidad según la norma 8 CCPA.

Coincidimos, en cambio, con el proceder de la Sección Cuarta en un caso similar, el de la difusión de la serie *Santa Clarita diet* en vallas con representaciones del cuerpo humano como alimento y escenas de comportamiento caníbal de forma atractiva, calificadas por el Jurado como «objetivamente inadecuadas para los niños»⁸⁵. En este caso no

⁸¹ Vid. Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 30 de mayo de 2013, Particulares vs. Abasic, S. L. U., «Hazlo por la mañana».

⁸² Vid. Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 28 de octubre de 2022, Particular vs. Abasic, S. A., «Campaña Nathy Peluso Desigual»

⁸³ Resolución de la Sección Segunda del Jurado, de 3 de diciembre de 2018, Particulares (3) vs. Netflix International B. V. «Narcos México Exterior», FD 3.º

⁸⁴ Lo extraño es que también el Pleno del Jurado se reafirma en este requisito. Cf. Resolución del Pleno del Jurado, de 9 de enero de 2019, Recurso de Alzada de Particular vs. Resolución Sala Segunda del Jurado de 3 de diciembre de 2018 «Narcos México Exterior», FFDD 4.º y 5.º En términos similares deberíamos pronunciarnos sobre la Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 23 de noviembre de 2017, Particular vs. Grupo Prisa (Cadena Ser) «Un gol es como un orgasmo. Exterior». El Jurado consideró que no se había demostrado el visionado por una cantidad significativa de menores, así como que, de haberlo sido, los menores no comprenderían el significado de «orgasmo» en conexión con «el rostro de un hombre con los ojos cerrados y la boca entreabierta».

⁸⁵ Resolución de la Sección Cuarta del Jurado, de 9 marzo de 2017, Particulares (2) vs. Netflix International B. V. «Santa Clarita Diet», FD 3.º

exigió prueba de la accesibilidad de los menores, sino que la presumió: «los reclamantes han señalado –sin que esto fuera contradicho por el anunciante– que la publicidad ha sido difundida de forma indiscriminada tanto en la vía pública como en distintas estaciones de transporte público de la Comunidad de Madrid, incluyendo por tanto lugares con una presencia muy alta de niños»⁸⁶. Y es de sentido común, pues los propietarios de las vallas, marquesinas, etc., seleccionan lugares estratégicos accesibles a públicos de todas las edades, de modo que se puedan anunciar en ellas todo tipo de productos a conveniencia del anunciante.

Otro de los síntomas de que el Jurado trata de hacer equilibrios peligrosos se advierte respecto a la publicidad inadecuada en medios de difusión impresos (diarios, revistas, etc.). Una resolución de 2005 desestimaba la reclamación contra los anuncios de contacto sexual difundidos en un diario generalista por estar ubicados en una sección que no suele ser leída por los menores⁸⁷. Idéntica argumentación sirvió para desestimar otra reclamación contra anuncios de servicio sexual insertados en la revista gratuita *La Crida*⁸⁸. Podría haberlas declarado ilícitas aplicando la norma 10 CCPA porque las imágenes y mensajes presentaban de forma vejatoria a la mujer (tratada como una mercancía) y atentaban contra su dignidad, pero no lo hizo.

Tampoco se tomó en serio la protección del menor cuando consideró lícita la publicidad de apuestas difundida por un diario deportivo sin incluir la prohibición de participación de los menores en las apuestas. En este caso argumentó que aún no había entrado en vigor el Código sobre Comunicaciones Comerciales de las Actividades de Juego que obliga a insertar tal advertencia⁸⁹, pero ¿no le bastaban las normas 28 y 29 CCPA para considerar la posible «influencia negativa» de las apuestas sobre la integridad y el desarrollo personal de los menores?

⁸⁶ Resolución *Santa Clarita Diet*, cit., FD 4.º Aunque no tan claro, también debería apostar el Jurado por la protección del menor cuando se anuncian otras películas claramente para adultos con imágenes que pueden ser discutibles; sin embargo, no suele hacerlo. Así ocurrió con la publicidad de la película *Joker* (con la imagen del payaso protagonista) en la marquesina situada en la puerta de un colegio. *Vid.* Resolución de la Sección Séptima del Jurado, de 17 de octubre de 2019, Particular vs. *Warner Bros Entertainment España, S. L.*, «Joker. Exterior».

⁸⁷ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 15 de diciembre de 2005, Particular vs. Valenciana de Ediciones y Publicidad, S. L. «Viuda busca placer y sexo ¿Te atreves?»

⁸⁸ *Vid.* Resolución de la Sección Sexta del Jurado, de 21 de febrero de 2017, Particular vs. La Crida «La Crida» y Resolución del Pleno del Jurado, de 16 de marzo de 2017, Recurso de Alzada de Particular vs. Resolución Sección Sexta de 21 de febrero de 2017 (Asunto: «La Crida»).

⁸⁹ *Vid.* Resolución de la Sección Tercera del Jurado, de 26 de julio de 2012, AUC vs. Betfair Internacional Plc., «Betfair». Sí lo ha hecho posteriormente, con el Código de los juegos de azar en vigor; *vid.* por ejemplo, Resolución de la Sección Tercera del Jurado, de 15 de enero de 2020, Autocontrol (DOGJ) vs. Interwetten España P. L. C., «Juega con responsabilidad. Estadio».

5. CONCLUSIONES

No solo está en juego la integridad de los menores, sino el futuro de la sociedad, que depende en gran medida de lo que ofrezcamos a los menores. Para evitar una sociedad violenta, deberemos ofrecerles contenidos que no normalicen la violencia o la presenten de modo atractivo. Si queremos una sociedad solidaria, deberemos evitar la publicidad que fomente el egoísmo y el narcisismo. Si queremos una sociedad no sexista, deberemos ofrecer una publicidad que no sexualice a los menores. Etc. No todo es válido para lograr los objetivos de venta.

Debemos reconocer que la LGCA de 2022 mejora la protección del menor frente a la publicidad al establecer obligaciones para plataformas de intercambio de vídeos y redes sociales, que tendrán que adoptar (arts. 88 y 91) medidas que limiten el acceso del menor a la publicidad de riesgo para el desarrollo físico, mental o moral, y otras restricciones para *influencers* o usuarios de especial relevancia (art. 94), como los llama la ley⁹⁰. Sin embargo, la supresión de las franjas horarias de protección de menores origina un vacío que ya es aprovechado por los medios, como pone de manifiesto el archivo en 2022 del expediente abierto a Mediaset por difundir contenidos inapropiados.

El futuro desarrollo reglamentario del artículo 124 LGCA debería ser elaborado por expertos en protección de menores al margen de ideologías. Dicho Reglamento no solo debería reintroducir las franjas horarias de protección (general y reforzada), sino acotarlas de acuerdo con los horarios en los que realmente hay un público infantil o adolescente (más amplio que el que fijaba la antigua LGCA). Además, para la franja general, la publicidad debería ajustarse a la calificación de los contenidos a los que acompaña, de modo que no se pueda emitir publicidad no apta para menores de 14 años cuando el programa hubiera sido calificado, por ejemplo, no apto para menores de 16 años.

Por otro lado, deberían adoptarse medidas, como ya han hecho otros países, para que menores de 14 años no puedan protagonizar publicidad, salvo que los productos o servicios estén dirigidos a ellos o su participación resulte normal, como sucedería cuando se representan escenas familiares. Es decir, habría que prohibir que se les utilice como instrumento de venta para promocionar productos o servicios que son exclusivamente de adultos.

En cuanto a los órganos controladores o juzgadores, tanto el Jurado de la Publicidad de Autocontrol como la Comisión de Supervisión Regulatoria de la CNMC, deberían estar integrados por expertos en

⁹⁰ Vid. Cabrera Caro, L., «Influencers y publicidad encubierta en las redes sociales», *Ius et Scientia*, vol. 7, núm. 2 (2021), pp. 7-28.

publicidad con compromiso ético, a los que importe más el fin perseguido por las normas (proteger a los menores) que la aplicación formal de éstas para cubrir el expediente. Se han detectado, y expuesto, numerosas decisiones que dejan de hecho completamente desprotegidos a los menores frente a los abusos de la publicidad.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

ANSUÁTEGUI, Francisco Javier y BARRANCO, María del Carmen (eds.): *Acceso a la justicia y vulnerabilidad*, Madrid, Dykinson, 2023, 286 pp.

Este volumen colectivo, editado y coordinado por Francisco Javier Ansuátegui y María del Carmen Barranco y titulado *Acceso a la justicia y vulnerabilidad* recoge algunas de las investigaciones que se están desarrollando en el marco del proyecto PID2019-108018-108918GB-I00, Acceso a la Justicia y Vulnerabilidad, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/.

Esta obra traza un camino que nos facilita a entender la relación estrecha entre acceso a la justicia y vulnerabilidad desde muy diversas perspectivas y centrada en muy diversos grupos. Para esta investigación ha resultado primordial identificar los grupos en situación de vulnerabilidad en lo que respecta al acceso a la justicia así como las barreras que efectivamente les afectan y así poder esbozar propuestas en torno a la garantía de este derecho.

La relación entre vulnerabilidad y la posibilidad efectiva de reclamar ante los tribunales es estrecha y por tanto esta obra viene a completar un vacío teórico importante. Los nexos entre vulnerabilidad y acceso a la justicia parecen claros, así, como nos recuerda el profesor Ansuátegui «una situación de vulnerabilidad puede condicionar y dificultar el acceso a la justicia; y, por otra, una limitación o violación del derechos de acceso a la justicia posiciona, evidentemente, al sujeto que la sufre en un situación de vulnerabilidad».

La publicación que ahora se presenta se estructura, siguiendo el seminario inicial que la gestó (seminario sobre acceso a la justicia y vulnerabilidad celebrado el 25 de mayo de 2021 de forma *on line*), en dos bloques. Una primera parte, sobre vulnerabilidad en la que la situación de vulnerabilidad es la que nos da pie para hablar sobre acceso a la justicia y su importancia a la hora de garantizar los derechos y una segunda, sobre acceso a la justicia, en la que el acceso a la justicia y su importancia en el Estado de Derecho nos ayuda a localizar las barreras que impiden o dificultan el disfrute de dicho derecho.

Nuestro recorrido por este mapa de la vulnerabilidad y el acceso a la justicia empieza con el capítulo titulado «el concepto de vulnerabilidad con respecto al acceso a la justicia» que firma María del Carmen Barranco Avilés. La profesora Barranco deja ya establecidos los que serán los aspectos comunes a todas las situaciones de vulnerabilidad con respecto al acceso a la justicia que se desarrollan en la obra. María del Carmen Barranco nos plantea la

vulnerabilidad en diversos sentidos para tomar las dos acepciones que encajan en la teoría de los derechos humanos; como un rasgo universal de la condición humana y como el resultado de la interacción entre la condición de ciertas personas y las barreras que se generan en un entorno que se ha organizado sin tenerlas en cuenta. Por otro lado, a la hora de aclarar el concepto de acceso a la justicia lo hace en un sentido amplio, como «el derecho de todas las personas a encontrar protección a sus derechos en el marco del sistema jurídico que puede satisfacerse no solo a través de la protección dispensada por jueces y tribunales, sino también por otros organismos, como pueden ser órganos administrativos, instituciones de derechos humanos o procedimientos alternativos de resolución de conflictos».

En el segundo capítulo Oscar Pérez de la Fuente nos plantea un panorama de nociones vinculadas con la vulnerabilidad desde la filosofía política contemporánea y en el mismo sentido que en el capítulo anterior y desde lo que el llama «el giro de la vulnerabilidad» propone abordar esta como una «condición ontológica de nuestra humanidad encarnada». Desde esta perspectiva de vulnerabilidad «universal e inherente» y como consecuencia de ella se pueden establecer unos compromisos normativos que transformen en derechos las necesidades humanas. Pérez de la Fuente entiende también la vulnerabilidad «situacional» como aquella específica de algunos grupos que deriva del contexto en el que se encuentran. Así, desde esta doble perspectiva nos propone renovar el discurso que en torno a la vulnerabilidad, autonomía y dependencia ha venido justificando la falta de reconocimiento de diversos colectivos e individuos. En esta empresa se sirve nuestro autor del poder transformador de los enfoques relacionales de la autonomía, y de las políticas de la identidad con matices.

A la pobreza como situación de vulnerabilidad desde la que se generan obstáculos en el acceso a la justicia se refiere Silvina Ribotta en su trabajo «Acceso a la Justicia en situaciones de pobreza y vulnerabilidad socioestructural. Reflexiones desde las Reglas de Brasilia 2018». Silvina Ribotta localiza al menos tres ámbitos donde la vulnerabilidad por motivos de pobreza impacta con el acceso a la justicia. En primer lugar, debido a su situación las probabilidades de que sus derechos sean violados son mayores. Segundo, la mayor precariedad, discriminación y carencias con las que se encuentran en el ejercicio de sus derechos y libertades. Y en tercer lugar, se verán imposibilitados a acceder en igualdad de condiciones para formar parte de la administración de justicia. En palabras de la autora «[e]ste diagnóstico es el motivo central que da nacimiento a las Reglas de Brasilia». Precisamente, las reglas de Brasilia constituyen un elemento importante en el análisis sobre las propuestas en relación con la eliminación de las barreras de acceso a la justicia y, desde este punto de vista, son parte del marco analítico central de este artículo y un elemento recurrente a lo largo de todo la obra.

Patricia Cuenca Gómez en «Ajustes de procedimiento y situaciones de vulnerabilidad» da cuenta del significado y alcance de los ajustes de procedimiento, como un instrumento que se ha generado en relación con las barreras que afectan a las personas con discapacidad para garantizar el efectivo acceso a la justicia en condiciones de igualdad y que puede ser de interés también en otras situaciones de vulnerabilidad. Aunque el derecho al acceso a la justicia se formula por primera vez en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, pueden encontrarse referencias implícitas en textos tanto nacionales como internacionales, sin embargo, su importancia en el mundo de la discapacidad es trascendental y de este hecho

deriva la existencia de varios artículos en esta obra, como el de Patricia Cuenca, que toman en cuenta la perspectiva y demandas del modelo social de la discapacidad y de la Convención de Nueva York.

Patricia Cuenca defiende la posible proyección de los ajustes procedimentales, reconocidos en el artículo 13 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPD), en todas las situaciones de vulnerabilidad. Para esto, justifica, conceptualiza e identifica algunos elementos importantes que deben ser tomados en consideración a la hora de articularlos en las legislaciones procesales nacionales. El artículo 13 de la CDPD resignifica el acceso a la justicia, innovando en su significado al ampliarlo a formas de participación hasta ahora no contempladas para las personas con discapacidad. En papel de los ajustes de procedimiento en este cometido es incuestionable, así, se entienden como ajustes de procedimiento todas las medidas orientadas a satisfacer el acceso a la justicia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones y a facilitar el desempeño de las funciones que derivan de su participación en todas las etapas de todos los procedimientos judiciales. De nuevo las Reglas de Brasilia resultan esenciales y aunque no mencionan expresamente el término, ajustes de procedimiento, si contemplan la necesidad de adaptar los procedimientos y requisitos procesales a los que localiza como colectivos en situación de vulnerabilidad. En último término, y tras reflexionar en torno a la proyección, enfoque, justificación y conceptualización de los ajustes procedimentales nuestra autora elabora algunas claves para la correcta articulación en las legislaciones procesales nacionales de los ajustes procedimentales.

La segunda parte de esta obra colectiva se inicia con un trabajo de Javier Ansuátegui titulado «El acceso a la justicia como elemento del Estado de Derecho: modelos y evaluaciones». Con el objetivo de proponer un concepto del derecho de acceso a la justicia en el que se identifiquen sus contenidos más básicos el profesor Ansuátegui toma informes y modelos de evaluación emanados por mecanismo supranacionales de los que España forma parte. El autor destaca la relación conceptual entre el derecho de acceso a la justicia y el Estado de Derecho hasta el punto de que la propia salud del Estado de Derechos depende, en su opinión, de la fortaleza del acceso a la justicia. Así, el acceso a la justicia se constituye como indicador del estado de Derecho y haciendo referencia a distintos mecanismos de verificación y evaluación del Estado de Derecho en el sistema regional europeo y en el marco de la Unión Europea Javier Ansuátegui ratifica las tesis iniciales que vinculaban el Estado de Derecho y el derecho de acceso a la justicia a la vez que presenta el carácter complejo del derecho de acceso a la justicia que hace necesario el desarrollo de todo un entramado institucional sin el cual la efectividad de dicho derecho no sería posible.

En el capítulo sobre «La justicia transicional y la garantía del acceso a la justicia» se sostiene como el acceso a la justicia, que ya encuentra problemas para su realización práctica en muchos contextos, se hace todavía más problemático en el contexto de la justicia transicional. Javier Dorado, en línea, con el resto de autoras y autores considera el acceso a la justicia como un elemento esencial del Estado de Derecho y en el caso concreto del que se ocupa ve en su insatisfacción el silenciamiento de las víctimas de violaciones de derechos humanos lo que conlleva la imposibilidad de ejercer sus derechos y obtener reparación así como la rendición de cuentas por parte de los victimarios. El profesor Dorado ve precisamente en el enjuiciamiento penal de los responsables de las graves violaciones de derechos humanos un aspect-

to esencial del acceso a la justicia para las víctimas. Pero además esta persecución penal coloca a los estados que pasan de una dictadura o un conflicto armado a una democracia en la vía correcta hacia el Estado de Derecho. Las dificultades con las que se encuentra el acceso a la justicia en los contextos transicionales son varias, separa nuestro autor entre las que tienen que ver con dificultades fácticas y dificultades normativas y destaca entre las segundas las amnistías. Para el profesor Dorado la política de tolerancia cero con las amnistías por graves violaciones de derechos humanos aun siendo necesaria para lucha contra la impunidad, puede presentar ciertos problemas y por tanto puede darse razones que justifiquen un determinado tipo de amnistías bajo la idea de que las mismas pueden conducir a la consecución de la paz y la democracia. Estas amnistías individualizadas, que solo pueden ser ejecutadas bajo un escrutinio estricto, vendrían a garantizar el derecho de las víctimas a la verdad, la reparación y la no repetición lo que desde una perspectiva amplia del acceso a la justicia puede entenderse como una forma de garantizar el derecho a la justicia de las víctimas.

Rafael de Asís en el capítulo titulado «Tecnología, acceso a la justicia y vulnerabilidad» desglosa los aspectos en los que las tecnologías, particularmente la Inteligencia Artificial y las Neurotecnologías, pueden generar nuevas barreras para el acceso a las justicia, pero también apunta algunos ámbitos en los que constituyen una oportunidad. Rafael de Asís destaca la importancia de las tecnologías convergentes o emergentes y sus implicaciones para un derecho como el del acceso a la justicia, en especial para las personas en situación de vulnerabilidad y dentro de estas, para las personas con discapacidad. Asís destaca la incidencia de las tecnologías emergentes en el ámbito jurídico y en especial en la Administración de Justicia. Teniendo presentes algunos de los grandes problemas que tanto la aplicación de la inteligencia artificial como de las Neurotecnologías pueden tener en los procesos judiciales, sesgos y otros desafíos que se derivan de la aplicación de la neurociencia en el derecho. En palabras del profesor de Asís «los avances científicos son variados, muchos de ellos se presentan como herramientas para superar la vulnerabilidad humana y hacer crecer la excelencia», el enfoque sin embargo, puede no ser adecuado y centrarse más en la lucha contra las deficiencias personales que contra las barreras. Un desarrollo tecnológico elaborado desde la teoría de los derechos debe enfrentarse a las deficiencias sociales y este debe ser el principal objetivo de las tecnologías emergentes en su proyección sobre la vulnerabilidad y el acceso a la justicia.

Finalmente, en el trabajo titulado «Acceso a la justicia de las personas con discapacidad y su tutela constitucional. Apuntes sobre la necesaria reforma del artículo 49 de la Constitución Española» Rafael de Lorenzo presenta la relevancia que la reforma del artículo 49 de nuestra Constitución puede tener para la garantía a la tutela judicial efectiva en el caso de las personas con discapacidad. De Lorenzo adhiriéndose a la llamada de Rafael de Asís acerca de la importancia de centrarse en las barreras del proceso parte de la premisa de que las personas con discapacidad desde los múltiples roles que pueden adoptar en un proceso judicial experimentan necesidades y barreras variadas. Rafael de Lorenzo otorga una importancia central a la reforma del precepto mencionado a la hora de garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, siguiendo la línea del modelo social de la discapacidad.

Las mayores aportaciones que esta obra colectiva editada por Francisco Javier Ansuátegui y María del Carmen Barranco nos trae pueden agruparse en

dos categorías. Las relacionadas con el concepto de vulnerabilidad humana y las derivadas de los diversos intentos de perfilar el derecho de acceso a la justicia.

En lo que respecta a la vulnerabilidad varias categorizaciones se ensayan en estas páginas pero todas ellas coinciden en diferencias entre una vulnerabilidad propia y consustancial a la existencia humana y una vulnerabilidad situacional en la que solo se encuentran algunas personas. La vulnerabilidad humana entendida como un característica intrínseca a lo humano presenta oportunidades para la innovación y el crecimiento.

Para vivir bien, las personas precisan de comida, cuidados, protección y sustento de múltiples clases y negar nuestra vulnerabilidad es tan absurdo como negar que nacemos, gestamos, envejecemos, pasamos hambre, enfermamos o vemos variadas nuestras capacidades. Asumir estas peculiaridades humanas equivale a conformar un nuevo sujeto, el sujeto vulnerable, que aparece para sustituir al sujeto autónomo capaz y cuyos derechos deben ser ampliados y completados con acciones positivas que permitan el verdadero disfrute de los mismos,

Estas páginas contribuyen a demostrar que la vulnerabilidad humana, mal entendida o ignorada, provoca situaciones de opresión especialmente en lo que tiene que ver con el acceso a la justicia. Bien entendida, la vulnerabilidad es creativa y propositiva y de ella se derivan un conjunto de herramientas y propuestas como las mencionadas a lo largo de estos trabajos, entre las que se pueden destacar los ajustes de procedimiento, nuevos enfoques teóricos, reformas constitucionales, nuevas tecnologías o instrumentos de negociaciones de paz alternativos.

En lo que respecta al segundo punto, las aportaciones derivadas de los diversos intentos de perfilar el derecho de acceso a la justicia, todas parten de la idea de que el acceso a la justicia es la garantía última del sometimiento por parte de los poderes y la ciudadanía al Derecho, idea que está en el núcleo básico de nuestro estado de Derecho. Es decir, el acceso a la justicia es un principio básico del Estado de Derecho, un requisito *sine qua non* del Estado de Derecho y de ahí la importancia también de garantizarlo en procesos de transición democrática.

Sobre los perfiles del derecho a la justicia se nos dan muchas claves, fundamentalmente se establece el derecho a la justicia como un derecho polimorfo, que contiene una multiplicidad de proyecciones y que está íntimamente vinculado con otros derechos con lo que guarda parentesco. Además el derecho a la justicia es un derecho instrumental esencial para hacer valer los demás derechos humanos, restablecerlos y reparar a la víctimas. También es un derecho autónomo que engloba el acceso a los sistemas, procesos, lugares e informaciones relevantes y relacionadas con la administración de justicia.

En definitiva, la obra que aquí se presenta supone un avance teórico que la constituirá en obra de referencia pues ofrece una amplia y compleja visión de la relación entre el derecho de acceso a la justicia y la vulnerabilidad humana. La multiplicidad de aproximaciones que incluye –políticas, jurídicas y filosóficas– y la diversidad de situaciones que recoge –pobreza, discapacidad, justicia transicional, tecnologías– la convierten en una lectura imprescindible cuyo objetivo último no es más que profundizar en las garantías de nuestro actual Estado de Derecho.

Irene VICENTE ECHEVARRÍA
Universidad Carlos III de Madrid
ivicente@der-pu.uc3m.es

**BALLESTEROS, Alfonso (coord.): *La digitocracia a debate*,
Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra, 2022, 176 pp.**

El profesor Alfonso Ballesteros se propone, al coordinar el libro *La digitocracia a debate*, estudiar las oportunidades y miserias de la digitalización como forma de gobierno. Para ello presenta una obra dividida en 6 capítulos que, lejos de ser compartimentos estancos, guardan una coherencia temática y argumentativa que permite al lector reflexionar o, en sus propias palabras, resistir al entorno. Los autores del libro son profesores universitarios, profesionales y consultores de la información de reconocido prestigio, que abordan, desde diversas perspectivas y metodologías, el problema central de la obra: el influjo de las nuevas tecnologías en las formas de gobierno y sus peligros para la democracia.

En el primer capítulo, Carmen Gómez Cota advierte sobre la ingente cantidad de datos que los usuarios de cualquier tipo de tecnología facilitamos en cada una de nuestras interacciones y que las empresas del sector digital se encargan de procesar, analizar y vender. En mayor o menor medida, todos somos conscientes de la cesión de intimidad que supone utilizar la tecnología, pero renunciar a entregar nuestra información personal equivaldría a prescindir de todas las posibilidades que el mundo virtual ofrece, algo que la constante necesidad de hacer, o lo que es lo mismo, la perenne ausencia de contemplación, nos impide. La economía de los datos transforma a las personas en datos y a los datos en capital.

Pero, ¿qué valor tiene la información que proporcionamos?, ¿qué protección nos ampara?, ¿a qué riesgos nos enfrentamos? Gómez Cota advierte sobre la mercantilización del usuario, que creyendo que utiliza un producto se torna en el producto mismo. En efecto, las grandes empresas tecnológicas obtienen enormes cantidades de dinero derivadas de la venta de los datos de los usuarios –que consienten cederlos en interminables y abstrusos contratos– que agregados y debidamente procesados permiten establecer patrones de consumo y predicciones con un elevadísimo grado de exactitud. Gracias a ello, las empresas de tratamiento de datos concentran en la actualidad grados de riqueza descomunales y son capaces de ejercer un considerable grado de control social (piénsese en Cambridge Analytica).

Frente a ello, la periodista *freelance* propone –siguiendo a Lanier y Weyl– la teoría de la dignidad de los datos (*Data Dignity*), que se asienta fundamentalmente sobre dos pilares: de una parte, la venta de los datos a un valor real, esto es, si las empresas tecnológicas van a lucrarse vendiendo los datos de los usuarios, se ha de ofrecer a estos últimos la posibilidad de venderlos a un precio justo; de otra, el control sobre los fines para los que se van a utilizar los datos. Además, Gómez Cota defiende además la necesidad de una verdadera democracia digital, donde los ciudadanos puedan acceder a la información de un modo transparente y sencillo, que posibilite la participación ciudadana y el consenso. Para ello, se sirve del ejemplo de Taiwán, considerado como el modelo de convivencia entre tecnología y democracia.

El profesor Matías Quer aborda en el segundo capítulo los problemas que plantea la democracia digital directa desde la perspectiva de la filosofía política. El autor pretende defender la democracia representativa como la forma más eficaz de informarse, participar y opinar. En efecto, con el desarrollo de las nuevas tecnologías han cobrado fuerza las demandas de sustituir la democracia representativa y deliberativa por una democracia directa mediante la

creación de las ciudades inteligentes (*Smart Cities*). Para fundamentar el paso a la democracia digital directa, sus teóricos sustentan sus postulados en la democracia ateniense y en la voluntad general de Rousseau. Con respecto a la primera, no se pretende imitar –por considerarse imposible– el modo de funcionamiento de la *polis* ateniense, sino utilizar la tecnología para crear una nueva forma de democracia directa inspirada en ella. En lo que a la segunda se refiere, se pretende promover un asambleísmo que termine con la representación, pues Rousseau entendía la soberanía como inalienable (el soberano solo puede ser representado por sí mismo) e indivisible (la voluntad o es general o no lo es).

Por el contrario, Quer sostiene que la democracia digital directa supondría aglutinar una enorme masa de población que no se conoce, lo que dificultaría la discusión, el consenso y la toma de decisiones. La democracia digital directa plantearía también problemas de responsabilidad o más bien de cómo exigirla (si todos decidimos sobre todo, no podemos exigir responsabilidad a nadie más que a nosotros mismos) y acceso a la información necesaria para tomar debidamente las decisiones. El autor afirma que, en las naciones y ciudades modernas, se precisa de la representación, que conduce a una mejor deliberación y a soluciones más acertadas.

Por su parte, el profesor Alfonso Ballesteros, coordinador de la obra, reflexiona sobre dos formas de dominación digital: el enjambre y la colmena, o lo que es lo mismo, la economía de la atención y el capitalismo de la vigilancia. Ambas formas de dominio buscan influir en la conducta humana, dominarla, pero Ballesteros apunta que la colmena se distingue del enjambre por buscar el rendimiento total; la colmena no busca polarizar y desunir (anarquía del dato), busca una pacificación total basada en el automatismo de una sociedad planificada y compuesta por individuos gregarios (despotismo del dato). Si el enjambre pretende extraer la mayor cantidad posible de datos para comerciar con ellos, sirviéndose de la atomización del individuo, la colmena pretende acabar con el individuo mediante su automatización. El análisis de Alfonso Ballesteros no deja de lado los aspectos legales y contiene una valoración crítica del Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea que permite al lector conocer la regulación sobre el particular en el ámbito comunitario y los problemas que plantea.

A los derechos de los niños en el entorno digital se dedica el cuarto capítulo de esta obra. El profesor Vicente Bellver explica que, si bien el crecimiento económico y los avances tecnológicos que se han producido en los últimos años han mejorado de un modo muy considerable la vida de las personas, han provocado también unos efectos indeseables que afectan a las condiciones de vida de la población. Los niños son un colectivo especialmente vulnerable a las nuevas tecnologías, que los sumergen en el entorno digital y los sustraen del mundo real. El autor de este capítulo propone una acción coordinada a nivel global (similar a la emprendida en la lucha contra el cambio climático), que garantice el pleno desarrollo de su personalidad y los proteja de la exposición al entorno digital, hasta que esta exposición pueda resultar beneficiosa para ellos. La propuesta del profesor Bellver no pasa por eliminar la tecnología sino por rediseñarla, tomando conciencia de la asimetría en la relación y la vulnerabilidad a la que nos expone a todos, pero especialmente a los niños.

Nicole Dewandre propone en el capítulo quinto reconsiderar la condición humana ante la hiperconexión. La autora, que es coordinadora de polí-

ticas de previsión del gabinete de Ursula von der Leyen y una reconocida experta en desarrollo tecnológico, ofrece una visión en la que se conjugan un sólido conocimiento teórico de la obra de Hannah Arendt y su experiencia institucional. En efecto, Dewandre establece como punto de partida de su reflexión la necesidad de dejar de depender de la utopía de la omnisciencia y la omnipotencia, recuperando un enfoque significativo del presente. La autora explica cómo la certeza se ha convertido en el ideal, lo que ha hecho que se busque lograr el control incluso de aquello que por definición es incontrolable, sacrificando así la pluralidad y la libertad. Frente a ello propone, de la mano de Arendt, llevar a cabo una reconfiguración axiomática basada en dos puntos: reconocer la natalidad y abrazar la pluralidad. El primero de ellos busca cambiar el enfoque desde el que observamos el mundo: nos invita a percibir al hombre como un ser constantemente en comienzo, lo que hace que el futuro sea algo infinitamente improbable y el pasado algo de lo que podemos aprender; podríamos decir que el futuro se encuentra detrás de nosotros, empujándonos hacia adelante. Por su parte, abrazar la pluralidad implica reconocer la existencia de la igualdad, la singularidad y la reflexividad, esto es, reconocer en el otro a alguien igual que uno mismo, a quien se renuncia a definir por cualquiera de sus características y cuyo conocimiento es la única vía para descubrir la propia identidad. La natalidad y la pluralidad permiten comprender de un modo específico la libertad humana y son los antídotos contra la omnipotencia y la omnisciencia, basados en la capacidad del ser humano de comenzar constantemente y de reconocerse en y a través del otro.

Como broche de la obra, el profesor Jesús Ballesteros realiza un análisis filosófico que dibuja la distinción entre el transhumanismo y el posthumanismo, sosteniendo que lo digital se relaciona con el posthumanismo zocéntrico. Para Ballesteros, transhumanismo y posthumanismo coinciden en negar la diferencia humano/no humano y en partir de la premisa de que todo puede ser sustituido, de la homologación de todo lo real frente a la afirmación de la pluralidad que existía en el pensamiento clásico. Sin embargo, mientras el primero busca superar los límites físicos (la muerte y el sufrimiento, fundamentalmente), el segundo reconoce estos límites y trata de superar los límites ontológicos.

El autor explica cómo a este posthumanismo zocéntrico se llega por el naturalismo y el nomadismo. El naturalismo, que tiene su origen en Spinoza y Nietzsche (*Übermensch*) y que niega la distinción entre seres humanos y animales, considera necesario «retraducir al hombre a la naturaleza», mientras que el nomadismo –visión numérica de la realidad– reivindica la primacía de lo discreto sobre lo continuo, negando la unidad del sujeto, al que no considera ni individuo ni persona. Ballesteros afirma que el posthumanismo es un ejemplo de economicismo, pues considera a todo ente, incluido al ser humano, como material de trabajo. En este sentido, la creación del metaverso ha supuesto la culminación de la filosofía nómada y la mentalidad economicista, a través de la reducción de toda la realidad a simulacro, a mera ficción.

En definitiva, la obra reivindica el papel del derecho frente a la pobreza y la exclusión a las que puede dar lugar el desarrollo tecnológico y trata de advertir sobre los peligros para la democracia que puede tener la incorporación de las nuevas tecnologías a la vida política y social. El libro coordinado por el profesor Alfonso Ballesteros ofrece un análisis multidisciplinar y completo, que permite al lector traspasar el cerco de la regulación jurídico-positi-

va y plantearse problemas de orden moral y político. Las propuestas de los distintos autores son, en su mayoría realistas y alcanzables y los capítulos se relacionan entre sí, guardando una coherencia temática y argumentativa que permite obtener una visión global del problema de la tecnología digital como forma de gobierno *de facto*.

Julio LLOP TORDERA
Universitat de València

BEA, Emilia: *Los deberes en la edad de los derechos*, Madrid, Dykinson, 2023, 376 pp.

La importancia de los deberes como uno de los planteamientos olvidados en el debate público sobre los derechos humanos es el hilo central de la magistral obra que la profesora Emilia Bea nos ofrece. Su original propuesta nos brinda sólidos argumentos en una etapa de reivindicación de unos derechos que son continuamente menospreciados y que solo pueden fortalecerse desde los deberes, entendidos ambos como lenguajes interdependientes.

Este estudio proporciona, como anuncia la profesora María José Añón en su magnífico prólogo, buenas preguntas y mejores respuestas, con una elocuente explicación de las distintas posiciones presentadas, desde un enfoque iusfilosófico. La riqueza de instrumentos y textos relacionados con la temática; la gran variedad, cantidad y calidad de las referencias bibliográficas empleadas; y el análisis riguroso y excelso, no dejan lugar a dudas de que nos encontramos ante un libro indispensable.

Los deberes son defendidos aquí como fundamento para el ejercicio de los derechos humanos, una reflexión relegada por los motivos que se mencionan en el segundo capítulo, aquellos relacionados con la necesidad de reclamar derechos en una etapa de barbarie en la que estos fueron ninguneados, y que hacen que esta monografía marque un cambio de paradigma en el estudio académico de aquellos. No es un debate desconocido, como la propia autora nos enseña a lo largo del texto, pero sí es nueva la fuerza que este estudio trae consigo para defender y argumentar la relevancia de los deberes y su imperiosa inclusión en el mundo de los derechos humanos.

El gran bagaje intelectual de la profesora Bea está presente en toda esta investigación. En ella se da buena cuenta de que nos encontramos ante una autora que constituye un referente internacional en la obra de Simone Weil y en diferentes materias sobre derechos humanos, justicia restaurativa, tortura, derechos sociales, y perspectiva transcultural de los derechos y los deberes, entre otras, desde una genuina preocupación por el nexo de unión entre deberes y derechos en un sentido emancipador.

Como nos anuncia la profesora Bea en la introducción de su trabajo, predomina hoy una «edad de la codicia», empleando así las palabras de Zagrebelsky, una etapa marcada por el atomismo, la anomia, la indiferencia, el conformismo y la falta de arraigo, necesidad vital para Simone Weil como nos advertirá la autora más adelante. El contractualismo moderno que afirma al individuo como un ser aislado y autosuficiente dominado por el miedo a la alteridad en el que el otro es un mero socio interesado y todo es materia de libre disposición alberga un contexto propicio para una reflexión sobre los derechos claramente individualista en la cual los deberes son, a lo sumo, un elemento secundario. Asimismo, como nos adelanta desde un principio la profesora, la apelación a los deberes ha sido asociada a ideologías reaccionarias y por ese motivo la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) fue adoptada desde una perspectiva de derechos que había sido negada por el fascismo, quien además conceptualizaba el deber sin vinculación alguna a una responsabilidad ante el prójimo; no eran concebidos como responsabilidad humana para con el resto de las personas.

Los estragos de la Francia Libre y de la repercusión que sus principales figuras tuvieron en la elaboración de la DUDH abren el primer capítulo de este trabajo. Destacan aquí René Cassin y Simone Weil como personalidades

que promovieron el debate de los deberes humanos desde un inicio al entender que la eficacia de los derechos iba inexorablemente unida a la existencia de responsabilidades humanas solidarias. Para Cassin existía un deber universal de todo ser humano de ayudar a quien fuera oprimido; para Weil debían prevalecer los deberes como herramientas esenciales para evitar las privaciones del alma.

La profesora Bea, con la elegancia narrativa que la caracteriza, también nos habla del personalismo comunitario de Lacroix, quien entendía lo individual y lo comunitario como categorías de la persona complementarias e interdependientes por ser necesarias ambas para existir y realizarse. Esta perspectiva abogaba por derechos individuales y colectivos, los cuales carecen de efectividad sin la existencia de responsabilidades compartidas por la sociedad y el Estado. Autores como Mounier denunciaron que uno de los defectos de las declaraciones de derechos liberales era su exceso de racionalismo y de individualismo, errores que solo pueden ser superados desde el prisma de una suerte de derechos de las colectividades.

Desde este enfoque, Bea aborda elocuentemente el proceso de humanización del derecho internacional hacia una ciudadanía universal que convierte a la persona en sujeto de dicho ordenamiento. Para ello sería clave la toma de conciencia colectiva sobre la existencia de los campos de concentración como espacio físico y simbólico de deshumanización, elemento clave del totalitarismo que exigía una respuesta clara en favor de un derecho creador de humanidad. Los deberes, en cambio, podían esperar. Eran vistos como un retroceso coercitivo y moralizador de etapas anteriores e íntimamente relacionados al totalitarismo, aunque, como nos advertía anteriormente la autora, estos tuvieran una concepción de aquellos distanciada de la responsabilidad solidaria para con el otro. El contexto en el que nació la DUDH era similar al de las declaraciones motivadas por las revoluciones liberales: regímenes despóticos que exigían deberes sin reconocer derechos. Si en la Francia del siglo XVIII venció la visión individualista de Sieyès y los deberes que posteriormente se pretendieron incorporar eran de carácter individual y no interpersonal, en el contexto de la posguerra en el que se elaboró la DUDH primó el enfoque de derechos sobre la perspectiva de deberes y responsabilidades colectivas.

A pesar de que el totalitarismo alteró la estructura moral de la sociedad haciendo desaparecer la solidaridad para dar paso a la indiferencia ante el sufrimiento, el horror que provocó el fascismo fue tal que la mirada se focalizó exclusivamente en el mundo de los derechos que habían sido arrebatados y vilmente vulnerados. Sin embargo, es imperativo, como hábilmente demuestra la autora, incluir un discurso de deberes porque solo de esa forma podremos mirar al pasado, reconocer a las víctimas y no olvidar su sufrimiento, evitando de esta forma que la barbarie gane de nuevo. El deber, apunta Bea, no es solo relevante como esencia en la existencia de cualquier derecho, sino como fundamento de la propia existencia humana.

No obstante, los deberes no encontraron el hueco que hubieran merecido en la DUDH, con una aportación escasa en este sentido, insuficiente en opinión de diversos autores y personalidades como el ya citado Cassin. Hubo tres reacciones a la posible inclusión de responsabilidades en el marco de una declaración de derechos: la centrada en los deberes positivos relacionados con los derechos económicos, sociales y culturales; aquella propuesta por las sociedades no occidentales y que se resume en la frase del «deber bien cumplido» de Gandhi; y la que apela a la aceptación responsable de compromisos sociales y la participación en la vida pública que reclamaría pasar de la visión

individualista del contractualismo moderno a una perspectiva solidaria de deuda social. De ello nos habla la autora en el tercer capítulo de esta monografía, en la que se nos presenta la iniciativa de la UNESCO que tuvo como objetivo preguntar en diversos contextos culturales acerca de las relaciones entre derechos y deberes que, si bien fue denostada durante el proceso de elaboración de la DUDH, supone una pieza fundamental para el debate posterior en esta temática. Además, su enfoque intercultural dota a este proyecto de una mayor relevancia en un ámbito con vocación de universalidad. Maritain ya indicó que existía un denominador común sobre conceptos prácticos a pesar de las diferentes ideologías y cosmovisiones existentes en la tierra que facilitarían la aprobación de una declaración con principios comunes y Cassin destacó dos ideas irrenunciables, en su caso relacionadas con el deber: el respeto universal de la alteridad, y el deber de solidaridad y fraternidad.

Otra de las líneas centrales de este óptimo estudio es la relativa a los deberes incluidos en la DUDH. El capítulo cuarto se inicia retomando la propuesta de Cassin, para recordar que el primer artículo destaca el deber fraternal de los seres humanos, pero también la idea esencial de libertad e igualdad en dignidad, todas ellas defendidas por el jurista francés. Por lo que respecta a la dignidad humana, la profesora Bea nos recuerda que Salvioli la considera el fundamento ontológico de todo derecho humano. El respeto al otro, a su dignidad inherente como ser humano, va ligado al principio de no discriminación consagrado en su segundo artículo, y tanto este precepto como aquel —así como el resto del articulado— solo pueden ser garantizados por la vía de responsabilidades solidarias humanas. Sin embargo, la DUDH se mantiene al margen de los deberes a diferencia de la Declaración de Bogotá que la autora introduce como contraposición y ejemplo de texto normativo con una enumeración más precisa de obligaciones relacionadas con la relación paternofamiliar, la educación, el sufragio, el respeto a la ley, el pago de impuestos, la prestación de servicios a la comunidad o la asistencia y seguridad sociales. En su preámbulo queda patente esta apuesta cuando se afirma que «el cumplimiento del deber de cada uno es exigencia del derecho de todos» y vincula la dignidad humana con los deberes. La redacción de la DUDH, en cambio, no introdujo más que una cláusula general en su artículo 29 consagrando el deber de toda persona respecto a su comunidad, a someterse a los dictados y límites marcados por la legislación con el objetivo de asegurar los derechos y libertades del resto, así como a ejercer los derechos conforme a los principios y propósitos de Naciones Unidas. Sin embargo, y tal y como afirmó Cassin, la DUDH no indicó claramente los deberes humanos interpersonales.

A la nueva etapa en la reflexión crítica sobre la relación entre derechos y deberes se dedica el capítulo quinto. La autora inicia su exploración a través de la Declaración Universal de los Deberes Humanos, cuyo objetivo era dotar a los derechos una base sólida y destacar la responsabilidad solidaria de cada persona con respecto al ejercicio universal de los derechos humanos, sobre todo de aquellos catalogados por Karel Vasak como de tercera generación. Posteriormente, se aborda la experiencia del nuevo constitucionalismo para explicar el vínculo entre derechos y deberes. Un repaso a diversos textos fundamentales nos permite atisbar una serie de deberes en las normas supremas, las cuales afirman la igualdad y la fraternidad con un mayor peso deberes y limitaciones al ejercicio de derechos que en el lenguaje anglosajón que enfatiza la libertad e iniciativa individual. Por último, la autora se centra en el principio de solidaridad que fundamenta derechos de tercera generación como la paz, el desarrollo sostenible, el patrimonio histórico y cultural, la

calidad de vida y el medio ambiente, así como una posible nueva cuarta categoría derivada del progreso tecnológico. Sobre la base de un análisis de la Declaración sobre las Responsabilidades de las Generaciones Actuales para con las Generaciones Futuras de la UNESCO de 1997, la profesora aborda cuestiones de justicia intergeneracional que exigen que la solidaridad sea expresada no solo espacialmente, sino también temporalmente. La fractura temporal entre las generaciones actuales y las que llegarán solo puede ser superada cuando los deberes sean situados en el centro porque solo así podrán protegerse las exigencias de justicia que no pueden ser reivindicadas a través de derechos subjetivos de personas y colectividades que están por nacer.

Tras este extraordinario recorrido, la profesora Bea defiende que en este ámbito debe imponerse una visión diacrónica que se aleje de aquella influida por el mercado y el cortoplacismo. Siguiendo al profesor De Lucas, quien plantea incluso la necesidad de superar la mirada especista que nos hace sentir dueños de la naturaleza, la autora destaca la clave de una solidaridad que nos debe llevar a asumir como propios los intereses del grupo en una suerte de responsabilidad común de toda persona que le mueva a actuar positivamente para su eficaz garantía, un deber que se debe extender no solo en el aquí y ahora, sino en todos los rincones y en el futuro.

El capítulo sexto de esta obra retoma, con un enfoque admirable, uno de los aspectos más relevantes que advertíamos de la iniciativa de la UNESCO sobre la relación entre los derechos y los deberes: el diálogo intercultural que debe sustentar el reconocimiento recíproco. En estas páginas, la autora defiende de manera espléndida que el discurso sobre la justicia o sobre los derechos no debe basarse en un lenguaje imperialista que se erija como única verdad, sino en un intercambio de posturas que se presenten entre sí con ánimo de contacto para enriquecerse mutuamente. Con esta perspectiva se presentó la Declaración Universal de Responsabilidades Humanas del Inter Action Council precisamente cincuenta años después del proyecto de la UNESCO. La diversidad no debe tomarse como impedimento para lograr un consenso, sino que debe ser ella la que lo guíe como desarrollo del derecho a la diferenciación frente a la uniformización: el pluralismo inclusivo como base para la convivencia y cohesión social. No obstante, conviene destacar que la profesora Bea, desde la hermenéutica diatópica de Panikkar que defiende que las diversas culturas no pueden ser nunca comprendidas desde la perspectiva de una sola, alerta de los peligros de un relativismo que pueda justificar la vulneración de derechos humanos, pero también de un universalismo abstracto que asume las propias creencias culturales como ideal de universalidad y que no es más que una manifestación de un monoculturalismo que finalmente desemboca en colonialismo cultural.

La monografía de la profesora Bea se cierra con el análisis de la Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos de 1998 adoptada en València y cuyo propósito se centraba en afianzar la relación entre derechos, deberes y responsabilidades para asegurar el cumplimiento de aquellos. Se entendió que, a pesar de las décadas pasadas desde la aprobación de la DUDH, los derechos humanos continuaban siendo violados gravemente, y que su disfrute estaba vinculado a la asunción de los deberes y responsabilidades implícitos en cada uno de ellos, entre los cuales se halla el deber intergeneracional al que la autora hacía referencia en capítulos previos. De nuevo nos llegan los ecos del deber de solidaridad que junto al de hospitalidad llenan las páginas de este último apartado. Para Derrida, se trata de deberes inexcusables que forman el mismo trasfondo de la ética y se configuran como

exigencias incondicionales que preceden a todo derecho de propiedad o manifestación de poder; para el filósofo francés, ni una ni otra pueden estar al dictado de quien acoge.

Esta obra supone un firme compromiso de la profesora Bea en la defensa efectiva de los derechos humanos que ha mantenido a lo largo de toda su excelente trayectoria. Lo hace ahora a través de la perspectiva de unos deberes humanos que han sido relegados a un segundo plano, pero que han de ser planteados para garantizar el disfrute de aquellos. Una vez los derechos humanos, a pesar las graves violaciones a las que se ven sometidos, han sido reivindicados, aceptados, reconocidos y justificados, es el momento de hacer lo propio con los deberes precisamente con el ánimo de evitar dichas vulneraciones. El individualismo imperante debe ser superado por una llamada personal y colectiva en favor de una solidaridad interpersonal sincrónica y diacrónica. El mensaje de José Saramago en la ceremonia en la que fue galardonado con el Premio Nobel de Literatura, y que emplea la autora en sus páginas, ofrece una buena síntesis de esta magnífica monografía por ilustrar y condensar la tesis que se defiende a lo largo de su texto: ningún derecho puede subsistir sin la simetría de los deberes que le corresponden. La crucial contribución de la profesora Emilia Bea en este libro, de imprescindible lectura, nos ofrece los argumentos y las razones para consolidar esa interrelación entre derechos y deberes.

Ángeles SOLANES CORELLA
Institut de Drets Humans
Universitat de València

CASADEI, Thomas, y ZANETTI, Gianfrancesco: *Manual de Filosofía del Derecho. Figuras, categorías, contextos*. Prefacio y traducción de Fernando Higinio Llano Alonso. Madrid, Tecnos, 2023, 503 pp.

La traducción al español de esta obra de los profesores Casadei y Zanetti (Universidad de Módena y Reggio Emilia), realizada por el profesor Llano Alonso, constituye una magnífica oportunidad para reflexionar sobre algunas cuestiones metodológicas siempre candentes en la disciplina iusfilosófica.

En una primera impresión superficial, el volumen se presenta como un manual de filosofía del derecho, orientado a su utilización por docentes y estudiantes. Sin embargo, basta con sumergirse en la lectura del libro para comprobar que dicha impresión inicial no se corresponde del todo con la realidad. En efecto, Casadei y Zanetti han elaborado una sugestiva introducción a la filosofía del derecho que, sin duda, es muy apta para su uso en la enseñanza y cuyo empleo resultara muy enriquecedor para docentes y estudiantes. Pero el trabajo de los autores va más allá. Supone una contribución de gran actualidad y extraordinario valor al ámbito iusfilosófico. Se trata de un auténtico ensayo sobre metodología de la filosofía del derecho, cuyas reflexiones conforman una sugerente propuesta sobre el modo de concebir la disciplina y su evolución.

Debemos a Fernando Llano Alonso el mérito de esta traducción que presenta la obra al universo académico hispanohablante, así como el prefacio cuya atenta lectura permite discernir la verdadera naturaleza de la obra y calibrar la relevancia de sus aportaciones.

El profesor Llano, catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla y decano de la Facultad de Derecho de esta universidad, explica en el prefacio cómo hay que entender el proyecto de Casadei y Zanetti. Lo hace incardinando el libro en la tradición de pensamiento italiano inaugurada por Giambattista Vico y que se extiende hasta la actualidad, teniendo a uno de sus mayores representantes en el siglo xx en Guido Fassò. La referencia a esta tradición, y en concreto al trabajo de Fassò, no es gratuita. El profesor Llano es especialista en la filosofía jurídica de Fassò, a la cual dedicó su tesis doctoral, dirigida por el profesor Antonio Enrique Pérez Luño (quien a su vez fue alumno de Fassò). Esta tradición se caracteriza por una manera distintiva de comprender la dimensión histórica de la filosofía del derecho. Se postula que el derecho no puede entenderse haciendo abstracción del contexto histórico en el cual se desarrolla, pero ello no implica relativismo alguno, ni conduce a negar todo estándar o imperativo de la razón en el derecho. Este planteamiento se contraponen a los paradigmas positivistas y sociologistas del derecho, pero es compatible con un «iusnaturalismo moderado», en el que la ley natural se entiende emanada de una razón que no es abstracta ni ideal, sino práctica e imbricada en la cambiante realidad histórica.

Por ello, aunque el enfoque que utiliza el manual es diacrónico, atendiendo a la evolución histórica del pensamiento iusfilosófico, el profesor Llano apunta que esto no supone una mera agrupación y clasificación de las figuras elegidas con arreglo a categorías esquemáticas simplistas. Muy al contrario,

y siguiendo el modelo de la *Historia de la Filosofía del Derecho* de Fassò¹, Casadei y Zanetti descienden al detalle del pensamiento de los autores (y autoras, por cuanto la obra incluye, de una forma original en comparación con los manuales, un estudio del pensamiento de filósofas como Olympe de Gouges y Hannah Arendt, así como de la teoría jurídica feminista en general). Las diversas doctrinas iusfilosóficas no se explican solo en función de factores del contexto histórico ajenos a la voluntad de las personas. En el libro se consideran y ponderan con precisión la originalidad y los matices de cada autor, intentando comprenderlos en sus mismos términos, teniendo en cuenta los interrogantes que se plantearon y a los que pretendían responder con sus teorías. De esta manera, la propuesta metodológica defendida en la obra adquiere un fuerte carácter narrativo. La evolución de la filosofía del derecho discurre a lo largo de la historia como una conversación a la que se van añadiendo aportaciones y puntos de vista diferentes y que se extiende a través de los siglos. A través de este diálogo se puede comprender cómo las categorías esenciales del pensamiento iusfilosófico se han ido conformando hasta la actualidad, y cómo hoy podemos analizarlas críticamente desde nuestra perspectiva.

Dentro de esta cuestión crucial de los puntos de vista, el profesor Llano también destaca como una de las aportaciones significativas del manual la atención que se presta a las visiones de colectivos tradicionalmente excluidos de la participación en esta gran empresa iusfilosófica: menores de edad, mujeres, indígenas, esclavos, extranjeros, pueblos no occidentales... Mediante la incorporación de estas perspectivas, el planteamiento metodológico de la obra entronca con los enfoques críticos del derecho que se han desarrollado en las últimas décadas.

Además del luminoso prefacio del profesor Llano, la introducción facilitada por Casadei y Zanetti también cumple una inestimable función explicativa de la metodología seguida en el manual, poniendo de relieve su originalidad y valor.

Casadei y Zanetti explican que, al plantearse la elaboración de un manual de filosofía del derecho, toda elección respecto al enfoque metodológico empleado implica también una determinada comprensión e interpretación de la disciplina. En síntesis: el modo de presentar la explicación de la materia supone la adopción previa de una visión acerca de la misma. No pueden existir, en este sentido, metodologías «neutrales». En el caso de la obra que nos ocupa, Casadei y Zanetti parten de que, como ya se ha indicado, la dimensión histórica es fundamental para entender el desarrollo del pensamiento iusfilosófico, dado que el derecho siempre es un «acto social». Pero dado que la selección de este contexto histórico tampoco es neutral, Casadei y Zanetti señalan la necesidad de atender a las preguntas que cada autor formula, a sus propias narrativas, a las referencias de unas a otras.

Junto al contexto y las narrativas, los autores del libro también destacan la importancia de las interpretaciones. Aunque Casadei y Zanetti se esfuerzan por explicar cada filosofía en sus propios términos, apuntan que no solo es relevante la intención del autor o autora, sino también las interpretaciones que de su doctrina se realizan con posterioridad. Y ello porque las ideas se

¹ Fassò, Guido; *Storia della filosofia del diritto*, ed. de Carla Faralli, Roma-Bari, Laterza, 2001.

desenvuelven, evolucionan y tienen vida propia más allá de lo previsto por quien en un principio las forjó.

«Contexto», «narrativas» e «interpretaciones» forman así la tríada sobre la que se construye el eje conductor de esta obra. Conviene descender al detalle y analizar cuáles son los resultados que arroja esta propuesta metodológica.

Como se ha señalado, el libro de Casadei y Zanetti aparece, superficialmente, como un manual de filosofía del derecho con un enfoque diacrónico. Se presenta como una suerte de historia de la disciplina a través de las contribuciones de sus principales exponentes. De esta manera, las grandes figuras del pensamiento iusfilosófico son objeto de análisis en los capítulos de la obra. Pero, como ya se ha anticipado, la metodología seguida por Casadei y Zanetti aporta un gran valor a este enfoque en apariencia estándar.

El «contexto histórico» es el primer pilar sobre el que se articula la exposición de los contenidos del manual, permitiendo vincular la evolución del pensamiento iusfilosófico con los acontecimientos y tendencias más significativos en cada época a nivel político, económico, social y cultural. De este modo comprendemos cómo se produce la gestación primigenia de la idea de un derecho superior al positivo en la mitología griega clásica, en la *Antígona* de Sófocles; cómo las luchas de poder entre el Papado, el Emperador y los príncipes seculares influyen en el giro hacia el voluntarismo de Dante y Ockham; el impacto que las guerras de religión de principios de la Edad Moderna tuvieron en las filosofías de Grocio y Hobbes; y las lecciones que de los horrores del nazismo y el Holocausto extrajo Radbruch, entre otros ejemplos. Las referencias a las situaciones históricas concretas son una constante en el libro y ayudan a reforzar la idea clave de la «dimensión práctica» del derecho.

La atención a las «narrativas» (segundo pilar de la arquitectura de la obra) facilita la comprensión de las diferentes filosofías del derecho en los términos de sus exponentes y cómo interactúan entre sí a lo largo de la historia. Entendemos así, por ejemplo, el profundo sentido teológico de las críticas y el desapego que San Agustín exhibe hacia un poder político no regido por la justicia; el esfuerzo de reconstrucción emprendido por Hegel como respuesta a la crisis de la filosofía y la metafísica suscitada por la crítica kantiana; la disputa entre el liberalismo individualista de Mill y la tradición defensora del «perfeccionismo moral» como objetivo del derecho; y el diálogo que Arendt establece con Montesquieu en el marco del combate que entabla la filósofa alemana contra el totalitarismo.

La importancia de las «interpretaciones» (tercer pilar del enfoque del libro) se refleja en las consecuencias que determinadas ideas acarrearán más allá del marco estricto de su formulación. Casadei y Zanetti lo ilustran con multitud de ejemplos: el potencial revolucionario latente en el cristianismo derivado de su noción de igualdad ontológica ante Dios y de su relativa depreciación de la sociedad política y sus jerarquías; las lecturas marxistas de los argumentos de Spinoza a favor de la democracia; y las repercusiones de la falacia naturalista identificada por Hume y su proyección contemporánea en el debate entre iusnaturalismo y positivismo. En estrecha conexión con este tercer pilar, el estudio de la «perspectiva de los sujetos tradicionalmente excluidos» constituye, según se ha indicado, un aspecto fundamental del planteamiento metodológico del manual.

Este enfoque inclusivo se manifiesta de diversas maneras. Para empezar, en la propia elección de las figuras de referencia del ámbito iusfilosófico analizadas. El libro incluye un estudio de la filosofía de Olympe de Gouges

(enfaticando su oposición a una interpretación restrictiva de los sujetos de derecho en los inicios de la Revolución francesa), una ponderación de las contribuciones del feminismo jurídico y en general de las teorías críticas del derecho, así como referencias al pensamiento iusfilosófico de civilizaciones no occidentales; en concreto, China y el mundo islámico. Para China, se ofrece un bosquejo de la filosofía confuciana, la taoísta, la Escuela de los Legistas, la escuela de Mozi y las ideas de Mencio. En el caso del islam, se realizan consideraciones acerca de la jurisprudencia islámica, la *Shari'a* y la noción de *umma* y sus implicaciones.

Pero además, Casadei y Zanetti rastrean cómo esta espinosa cuestión de la exclusión de determinados sujetos de un estatus jurídico pleno se manifiesta en los escritos de los autores «clásicos». Se discuten en este sentido, por ejemplo, la mirada de Aristóteles sobre la esclavitud; los prejuicios de Rousseau contra las mujeres; la discusión suscitada en el seno de la escuela española del derecho natural con motivo de la conquista de América por los europeos; y la visión de Tocqueville sobre el colonialismo. En suma, el hecho secular de la opresión se presenta desde el punto de vista de las dos partes involucradas, enriqueciendo el valor de la obra.

Lo anterior constituye un resumen de las principales aportaciones que Casadei y Zanetti realizan a la metodología de la filosofía del derecho con este manual. Sin embargo, la riqueza que el libro puede aportar, tanto a profesionales de la disciplina iusfilosófica como a personas con deseos de formarse en ella, no se limita a ello. Deben destacarse ciertos aspectos de la obra que complementan lo ya expuesto.

Casadei y Zanetti mantienen un equilibrio que no siempre es fácil de alcanzar entre una «filosofía del derecho de los juristas» y una «filosofía del derecho de los filósofos», según las categorías de Norberto Bobbio. De un lado, siempre están atentos a las repercusiones de las distintas teorías iusfilosóficas sobre el derecho positivo, al impacto de estas en la configuración de los ordenamientos jurídicos. De otro lado, entienden que el derecho no puede concebirse ni estudiarse como un fenómeno aislado, por lo que enfatizan las conexiones de las diferentes filosofías del derecho con las visiones filosóficas generales de sus proponentes. Un ejemplo paradigmático es el de Kant, cuya filosofía del derecho no se puede comprender sin entender el carácter revolucionario de su crítica a la metafísica y a la ética tradicionales. Consecuencia de esto es que en el manual se incluyen autores que no son habitualmente considerados como filósofos del derecho, pero cuyas filosofías generales han tenido importantes ramificaciones en el ámbito jurídico, como es el caso de Hume (con su crítica a la falacia naturalista) o Burke (con su argumento filosófico a favor del conservadurismo).

Asimismo, los autores del manual muestran en todo momento un escrupuloso respeto a las figuras históricas analizadas, sin soslayar sus contradicciones o las insuficiencias de sus planteamientos, pero tratando siempre de encauzar estas cuestiones desde un ángulo teórico y constructivo. Esto se cumple incluso al ponderar el pensamiento de quienes tomaron decisiones vitales merecedoras de una crítica moral severa, como Carl Schmitt.

Por último, es de destacar la «pluralidad de planteamientos iusfilosóficos» que se analizan en la obra. Esto se refleja, no solo en la elección de las figuras de referencia estudiadas, sino también en el aparato bibliográfico crítico empleado. En este pueden encontrarse iuspositivistas como Bobbio o Hart, iusnaturalistas como Cotta o Finnis, trabajos de notables exponentes de la teoría crítica del derecho y del realismo jurídico, obras clásicas junto a

aportaciones recientes. Para interpretar a Platón se recurre tanto a Karl Popper como a Eric Voegelin, para leer a Maquiavelo se cita tanto a Quentin Skinner como a Leo Strauss. Esta pluralidad aporta una gran riqueza al manual.

En definitiva, no nos encontramos ante un libro meramente indicado para su uso docente (aunque tanto el personal docente universitario como el alumnado sin duda extraerán un gran provecho de su empleo en clase). Casadei y Zanetti han llevado a cabo una valiosa contribución a la metodología de la disciplina iusfilosófica, incorporando importantes aportes derivados de los trabajos más recientes y a la vez revisitando cuestiones clásicas capitales en la discusión de esta materia. El debate en torno a cómo se ha de comprender la filosofía del derecho, cuál es su relación con otras disciplinas, cómo explicar su evolución a lo largo de la historia..., siempre será de actualidad. La propuesta metodológica de Casadei y Zanetti, a la que hoy podemos tener acceso en lengua española gracias a la inestimable labor del profesor Llano Alonso, ayudará a reformular todos estos cruciales interrogantes con mayor claridad y rigor.

Antonio MESA LEÓN*
Universidad de Sevilla

* Este trabajo ha sido realizado gracias a un contrato predoctoral financiado por el VI-PPITUS.

CUCARELLA GALIANA, Luis-Andrés: *Paz, justicia e inclusión: objetivos de desarrollo sostenible en derechos humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, 288 pp.

Tras la lectura de la obra *Paz, justicia e inclusión: objetivos de desarrollo sostenible en derechos humanos*, coordinada por el Prof. Dr. Luis-Andrés Cucarella Galiana, la primera conclusión es que representa un valioso aporte al campo de los derechos humanos, articulando de manera magistral los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) con las realidades jurídicas contemporáneas, centrándose en la paz, la justicia y la inclusión.

A través de sus ocho capítulos, la obra examina temas como el derecho procesal constitucional, la protección jurisdiccional de los derechos humanos, la no discriminación y la igualdad de trato en la Unión Europea, la violencia de género, la perspectiva de género en el proceso penal, la discapacidad, el desarrollo sostenible y el principio precautorio en el medio ambiente.

En el primer capítulo, titulado «El Derecho Procesal Constitucional como garantía de los derechos humanos», el profesor Eduardo Andrés Velandia Canosa aborda la jurisdicción constitucional desde una óptica especializada, con énfasis en sus competencias objetiva y subjetiva, así como la competencia transnacional. Este capítulo se destaca por su enfoque detallado en el control incidental de constitucionalidad y convencionalidad, explorando tanto aspectos objetivos como subjetivos, un texto en el que, la estructura y el tratamiento del tema son exhaustivos y que permite una mayor contextualización en escenarios prácticos, tal y como lo es su propuesta de la jurisdicción constitucional.

Es importante destacar que el Derecho Procesal Constitucional juega un rol crítico como garante de los derechos humanos, estableciendo el marco legal y procesal para su protección y aplicación efectiva, siendo el ámbito del derecho que se ocupa de la interpretación, aplicación y control de las normas constitucionales, incluyendo aquellas que se refieren a los derechos fundamentales, por lo que, la existencia de un modelo integral de jurisdicción constitucional protectora de los derechos humanos es esencial para asegurar que estos no se queden en meras declaraciones, sino que se conviertan en realidades tangibles y justiciables.

La jurisdicción constitucional especializada, con sus competencias objetiva y subjetiva, es clave en este proceso, en la medida que permite una revisión y un control jurídico profundo y específico sobre las materias constitucionales, garantizando que las interpretaciones y aplicaciones de la ley respeten los principios y derechos establecidos en la Constitución.

A su vez, la competencia transnacional y el control incidental de constitucionalidad y convencionalidad extienden aún más este marco protector, reconociendo que los derechos humanos, en su naturaleza universal, requieren una perspectiva y aplicación más allá de las fronteras nacionales, abrazando estándares internacionales y regionales, ya sea en su vertiente objetiva o subjetiva, es una herramienta procesal que permite a los jueces revisar la conformidad de las leyes y actos con la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos en casos concretos, siendo mecanismos que aseguran la consideración primordial de los derechos humanos en la aplicación de la ley y en la resolución de conflictos legales.

En el capítulo segundo, el profesor Luis Andrés Cucarella Galiana, bajo el título «Sumisión exclusiva a la ley y protección jurisdiccional colectiva efectiva de los derechos humanos», se centra en el control de convencionalidad

dentro del contexto constitucional español, analizando jurisprudencia relevante y la interacción del Tribunal Constitucional español con esta normativa. La profundidad analítica del texto es notable, especialmente en el estudio de casos relevantes a nivel internacional, dentro de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como lo son *Almonacid Arellano vs. Chile* y *Gelman vs Uruguay*, vislumbrando las implicaciones de estos precedentes en la práctica jurídica y en el diálogo entre cortes a nivel global.

La sumisión exclusiva a la ley y la protección jurisdiccional colectiva de los derechos humanos son principios fundamentales en el estado de derecho, especialmente en el contexto del control de convencionalidad. Este concepto, que refuerza el papel del poder judicial como garante de los derechos humanos, implica que las leyes nacionales deben estar en conformidad no solo con la constitución del país sino también con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, con el objetivo de garantizar que las decisiones judiciales y las leyes nacionales no contradigan los compromisos internacionales en la materia, lo que implica un examen riguroso de las normas, asegurando que estas estén alineadas con los estándares convencionales y constitucionales.

En este contexto, este capítulo expone cómo la jurisprudencia internacional, particularmente las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), ejemplifican en casos como *Almonacid Arellano vs Chile* y *Gelman vs Uruguay*, el desarrollo del control de convencionalidad, estableciendo precedentes importantes frente a la obligación de los Estados de cumplir con sus compromisos internacionales en materia de derechos humanos. En España, el Tribunal Constitucional ha integrado este principio en su jurisprudencia, como se ve en decisiones como la STC 270/2015 y la STC 140/2018, que establecen criterios jurisprudenciales para el control de convencionalidad, demostrando la evolución del entendimiento y la aplicación de los derechos humanos en el ámbito nacional y asegurando que las leyes y prácticas nacionales se alineen con los estándares internacionales de derechos humanos.

Seguidamente, el capítulo tercero «ODS 16: No discriminación y organismos de igualdad de trato en la Unión Europea», realizado por la profesora Ángeles Solanes Corella, ofrece una perspectiva integral sobre el ODS 16, enfocándose en la no discriminación y los organismos de igualdad de trato en la Unión Europea. En este texto, la autora logra una síntesis impecable entre la teoría y la práctica institucional, brindando un análisis enriquecedor que ilustra los desafíos y logros en este ámbito.

Este ODS, se propone promover sociedades pacíficas e inclusivas, proporcionar acceso a la justicia para todos y construir instituciones efectivas, responsables e inclusivas a todos los niveles, dentro del marco de la no discriminación y la igualdad de trato para alcanzar una sociedad verdaderamente sostenible y justa, con un alcance amplio y se relaciona estrechamente con el desarrollo de instituciones nacionales independientes encargadas de velar por los derechos humanos y la no discriminación.

En la Unión Europea y especialmente en España, conforme lo plantea la autora, este enfoque se manifiesta a través de la creación y fortalecimiento de organismos de igualdad de trato, que son esenciales para asegurar que los derechos y libertades fundamentales se protejan y promuevan de manera efectiva, independientemente del género, raza, religión u otras características.

Ya en el capítulo cuarto, denominado «Violencia contra las mujeres como discriminación: avances en clave de Derechos Humanos», la profesora María José Añón aborda de manera crítica la violencia contra las mujeres como

forma de discriminación, planteando una discusión reveladora sobre la interseccionalidad estructural y el papel de los estereotipos, a partir de un análisis robusto y explorando soluciones jurídicas innovadoras en este campo.

A partir de este capítulo se resalta que la violencia de género no es solo un acto de agresión individual, sino también un síntoma y una herramienta de la discriminación sistémica contra las mujeres, por lo que, al clasificar la violencia de género como una forma de discriminación, se subraya la obligación de los estados de no solo sancionar y prevenir estos actos de violencia, sino también de abordar las estructuras sociales y culturales subyacentes que perpetúan la desigualdad de género.

Este enfoque interseccional estructural defendido por la autora es crucial, ya que reconoce cómo diversas formas de discriminación (como raza, clase, y género) se entrelazan y amplifican la vulnerabilidad de ciertos grupos a la violencia y la opresión, señalando que el papel de los estereotipos y prejuicios en la perpetuación de la violencia de género debe ser un área de preocupación legal, ya que estos estereotipos no solo justifican la violencia sino que también obstaculizan la justicia y la igualdad en el tratamiento legal y social de las víctimas.

En el capítulo quinto de esta obra, la profesora Olga Fuentes Soriano, bajo el título «La perspectiva de género en el proceso penal», ofrece una perspectiva valiosa sobre la incorporación de la perspectiva de género en el proceso penal, abriendo la discusión sobre cómo los indicios e interpretación de pruebas es particularmente útil, brindando insumos y orientadores para la comparación y el análisis con sistemas judiciales de otros países en esta materia.

La incorporación de la perspectiva de género en el proceso penal, como lo aborda la autora, es de vital importancia jurídica, ya que representa un avance significativo en la forma en que el sistema de justicia entiende y aborda los delitos, particularmente aquellos relacionados con la violencia de género. Así, la inclusión de esta perspectiva en la instrucción penal implica un análisis más profundo y contextualizado de los indicios y pruebas, reconociendo cómo los prejuicios y estereotipos de género pueden influir tanto en la comisión del delito como en su investigación y adjudicación.

En casos de violencia de género, por ejemplo, esta perspectiva de género como la plantea la profesora Fuentes, permite una mejor comprensión de la dinámica del poder y el control, y cómo estos factores pueden manifestarse en pruebas específicas, promueve una valoración de la prueba que es consciente de los sesgos de género, asegurando que las máximas de experiencia no perpetúen estereotipos dañinos, garantizando un enfoque más justo y equitativo en la administración de la justicia, contribuyendo significativamente a la lucha contra la discriminación y la violencia de género.

El sexto capítulo denominado «La discapacidad paso a paso: del impulso legal a la concienciación social», y escrito por la profesora Sonia Calaza López, presenta una visión integral de la discapacidad, abordando desde la justicia terapéutica hasta la dualidad jurisdiccional, donde se destaca el trabajo de la autora al conectar estos temas con la concienciación social, desde un análisis detallado sobre cómo estas prácticas jurídicas impactan en la vida cotidiana de las personas con discapacidad.

De esta manera, la autora subraya la importancia de adaptar el sistema de justicia para abordar de manera efectiva las necesidades específicas de las personas con discapacidad, donde la consideración de modelos como la justicia terapéutica, voluntaria y contenciosa refleja un enfoque más inclusivo y adaptativo del derecho, que busca no solo la resolución de conflictos, sino

también el bienestar y la integración social de individuos con discapacidad. Esta dualidad jurisdiccional, que implica la coexistencia de la jurisdicción voluntaria (donde las partes buscan una solución de mutuo acuerdo) y la jurisdicción contenciosa (donde un tribunal toma decisiones en disputas), destaca la necesidad de flexibilidad y adaptabilidad en los procedimientos legales, incluyendo aspectos críticos como procedimientos accesibles, evaluación adecuada de pruebas, emisión de sentencias considerando las particularidades de cada caso y la posibilidad de apelar decisiones, todo esto, en la búsqueda de consolidar un sistema de justicia más inclusivo y equitativo, que reconozca y se adapte a la diversidad de experiencias y necesidades, especialmente para las personas con discapacidad.

Por su parte, el profesor Pablo Darío Villalba Bernie, aporta a esta obra colectiva en su Capítulo séptimo, sus planteamientos sobre «La transformación jurídica a partir de los derechos humanos y de un desarrollo sostenible». Este capítulo se destaca por su enfoque en la intersección de los derechos humanos con el desarrollo sostenible, especialmente en relación con el medio ambiente, con miradas e interpretaciones innovadoras y profundas, con suficiencia teórica, abriendo la oportunidad de plantearse cuestionamientos frente a las realidades globales, regionales y locales.

Desde la perspectiva del autor, la transformación jurídica en el contexto de los derechos humanos y el desarrollo sostenible refleja una evolución crucial en la comprensión y aplicación del derecho, integrando de manera progresiva la protección ambiental y los derechos humanos, transformación que se manifiesta en el reconocimiento del derecho al medio ambiente sano como un derecho humano fundamental, vinculado intrínsecamente con la dignidad humana y la dimensión ecológica de la existencia, por lo que, la incidencia de los derechos humanos en cuestiones ambientales conlleva una reevaluación de las prácticas legales y políticas para abordar los dilemas y problemas globales actuales.

Los principios de responsabilidad, solidaridad y sustentabilidad ambiental emergen entonces como pilares esenciales en este contexto, orientando la creación y aplicación de leyes hacia la sostenibilidad y la equidad intergeneracional, implicando una reflexión sobre la relación entre deberes sociales, liberales y ecológicos, buscando un equilibrio que promueva tanto el bienestar humano como la conservación del medio ambiente. Así, la relevancia jurídica de estos temas radica en su capacidad para guiar a la sociedad hacia un modelo de estado social y medioambiental, donde la ciencia jurídica juega un papel crucial en la promoción de un desarrollo sostenible y equitativo.

Finalmente, en el capítulo octavo, titulado «Principio precautorio y medio ambiente sano», escrito por el profesor Alfonso Jaime Martínez Lazcano, ofrece una exploración detallada del principio precautorio en el contexto del medio ambiente, donde el equilibrio entre teoría y análisis práctico es adecuado y promueve una discusión más amplia sobre los desafíos de implementar este principio en diferentes jurisdicciones.

Conforme a lo planteado por el autor, el principio precautorio en el contexto del medio ambiente sano es de gran relevancia jurídica, ya que representa un enfoque proactivo y preventivo en la gestión y protección ambiental, sostiene que la falta de certeza científica completa no debe ser un impedimento para tomar medidas efectivas en la prevención de daños ambientales potenciales, especialmente cuando estos podrían ser graves o irreversibles, de tal manera que, la aplicación de este principio en los ámbitos individual, institucional y colectivo, refuerza la responsabilidad compartida de proteger el medio ambiente. Así mismo, la relación entre un medio ambiente sano y

otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a la salud y a un desarrollo sostenible, subraya la interdependencia entre la protección ambiental y el bienestar humano.

En este contexto, y tal y como lo expone el autor, los criterios judiciales nacionales y la jurisprudencia interamericana reflejan la integración del principio precautorio en las decisiones legales, demostrando su importancia creciente como un estándar en la legislación y justicia ambiental, siendo crucial para garantizar la seguridad humana y fomentar un desarrollo sostenible que equilibre las necesidades económicas, sociales y ambientales, asegurando la protección del medio ambiente para las generaciones presentes y futuras.

Frente a esta relevante obra colectiva, la Magistrada del Tribunal de la Jurisdicción Especial para la Paz de Colombia, profesora y doctora Gloria Amparo Rodríguez, reflexiona en el prólogo desde su experiencia profesional en contextos de conflicto armado, enfatizando la necesidad de un enfoque interdisciplinario en la construcción de la paz que incluya aspectos sociales, económicos, ecológicos y culturales, mencionando el caso de la Jurisdicción Especial para la Paz, creada para abordar el conflicto armado desde una perspectiva de justicia restaurativa, quien concluye reconociendo la importancia de la obra para la construcción de la paz y la justicia social, felicitando al coordinador y a los autores por sus aportes significativos en abordar los desafíos y proporcionar soluciones a problemas relacionados con los derechos humanos y los ODS.

La importancia de este libro radica en su enfoque multidisciplinario y actual que vincula directamente los derechos humanos con los ODS, realizando varios aportes significativos al estudio y aplicación del derecho en materia de integración de los ODS en el Análisis Jurídico, proporcionando una perspectiva moderna y globalizada, esencial para la comprensión de los desafíos jurídicos actuales en su diversidad.

Así mismo, a lo largo de la obra se presentan análisis Jurisprudenciales y doctrinales actualizados, donde se examinan casos y posturas judiciales recientes, por lo que el libro se posiciona como una fuente actual y relevante para académicos y profesionales del derecho, en el abordaje de temas emergentes como la interseccionalidad, la violencia de género y las cuestiones ambientales desde una óptica jurídica, ampliando la comprensión de estas áreas.

Al ofrecer análisis detallados y propuestas concretas, el libro se convierte en una herramienta valiosa para la formulación de políticas públicas y estrategias legales orientadas a la promoción de la justicia, la paz y la inclusión, enriqueciendo el diálogo en las ciencias jurídicas, al integrar de manera efectiva los temas de derechos humanos y desarrollo sostenible, constituyendo un testimonio del compromiso continuo de los autores participantes, de sus instituciones, y especialmente, del coordinador de la obra, con los derechos humanos y el desarrollo sostenible y siendo un recurso invaluable para académicos, juristas y políticos interesados en estos campos cruciales.

José Darío ARGÜELLO-RUEDA*

* Abogado. Magister en análisis político. Doctorando en Seguridad Humana y Derecho Global. Investigador adscrito de la Cátedra Manuel Ballbé de Seguridad Humana y Derecho Global. Universitat Autònoma de Barcelona UAB. <https://orcid.org/0000-0003-3083-3583>.

GRECO, Tommaso: *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*. Traducción y prólogo de Francisco Javier Ansuátegui Roig; epílogo de Fernando Higinio Llano Alonso. Dykinson, Madrid, 2023, 204 pp.

La confianza, al igual que el Derecho, es un elemento omnipresente en el día a día de todas las personas. Tal y como se suele explicar al alumnado en las primeras clases del grado en Derecho, toda relación entre personas y el entorno está supeditada a una determinada comprensión del Derecho; si bien, estas situaciones pueden pasar desapercibidas hasta que se cuente con las herramientas necesarias para su identificación. Podría decirse que algo muy similar ocurre con la confianza. Si se sustituye Derecho por confianza en el enunciado anterior, entonces se puede hablar de confianza como toda una red «invisible» que interconecta a unas personas con otras, y a través de la cual, y de su entendimiento, se actúa con los demás. Precisamente, es por su ocasional inadvertencia que encuentro tan interesante la manera en la que Tommaso Greco, en su libro *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, aborda y profundiza en los vínculos existentes entre ambos términos, confianza y Derecho. Esta obra, que se desarrolla en base al binomio «confianza» y «desconfianza», presenta la posibilidad de observar las relaciones humanas a través de uno u otro prisma; por ende, destaca su importancia en determinadas cuestiones jurídicas y, de manera más específica, su relevancia en el extendido paradigma del Derecho como sistema punitivo.

Si bien en el libro se abordan muchas cuestiones, todas ellas de carácter primordial, en las páginas que siguen, trataré de proporcionar unas apreciaciones generales en relación con los temas que el autor plantea. La lectura de la obra del profesor Greco, proporciona apuntes que pueden ayudar a identificar la transversalidad de las reflexiones que surgen en torno a la conexión entre confianza y Derecho (pues engloba temas fundamentales relacionados con la teoría del Derecho, la ética, la política o la sociología, entre otros); y, al mismo tiempo, destaca el reto que su debate supone en el ámbito de la filosofía jurídica. En este sentido, si bien algunos acontecimientos recientes, como puede ser la pandemia mundial producida por el virus COVID-19, la tendencia a la polarización de las posturas políticas manifestada en multitud de países, o la incipiente presencia de la Inteligencia Artificial en las relaciones humanas, han acentuado la necesidad de repensar la relación entre Derecho y confianza, su conjunción siempre ha sido un asunto de gran interés para los filósofos jurídicos. Tanto es así que el autor, a través del razonamiento elaborado por Maquiavelo o Hobbes, entre muchos ilustres teóricos que cita durante toda la obra, pretende y consigue someter a discusión alguna de las convicciones más arraigadas sobre el espacio que la confianza ocupa dentro del Derecho. En las próximas líneas, me centraré en tres temas que considero fundamentales en la obra de Tommaso Greco y que él mismo abarca en su obra de manera exhaustiva y magistral: las raíces del modelo de la desconfianza, la fundamentación de la obediencia al Derecho, y, por último, la representación de la confianza en el Derecho y la sociedad.

Tal y como apoya parte del pensamiento jurídico, la esencia del Derecho está representada por las personas y su necesidad de relación entre ellas; el Derecho invita a los sujetos a reconocer los derechos y deberes propios, y también los recíprocos. En este sentido, el Derecho orienta la identificación de las expectativas propias y la satisfacción de las ajenas, si cabe, del mismo

modo en que se espera que las que se consideran individuales sean reconocidas y complacidas. En base a esta mutua consideración, es posible sostener que lo que el Derecho pide, en un primer momento, es «que las personas se fien unas de otras».

Sin embargo, la realidad en la que a veces se comprende el sentido del Derecho es otra. Como bien señala el autor, se ha enraizado la idea de Derecho como un instrumento para paliar la posible falta de confianza. Hay una tendencia generalizada a asumir que la manera en la que el Derecho enfrenta esa carencia es a través de la sanción; sanción cuya función es la de garantizar, o al menos intentar asegurar, que ninguno de los sujetos falle a la confianza del otro, pues de hacerlo deberá atenerse a las consecuencias. En la conciencia colectiva, cuando se habla de Derecho, es frecuente imaginar situaciones en las que éste se utiliza como mecanismo cuando la manifestación de la confianza es cuanto menos dudosa. En esta línea, se podría pensar en que la presencia de preceptos legales que prevén sanciones, por ejemplo, en caso de robo, se mantienen porque no hay confianza en que de no existir, no se robe. Es mediante esta perspectiva desde la cual la intervención del Derecho se considera, en todo momento, la ruptura con la confianza pues su aplicación nace como consecuencia de la falta de seguridad en el comportamiento de los demás. Derecho y confianza devienen frentes opuestos.

Da la impresión que la vocación del Derecho es, más que la incorporación y la promoción de la confianza de unos respecto a otros, la de remediar su falta, convirtiéndose entonces en un aliado de la sospecha e impulsor del llamado «modelo de la desconfianza». Una frase, para mí, especialmente reseñable en la obra de Tommaso Greco es la que expresa que «[aunque] el mundo esté hecho de tal modo que no debemos fiarnos totalmente de los otros si bien tal vez es necesario fingir lo contrario». Pareciera que este recelo a los demás encuentra espacio en una desconfianza regulada, en un Derecho que se configura en torno a su capacidad coercitiva y cuya fuerza reside en la tradicional visión vertical del poder del Estado. En otras palabras, Derecho y confianza se constituyen como dos elementos que la sociedad únicamente puede conciliar a través de la presión que las sanciones ejercen mediante la fuerza y el poder del Estado.

Se podría defender que la confianza, aunque sea por su falta, es un elemento que permite de manera estructural que el Derecho funcione. Si bien, la cuestión verdaderamente relevante, y que el autor pretende aclarar, es la de si el Derecho, cuyo cometido es orientar los comportamientos sociales, y no (o al menos no únicamente) a través de las sanciones, se podría valer entonces de componentes más virtuosos, como los que se extraen de la confianza, para lograrlo. Para descubrirlo, es necesario ahondar en las razones y las motivaciones por las que se está a lo dispuesto en las normas; por ellos, la obra dedica varias páginas para responder la siguiente pregunta «¿Por qué se obedece al Derecho?».

En la antigüedad ya se daba cuenta de la falta de obediencia natural al Derecho, y en su lugar, se destacaba el temor al castigo como la verdadera motivación en el cumplimiento de los deberes; aun así, las interpretaciones clásicas contenían un análisis más benévolo y amable con la idea de Derecho y justicia que el que sostiene el paradigma moderno. La noción de justicia, y por tanto, la aplicación de la justicia, se edifica a través del binomio «confianza y desconfianza» que se mencionaba antes. En la actualidad, predomina un enfoque que destaca la naturaleza maquiaveliana del ser humano y que asocia éste a motivaciones interesadas y oportunistas. Desde esta perspectiva

queda la voluntad de los sujetos en tela de juicio y parece que no hay, entonces, otra posibilidad que confiarse al poder de la sanción. El modelo de la desconfianza encuentra justificación, por un lado, en que Derecho y la confianza son elementos alternativos, pues allí donde hay Derecho no hay confianza; y por otro lado, en que la obligatoriedad del Derecho depende directamente de la capacidad coercitiva del mismo. A partir de estas premisas, Tommaso Greco invita a reflexionar sobre la medida en que estas afirmaciones pueden cimentarse sobre argumentos falaces.

El modelo de la desconfianza enfatiza en que la obediencia al Derecho responde a la fuerza y coacción que ejercen los funcionarios responsables de hacer cumplir lo dispuesto en sanción a los ciudadanos; como si el Derecho, al menos, necesitase que los ciudadanos confíen en el Estado y en los operadores jurídicos, así como en su potestad para dictar leyes y garantizar su cumplimiento. Sin embargo, esta propuesta parece insuficiente para entender por qué esos mismos operadores llamados a ejercer la fuerza, también se someten y obedecen la norma. Una de las tesis fuertes que sostiene Tommaso Greco es que, en cualquier caso, además de una obligación jurídica, en última instancia, existe una obligación moral que orienta el comportamiento tanto de ciudadanos como de operadores jurídicos y, que esta obligación moral, no depende ni se encuentra condicionada a ninguna sanción, sino que entraña un carácter facultativo.

Siendo evidente que el Derecho y la sanción tienen su sentido y su cometido en el ámbito de las relaciones sociales, también podría afirmarse que la sanción no es el único elemento estructural para el funcionamiento del derecho. No hay que negar la importancia y la necesidad de la existencia de la sanción institucionalizada; pues de otra manera y como ha quedado evidenciado a lo largo de toda la historia, el ordenamiento jurídico y también el orden social, quedarían en riesgo por la amenaza de los grupos comprendidos como «fuertes», que prevalecerían en su posición, frente a los llamados «débiles». Sin embargo, esto no excluye razonar que si el Derecho nace como la intervención de un tercero para resolver un conflicto entre dos partes (se puede seguir con el ejemplo de fuertes frente a débiles), entonces éste se presenta como un remedio posterior a la aparición del problema. Así lo entiende y defiende el autor cuando señala que previamente al conflicto, hay un plano anterior de convivencia pacífica y de confianza en el respeto de la ley. En otras palabras extraídas de la obra: «Es la norma la que determina la obligación jurídica, y eventualmente, requiere, en caso de incumplimiento la intervención de la coacción».

Sin embargo, la mera existencia de una norma y su reconocimiento no implica su cumplimiento, sino que este mandato jurídico se tiene que ver contrastado con los propios mandatos morales y que éstos coincidan con el sentido de lo que «un sujeto cree que debe a otro». Por este motivo, el Derecho se vuelve una excepción a la que recurrir cuando, entre partes, los principios de la confianza se tambalean. Entender que, en su mayoría, los gestos que se realizan a diario están fundamentados en la empatía, consideración y respeto a los intereses de los demás, es apoyar una visión edificante del «Derecho basado en la confianza». En este sentido, poner en primer plano la sanción, antes que otros elementos, para fundamentar la obediencia del Derecho, sería envenenar y arrancar las mutuas expectativas que se entablan entre los sujetos jurídicos.

Desde esta visión, la experiencia jurídica guarda un espacio para una figura más espontánea, incluso podría decirse, que alberga una naturaleza

solidaria. El autor del libro expone cómo frente a la tradicional visión de verticalidad entre el Estado y los ciudadanos, el Derecho se abre a una relación horizontal entre ciudadanos que se presenta como un elemento integrador y representativo de la fuerza de la comunidad.

La confianza se configura como un elemento que apela a una doble responsabilidad en lo que respecta al sistema jurídico: por un lado, confianza en los que interpretan las normas; y por otro lado, confianza en los llamados a aplicarlas, lo cual incluye un margen de flexibilidad para algunas situaciones. Solo desde la confianza en que el Derecho es capaz de acoger las peculiaridades que caracterizan algunas experiencias puede comprenderse el fenómeno jurídico como un orden certero, eficaz y justo; y solo desde la confianza en que estas situaciones son debidamente valoradas y consideradas, es que las normas podrán lograr el fin que persiguen. No hay Derecho sin responsabilidad, y por lo cual, tampoco hay Derecho sin confianza.

En las últimas páginas de su obra, Tommaso Greco apunta que si bien la confianza despliega sus efectos en el plano jurídico, al ser la naturaleza del Derecho inherentemente social, la confianza también se constituye como un llamamiento a la responsabilidad civil. Durante todo el libro se ha ido auspicando que, frente al extendido paradigma del respeto a la norma por temor a la sanción, parece más efectivo fomentar una visión solidaria y fraterna del comportamiento humano. El Derecho debe constituirse una estructura integradora y promotora de la confianza y la fuerza de la comunidad.

Tras la lectura del libro del profesor Greco, es fácil identificar la importancia de la colaboración conjunta para la mejora del Estado. Tan solo la idea de convivir en un sistema en el que la desconfianza y la sospecha sean los principios predominantes se hace bastante insostenible; y es que, es precisamente gracias al consenso común, gracias a este componente de convicción sobre lo que consideramos mejor los unos para con los otros, es donde nace y cabe la confianza y donde la madurez social-democrática de un Estado alcanza su máxima expresión.

Isabel GARCÍA SÁNCHEZ-MAYORAL
Universidad Carlos III de Madrid

LA TORRE, Massimo: *Il senso della norma. Filosofia fragile del diritto*, DeriveApprodi, Bologna, 2023, 336 pp.

La pandemia que vivimos no hace tanto tiempo afectó directamente a la práctica totalidad de nuestras actividades cotidianas. Los docentes nos vimos directamente condicionados y tuvimos que cambiar muy rápidamente la metodología de nuestro quehacer, aprovechando las posibilidades que nos ofreció la docencia *on line*. Es cierto que el aprovechamiento de esas posibilidades nos permitió continuar con nuestro trabajo (al menos en una de sus manifestaciones) y no interrumpir el contacto con los estudiantes. Esto es algo que hay que reconocer en favor de las potencialidades del entorno *on line*. Pero este reconocimiento no debe conducir a desterrar el modelo tradicional de enseñanza presencial, basado en el contacto directo entre estudiante y profesor. Las ventajas de ese modelo me parecen fuera de discusión¹, si bien es cierto que hoy tienen que reivindicarse frente a una estandarización de la enseñanza, en particular la universitaria, afectada por un discurso que propicia el desembarco en el ámbito docente e investigador de estrategias mercantiles, frecuentemente incompatibles con la puesta en valor de las humanidades².

Esta reflexión inicial puede servir para contextualizar la propuesta de Massimo La Torre en *Il senso della norma*. El libro incluye las lecciones de filosofía del Derecho que impartió *on line* durante el curso 2019-2020 en la Universidad de Catanzaro, es decir, durante el tiempo de pandemia. Las clases se grabaron y posteriormente se volcaron al papel, de manera fiel en relación con lo dicho en clase, por Rosario Paradiso. Todo ello recuerda de alguna manera a los textos de Norberto Bobbio que en realidad incluían los cursos impartidos por el maestro de Turín³. Esta circunstancia explica el estilo fresco del libro, en el que hay reenvíos frecuentes a otras partes de libro y en donde se incluyen referencias culturales que trascienden el estricto discurso iusfilosófico. En efecto, la filosofía del Derecho de Massimo La Torre es una filosofía «cultural» del Derecho. El Derecho es considerado como un elemento de la realidad cultural y social (p. 47). Eso explica por qué debe entenderse en el marco de contextos y discursos más amplios, que lo trascienden pero que contribuyen a dotarlo de sentido. Pensemos, por ejemplo, en las referencias que en el libro se hacen a la tensión entre el racionalismo y el romanticismo y a sus derivaciones en relación con la comprensión del Derecho; o en las referencias a Pascal, Montaigne y Descartes, que permiten dotar de sentido al concepto de autoridad (pp. 104 ss.); o en la consideración que se hace de Spengler, Mann o Frazer; o en la poesía *Law like Love* de Auden.

¹ Es el que reivindican Maggie BERG y BARBARA K. Seeber en *The Slow Professor. Desafiando la cultura de la rapidez en la academia*, traducción de B. Jiménez Villar, Universidad de Granada, 2022. Y también ZAGREBELSKY, G., *La lezione*, Einaudi, Torino, 2022.

² Entre las múltiples referencias, NUSSBAUM, M. C., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, trad. de M. V. Ródil, Katz, Madrid, 2010; LLOVET, J., *Adiós a la universidad. El eclipse de las humanidades*, trad. de A. Fuentes, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2011; ORDINE, N., *L'utilità dell'inutile*, Bompiani, Milano, 2013.

³ Muchos de los cuales están siendo reimpresos en la collana *Bobbiana* que dirige el prof. Tommaso Greco en la editorial Giappichelli.

Todo esto, además de mostrar el acervo cultural de La Torre, muestra también el valor cultural del Derecho, su consideración como un producto cultural. Así, comparte espacio con otras manifestaciones de la actividad humana, como el arte, la música, la literatura. En ese contexto debe ser entendido. Una comprensión del Derecho aislada de ese contexto deja atrás elementos y dimensiones que contribuyen a dotarlo de sentido en el ámbito de lo humano. De la misma manera que una conceptualización del Derecho centrada exclusivamente en su dimensión lingüística posiblemente desconoce otras dimensiones que permiten entender la naturaleza del Derecho en su voluntad ordenadora del mundo humano.

Pero, más allá de la relevancia de esta dimensión cultura del discurso de La Torre, lo cierto que es su propuesta se nos presenta como una filosofía «frágil» del Derecho. Así, la primera inquietud que le surge al lector del libro es la que tiene que ver con el sentido de esa fragilidad. Situados como estamos en el ámbito de la filosofía, podríamos sospechar que esa fragilidad tiene que ver con la actitud con la cual nos aproximamos a las cuestiones filosóficas, en este caso iusfilosóficas. Ciertamente, la fragilidad no va a tener que ver con la falta de convicción con la que se defienden ciertas tesis en relación con el Derecho. Y, por supuesto, tampoco tiene que ver con la debilidad predicada de un cierto pensamiento propuesto desde planteamientos posmodernos.

Y es que la alusión a la fragilidad en la elección del subtítulo del libro tiene su importancia, pues condiciona la actitud del lector y sus expectativas en relación con lo que ese lector se va a encontrar. En este caso la referencia a la fragilidad da cuenta del problema que se aborda y de las consecuencias que derivan del planteamiento del problema. La filosofía del Derecho de Massimo La Torre gira en torno a la reflexión sobre el sentido de la norma. Creo que plantear en el título una alusión al sentido de la norma es bien expresivo del tipo de filosofía del Derecho que nos encontramos en Massimo La Torre, dirigida al análisis de los problemas nucleares desde el punto de vista iusfilosófico. La filosofía del Derecho es un saber muy peculiar. A caballo entre la filosofía y el Derecho, se presenta como un ámbito con confines no siempre bien definidos, al menos si se compara con la certeza con la que identificamos otras aproximaciones al Derecho, señalando lo que forma parte de ellas y lo que se sitúa extramuros de esos ámbitos de saber. Por poner un ejemplo, sabemos qué forma parte del Derecho penal (entendido como ciencia jurídica) y cuándo un penalista sitúa su discurso en ese ámbito. Esto no quiere decir que dicho discurso no se nutra de elementos que provienen de una enriquecedora multidisciplinariedad; pero en todo caso podemos tener una mínima certeza a la hora de incluir un discurso en el ámbito de la ciencia penal.

Esto dista bastante de lo que ocurre en la filosofía del Derecho. Me parece que tomarse en serio la filosofía del Derecho implica asumir algún tipo de compromiso con su objeto y con sus responsabilidades. Esto es singularmente más importante en un ámbito en el que, como he señalado, los confines no parecen bien definidos. Es algo que se puede concluir tras la lectura de los índices de las revistas de nuestra área de conocimiento, al menos en ciertos contextos. En este sentido no deberíamos olvidarnos nunca del problema ontológico radical en nuestro ámbito, que es el del concepto de Derecho. Ese es el núcleo de la filosofía del Derecho. Disponer de un concepto de Derecho parece un paso imprescindible, previo al abordaje de otras temáticas comenzando por los problemas del conocimiento y evaluación del propio Derecho. Lo que determina el lugar de determinadas propuestas y reflexiones en el ámbito de la filosofía del Derecho es la mayor o menor relevancia en relación

con el problema central. Y esta mayor o menor relevancia es algo que en ocasiones es difícil detectar en un contexto caracterizado por el «periferismo» que parece caracterizar a algunas de las investigaciones que se producen en el interior del gremio iusfilosófico. A lo que cabe añadir que, de la misma manera que no todo aquello que escribe un filósofo del Derecho es ya por ello filosofía del Derecho, tampoco hace falta pertenecer al gremio institucional de la filosofía del Derecho para proponer tesis relevantes desde el punto de vista iusfilosófico. La atención que en el libro se presta a un internacionalista como Koskenniemi es buena muestra de ello. En todo caso, una reflexión sobre el sentido de la norma como la que se propone en el libro no tiene, en este sentido, nada de periférico.

Pero regresemos a la fragilidad de la que nos habla Massimo la Torre en el subtítulo del libro. Posiblemente esa fragilidad puede tener sentido desde una doble perspectiva. La fragilidad es una cuestión, para empezar, que tiene que ver con la actitud con la que uno se aproxima a la discusión iusfilosófica; actitud caracterizada por una «renuncia *alla assolutezza non dialogica*» (p. 7), es decir por una continua predisposición al contraste de ideas y a la comparación crítica de posiciones. Así, una filosofía frágil se opondría a una filosofía «robusta», o «fuerte», derivando esta fortaleza no de la solidez de sus tesis sino de la descalificación de las alternativas frente a las posiciones propias. La fragilidad no tiene que ver con renunciar a la verdad. Esto, que es especialmente relevante en tiempos de posverdad, situaría la reflexión más allá de los confines de la filosofía, desde el momento en que la participación en la aventura filosófica implica necesariamente un compromiso con la idea de verdad. La permanente predisposición a la consideración de la validez de las tesis diferentes o contrarias, permite considerar el discurso filosófico como un discurso siempre inacabado. Y además como un discurso prudente, abierto a la consideración de la propia falibilidad.

Pero, además, la fragilidad tiene que ver con el objeto de la filosofía del Derecho. Aquí hay dos cuestiones importantes que, de modo relacionado entre sí, condicionan la reflexión del profesor La Torre y la estructura del propio libro: el concepto y la práctica del Derecho. Por una parte, y aquí estamos de lleno en el ámbito ontológico, el Derecho no se presenta como una realidad preexistente a nuestra aproximación, de la que captamos las características a partir de las cuales construimos una definición. Es decir, el Derecho «*non ha una "natura" precedente al suo concetto*» (p. 7). Muy al contrario, es algo cuyo concepto se construye en la misma aproximación al mismo; más bien, en la propia vivencia del mismo: es en la práctica del Derecho en donde se construye su concepto. Por eso la filosofía del Derecho debe estar atenta a la práctica del Derecho. En este caso en el libro se emprende una estrategia que consiste en asumir una perspectiva amplia; esto es, identificar el espacio de la práctica con un determinado modelo jurídico político. Ese modelo, que es el constituido por el constitucionalismo, no es escogido al azar: su pertinencia tiene que ver con el hecho de que constituye el contexto que en términos generales determina nuestra experiencia jurídica.

El modelo constitucionalista, como cualquier otro, condiciona por tanto la práctica del Derecho. Dicha práctica, y el punto de vista interno asumido por el participante, permite construir el concepto de Derecho. En este punto hay que ser bien conscientes de que los modelos de Derecho y las prácticas relacionadas con los mismos son plurales. Es decir, las experiencias humanas vinculadas a la participación en esa práctica no son únicas, unidireccionales. Por tanto, el concepto de Derecho –a diferencia de lo que piensa Joseph Raz–

no es único desde el momento en que el Derecho carecería de esencia. Esta es una de las dimensiones de esa fragilidad de la que hemos hablado, desde el momento en que la propuesta conceptual de la filosofía del derecho nunca va a ser final e indiscutida. O, dicho de otro modo, es expresión de lo complejo del trabajo del filósofo del Derecho. Y cuando hablo de complejidad, estoy pensando en la dificultad de su quehacer; dificultad provocada precisamente por las características del objeto con el que trabaja: el Derecho.

La dificultad de la conceptualización del Derecho, de un lado, y su conexión con la práctica, de otro, son los dos aspectos que condicionan la estructura del libro. Esto es algo que ya se anuncia desde el principio: en una primera parte, se aborda la cuestión de la discusión sobre el concepto de Derecho como práctica social y de la perspectiva cognitiva más adecuada para entender dicha práctica social. En una segunda parte, se aborda la cuestión de la justicia constitucional, desde el momento en que se considera un elemento definitorio del modelo constitucional en el que se desarrolla la práctica del Derecho.

En la primera parte del libro, Massimo La Torre aborda el problema ontológico, la cuestión del concepto de Derecho. Como he señalado, aquí estamos en el corazón de la filosofía del Derecho; o, al menos, de una determinada forma de entender la filosofía del Derecho. En este sentido, hay una tesis principal que condiciona el posterior desarrollo del discurso: el Derecho es una práctica. En efecto, no estamos frente a una realidad que nos precede y de la cual, al intentar definirla, pretendemos captar su esencia: el Derecho carece de una naturaleza precedente a su concepto (p. 7).

En realidad, esta circunstancia es el origen del conflicto en el que está instalada la filosofía del Derecho. A la hora de conceptualizar el Derecho, carecemos de una referencia indiscutida, al contrario de lo que ocurre en otras aproximaciones a la realidad, en otros ámbitos de la ciencia. En nuestra tarea de conceptualización del Derecho, no podemos encontrarnos con una realidad cuya existencia y caracterización no dependa de nuestra concepción sobre la misma. La relevancia de la distinción entre el concepto de Derecho y la concepción desde la cual nos aproximamos al mismo es bien subrayada a lo largo del libro. Eso es lo que explica que no podamos hacer algo así como una visita a un museo del Derecho. Es decir, imaginar un espacio en cuyas salas nos encontramos vitrinas tenuemente iluminadas con un objeto en su interior acompañado de una inscripción: norma jurídica, derecho subjetivo, relación jurídica, matrimonio, hipoteca, enfiteusis. Nos referimos a instituciones jurídicas que son lo que son, a realidades que forman parte del popperiano «mundo 3» (p. 32), que tienen un significado determinado a partir de la concepción desde la que nos aproximamos a las mismas en el marco de una práctica social. La norma jurídica, y por supuesto el Derecho, no tiene magnitudes, no podemos identificar su longitud, su anchura o su profundidad, lo cual no quiere decir que no exista y que no incida en la realidad. Si no existiera, sería imposible comprender, dotar de sentido a determinadas prácticas o a determinadas situaciones sociales: desde un matrimonio, pasando por la firma de una escritura notarial, o por el régimen penitenciario, hasta una jornada electoral. Carecemos de la certeza que acompaña la actividad del biólogo, del químico, del físico; ellos pueden trabajar, tienen que trabajar, con un ámbito de la realidad que está ahí: la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de la misma. Y dicho conocimiento no está condicionado por determinadas concepciones de la célula, la molécula, la partícula. Su esencia preexiste al conocimiento y a la identificación y descripción de la misma. Y dicho conoci-

miento no está condicionado por determinadas concepciones; concepciones que sí pueden condicionar el uso de esa realidad. En resumidas cuentas, la relevancia que las concepciones tienen en el trabajo del jurista no se da, al menos en la misma medida, en otros contextos: así como es importante, respecto a la consideración del objeto de atención, ser jurista, positivista o ius-naturalista, no parece que lo sea –en su ámbito– la ideología del químico, a la hora de identificar su objeto de trabajo, la molécula.

Así, tenemos por un lado la identificación del Derecho con una práctica, con algo que está en perenne elaboración; por otro, la diferencia, y al mismo tiempo relación, entre concepto y concepción. A partir de estas dos premisas podemos reconocer la relevancia práctica de la filosofía del Derecho desde el momento en que constituye el ámbito en el que se procede a la conceptualización del Derecho. La dimensión práctica de la conceptualización del Derecho es un punto que merece ser subrayado. Así, frente a un discurso descalificador y desconfiado respecto a la utilidad y a la relevancia de la filosofía del Derecho (discurso cuya responsabilidad tiene que buscarse en muchas ocasiones en el interior de las filas y unas filosóficas y en el tipo de discurso que desde éstas se ha ofrecido a la sociedad), lo adecuado es reconocer la incidencia práctica de la filosofía del Derecho. Y ello al menos en un doble sentido. Por una parte, qué duda cabe de que de la identificación de un concepto de Derecho se derivan consecuencias prácticas. Disponer de un concepto de Derecho es una exigencia de la participación en el juego del Derecho, en el discurso jurídico. Por otra parte, la conceptualización no consiste en la captación de una esencia, sino que es el resultado, presupone, la participación en una práctica social.

En un determinado momento del libro, Massimo La Torre hace alusión a la miseria y a la grandeza del Derecho (p. 57), para referirse a la intervención del Derecho en la realidad. Y desde el momento en que el Derecho es expresión de una determinada filosofía del Derecho («*il diritto è la sua filosofia*», p. 89), hay que reconocer la incidencia práctica también de la filosofía del Derecho. A partir de ahí, estamos en presencia de la situación dramática en la que se encuentra la filosofía del Derecho: «*ciò che pratichiamo come diritto dipende da ciò che concepiamo come diritto. La pratica del diritto dipende dalla concettualizzazione che le diamo*» (p. 89). De ahí el carácter interminable de la reflexión filosófica sobre el concepto de Derecho al que se refiere Hart en el inicio de *The Concept of Law*; conceptualización que se considera una «persistent question»⁴.

Evidentemente, el carácter complejo e interminable de la reflexión sobre el concepto de Derecho no es una justificación, o una excusa, para no perseverar en dicha tarea. No debe serlo. Al contrario, la conceptualización (y justificación) del Derecho es una responsabilidad, con consecuencias teóricas y prácticas, a la que la filosofía del Derecho no puede renunciar. La estrategia que asume Massimo La Torre pasa por varios hitos. En efecto, partiendo de la distinción entre ley natural y ley jurídica, *physis* y *nomos* (pp. 13 ss.), explora la distinción entre hechos naturales y hechos sociales (pp. 28 y 29). Todo ello, asumiendo a von Wright, Weber y Winch como referencias. Este itinerario le permite llegar a una distinción principal, la referida a los hechos brutos y a los hechos institucionales, y a aquella –propuesta por Searle– entre reglas regulativa y reglas constitutivas (p. 46) El que conozca la trayectoria

⁴ Vid. HART, H. L. A., *The concept of Law*, second edition, Oxford University Press, 1994, p. 1.

intelectual de Massimo La Torre sabe del peso que estas distinciones tienen en su concepción del Derecho, en la que el institucionalismo de MacCormick y Weinberger ocupa un lugar importante⁵.

Pero hay dos elementos que, en mi opinión, complementan el concepto de Derecho que asume Massimo La Torre. La consideración del Derecho como práctica en la que se participa justifica la prevalencia del punto de vista interno (*«si può avere diritto senza punto di vista esterno, ossia senza l'osservatore, ma non senza il punto di vista interno del partecipante»*, p. 45). A lo que hay que añadir su crítica a la concepción del Derecho como fuerza. Esta tesis forma parte de su arsenal argumentativo contra el positivismo jurídico, o contra algunas manifestaciones el mismo, tal y como ha mostrado en obras anteriores⁶. En este aspecto, Massimo La Torre es perfectamente coherente con la distinción entre concepto y concepción, de un lado, y con la consideración del Derecho como praxis, de otro: *«In realtà, poichè ciò che facciamo all'interno di una prassi sociale dipende da ciò che crediamo di fare in quella certa pratica, se si ritiene che il diritto sia violenza, il diritto allora sarà necessariamente violenza»* (p. 89). La consideración del momento sancionador como algo «periférico» alejado por tanto del momento central de lo que es el Derecho, y la opción por un modelo normativista (el Derecho es norma) frente a otro imperativista (el Derecho es mandato) permitiría detectar la proximidad, en este punto, de la propuesta de Massimo La Torre con otras, como la de Tommaso Greco, basadas en la crítica del modelo antropológico en el que descansa lo que él considera el maquiavelismo jurídico y en la defensa de una comprensión horizontal del Derecho⁷. Y, al mismo tiempo, marca las distancias entre su propuesta y aquellas otras que subrayan la relevancia del elemento fuerza, coerción, en una visión sancionadora del Derecho⁸.

Como señalaba anteriormente, el esquema del libro es coherente con la tesis de fondo defendida por Massimo La Torre: el concepto de Derecho depende (está condicionado) por la participación en una práctica. Eso justifica la atención que en la segunda parte del libro se presta al constitucionalismo y a la justicia constitucional, entendida como *«riflessione istituzionalizzata su ciò che è diritto»* (p. 233). La práctica de ese hecho social que es el Derecho y la participación en el mismo no se pueden imaginar en términos asépticos y descontextualizados. Los modelos jurídico políticos condicionan la práctica y la participación. Esta circunstancia parece especialmente relevante, pues ella se derivan consecuencias en torno a la posibilidad de un concepto «general» de Derecho. En efecto, la práctica del Derecho siempre se va a realizar en el interior de un modelo jurídico, que es el que define la experiencia jurídica. Y si a través de la práctica conceptualizamos el Derecho, deberíamos llegar a la conclusión de que el modelo jurídico condiciona el concepto. ¿Ello nos obliga a concluir que hay tantos concep-

⁵ Vid. LA TORRE, M., «“Esistenzialismo” e istituzionalismo», en C. Bongiovanni, G. Pino, C. Roversi (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 115-157.

⁶ Vid. LA TORRE, M., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, 2020.

⁷ Vid. GRECO, T., *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Bari, 2021.

⁸ Vid. SCHAUER, F., *The Force of Law*, Harvard University Press, Harvard, 2015; PINTORE, A., *Coercizione e diritto, Mimesis*, Milano, 2023.

tos de Derecho como modelos jurídicos y que, por ejemplo, el constitucionalismo, y su práctica, conceptualiza, a su modo, el Derecho, a diferencia de lo que ocurre en otros entornos?

El contexto constitucionalista nos permite presenciar lo que podríamos considerar la filosofía del Derecho «en acción»; o, si se prefiere, la «*rilevanza pratica della filosofia del diritto*» (p. 142). En efecto, el modelo constitucional es un magnífico laboratorio para someter a consideración las cuestiones esenciales de la filosofía del Derecho. En ese sentido, puede ser analizado como una manifestación de la tensión entre razón y voluntad. Esta tensión –a la que se pueden reconducir en su sentido problemas que la filosofía del Derecho viene planteándose tradicionalmente, como el de las relaciones entre el Derecho, la moral y el poder–, se reproduce en el caso de la justicia constitucional: sintéticamente, la razón de los derechos de la Constitución, frente a la voluntad de las mayorías y del parlamento⁹.

Pero la práctica del constitucionalismo permite considerar otros aspectos básicos de la filosofía del Derecho, a través de los cuales se articula un concepto de Derecho. Pensemos, por ejemplo, en la discusión entre Kelsen y Schmitt en relación con quien debe ser el guardián de la Constitución, a la que en el libro se presta atención. Es evidente que la cuestión afecta a la relación entre juez y legislador y a la posición relativa de ambos operadores jurídicos en el modelo. La intervención del juez en la garantía de la Constitución, que quizás en su origen puede verse como un «*colpo di stato giudiziario*» (p. 152), debería dejar de ser considerada como tal, desde el momento en que el juez que determina la constitucionalidad de la ley, lo hace en el ejercicio de las competencias conferidas por el sistema. Ello, más allá de posibles excesos criticables. Pero, en todo caso, la discusión sobre el custodio de la Constitución tiene consecuencias prácticas. Preguntarse por el guardián de la Constitución supone plantear el problema de la garantía de la libertad. No estamos frente a meras consecuencias lógicas de la jerarquía de la Constitución. Es, antes que eso, un postulado político: el de la limitación del poder. Me parece que es la tesis que asume Massimo La Torre al reivindicar un punto de vista sustancial, según el cual no se trata solo de defender la Constitución porque es la norma suprema, sino por el imperativo de defender los derechos que se recogen en ella. Lo cual –podemos añadir– supone operar con un específico concepto de Constitución (que se puede entender a partir de lo establecido en el artículo 16 de la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789) y también con un concepto de democracia sustancial (que, junto a la regla de las mayorías, incluye el reconocimiento y garantía de los derechos, internalizando, por tanto la idea de límite al poder).

La discusión entre Kelsen y Schmitt permite considerar gestiones básicas en la filosofía del Derecho: la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, la relación entre producción y aplicación del Derecho, o la contraposición entre el normativismo y el decisionismo, por señalar algunos. De la misma manera, esas cuestiones también surgen en otros debates que Massimo La Torre recorre en esta segunda parte del libro. Por ejemplo, el debate entre Alexy y Ferrajoli; o aquel otro entre Alexy y Günther. Este recorrido permite también valorar el estado actual de la discusión filosófica. Y vuelve a demostrar que el constitucionalismo constituye un verdadero caldo de cultivo para

⁹ Sobre la cuestión me he detenido en ANSUATEGUI ROIG, F. J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013.

la filosofía del Derecho. Pensemos, por seguir con algunos ejemplos, en la capacidad que tiene el modelo constitucional a la hora de evidenciar la naturaleza argumentativa del Derecho y de poner sobre la mesa las potencialidades legitimadoras de la argumentación. O en la discusión sobre el lugar óptimo para la realización de la razón pública (ciudadanía y parlamento versus tribunales). O en el hecho de que el «Derecho sobre el Derecho» que propone el modelo constitucional, no debe confundirse con un «Derecho contra el Derecho» (p. 205). Esta distinción, para Massimo La Torre, no fue considerada por el positivismo jurídico del siglo XIX: «*se il diritto può avere qualunque contenuto, evidentemente può anche negare se stesso*» (p. 205). Y esa es la causa, o una de las causas, de la crisis del positivismo jurídico¹⁰.

En todo caso, la problemática de la justicia constitucional se presenta como un ejercicio de reflexión sobre lo que es el Derecho. Por lo tanto, es un lugar óptimo para la filosofía del Derecho y el espacio en el que el juez constitucional se presenta –dworkinianamente (Dworkin se considera «*il nume tutelare del corso*», p. 303)– como un auténtico filósofo del Derecho. En este punto, se evidencia la diferencia entre el legislador y el juez. Si el primero «*no riflette sul diritto, cioè non è implicato in una pratica auto-riflessiva istituzionalizzata sul diritto che esso stesso produce*» (p. 234), dicha función corresponde al segundo. Esta diferencia tiene todo el sentido en presencia de un giro pragmático de la teoría del Derecho que se constata a partir principalmente de Hart, y que permite concluir, recordémoslo de nuevo, que «*il diritto è un concetto che si può determinare soltanto a partire dalla prospettiva di chi opera nella prassi del diritto*» (p. 286). El desafío, entonces está en identificar esa praxis y a sus protagonistas. De esa manera tendremos ante nosotros un concepto más extenso (o democrático) de Derecho, a partir de la participación de la ciudadanía en el Derecho y de la conciencia que aquella tiene de éste; o bien un concepto más restringido, derivado exclusivamente de la práctica de los operadores jurídicos entre los que, sin duda, el juez va a tener un protagonismo claro, y más en el modelo constitucional. El problema, por tanto, no es el de la definición del Derecho sino el de saber quién es el sujeto que define (o que debe definir) el Derecho.

Francisco Javier ANSUÁTEGUI ROIG *

¹⁰ Vid. LA TORRE, M., *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, cit.

* Departamento de Derecho Internacional Público, Derecho Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho/Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba, Universidad Carlos III de Madrid, e-mail: javofil@der-pu.uc3m.es; <http://orcid.org/0000-0002-6899-2857>

LACASTA ZABALZA, José Ignacio: *George Orwell. Vida y Filosofía Política*. PUZ, Zaragoza, 2022, 186 pp.

No es la primera vez, ni mucho menos, que José Ignacio Lacasta se adentra en la vida y obra de George Orwell, seudónimo de Eric Blair. Lo hacía explícitamente hace ya la friolera de treinta y nueve años al seleccionar y presentar los textos recogidos en una publicación de la Editorial Revolución que, bajo el sugerente título *Dentro y fuera de la ballena*, recogía el breve e iluminador trabajo de Orwell «Dentro de la ballena», así como otras aproximaciones a la obra del célebre escritor y activista británico, como la de Jonah Raskin, «George Orwell y los grandes críticos caníbales», y la de E. P. Thompson, quien con su «Fuera de la ballena» servía de inspiración para el título de la publicación. El mismo José Ignacio Lacasta hacía su contribución con «Eric Blair, ¡cuidado con las ballenas!».

Me refiero a esta publicación, antes de nada, para entender dos cuestiones fundamentales, la primera, que el pensamiento político de Orwell no es para José Ignacio Lacasta una novedad, sino que ha sido para él un interlocutor de lujo durante la mayor parte de su recorrido intelectual con quien seguramente hoy más que nunca se siente identificado y, la segunda, la lectura integral que realiza acerca de las actitudes e ideas políticas de Orwell, que no recaen en el tópico de centrarse exclusivamente en el tan manido, conocido e interpretado genio literario de nuestro escritor británico a la hora de proyectar distopías totalitarias, siendo paradigmática la novela *1984*, que salió a la luz en junio de 1949.

A mi juicio, lo más reseñable del estudio de José Ignacio Lacasta son tres cosas, totalmente interrelacionadas, a saber, primero, cómo resalta el particularísimo concepto que tiene Orwell de socialismo, atractivo y depurado de toda suerte de ideologías oficiales, que no tiene como fin hacer del mundo un lugar perfecto, sino hacerlo mejor. Segundo, la actualidad de dicho concepto (en comunión con su crítica a la ideología neoliberal encarnada por Hayek). Tercero, un análisis histórico-psicológico del Eric Blair de carne y hueso, o sea, responder a la pregunta ¿cómo Orwell llegó a ser Orwell? Una pregunta, dicho sea de paso, que no tiene ninguna vocación esencialista, pues Orwell solamente puede ser comprendido desde la Historia y desde la propia historia de sus vivencias; lo que le llevó, por su integridad moral y política, a «cambiar aspectos de su filosofía política de izquierda en repetidas ocasiones». Esta integridad viene bien definida por el día a día de su propia vida, por una, como explicita José Ignacio Lacasta, «frugalidad que espanta», lo que no es óbice para que desarrolle Orwell un pensamiento «diverso, plural y pluralista», muy en sintonía con la complejidad de los tiempos que vivió. No obstante, hay otras tres dimensiones que se pretenden destacar en el libro que son de enorme interés para su autor y que podemos vincular también a los tres temas anteriores. La primera de ellas sería la del Orwell crítico de la religión; posición que, según José Ignacio Lacasta, se vería acentuada con la guerra civil de España, pero que hay que entenderla en un sentido mucho más amplio, esto es, como rechazo de todo tipo de dogmas, también de los marxistas, que a la postre podemos relacionar con una segunda dimensión, a saber, el rechazo orwelliano de toda clase de fanatismo, dentro del que podríamos incluir no solo el fanatismo de los fascistas, sino el de la inmoralidad de algunos métodos revolucionarios más mal que bien denominados a sí mismos socialistas. La tercera dimensión, a

la que dedica José Ignacio Lacasta no pocas páginas, es la relevancia que tuvo la «vivencia española» de Orwell durante la guerra civil como última parada en el camino que el libro pretende recorrer: el pensamiento político orwelliano.

El libro está estructurado en cinco capítulos y unas «Meditaciones finales» a modo de conclusión. El primer capítulo se centra en las reflexiones de Orwell acerca del poder (entre las que la alegoría de la ballena o los hobbesianos monstruos marinos Leviatán o *Behemot* adquieren protagonismo) y sus críticas al dogmatismo religioso y político de un lado y otro del espectro, con especial mención, por la actualidad que con buen tino percibe José Ignacio Lacasta, de los desmanes de una peligrosa ideología del siglo xx, a saber, el neoliberalismo surgido de la prédica de F. A. von Hayek del achicamiento del Estado, cuyas tesis se ven refutadas por la historia más reciente que nos ha tocado vivir a colación de la pandemia causada por el COVID-19 que nos debería ayudar a concluir la necesidad de unos Estados sólidos y solventes, que puedan intervenir y acudir en ayuda de los ciudadanos, o sea, de las personas para las cuales estos Estados trabajan (y no viceversa).

En efecto, principiando por la alegoría del poder omnímodo del sistema político y sus dirigentes, que representa la ballena, podemos decir que José Ignacio Lacasta comienza con el final: con la ideología y la política del último Orwell, que, cansado y desengañado, propone más o menos coexistir con el Leviatán, o sea, vivir y escribir dentro de la ballena. Teniendo en cuenta que Eric Blair participó y luchó fusil en mano como miliciano del POUM (Partido Obrero de Unificación Marxista), nos plantea José Ignacio Lacasta: «¿Será posible cambiar tanto durante una misma vida?». Responder a esta pregunta será el objetivo principal del libro, no tanto mediante causas pretendidas, sino con datos y hechos, o sea, mediante la historia de una vida enmarcada en toda la complejidad de su contexto. Para ello es también necesario comprender que, de algún modo, las preocupaciones políticas de Orwell no cambiaron en modo alguno en su contenido, pues, si la igualdad y la justicia son dos valores fundamentales en su pensamiento político, en algunos momentos considera que es necesario establecer un partido socialista británico con objetivos revolucionarios para, entre otras cosas, frenar el avance del fascismo y, en otros momentos, afirmará rotundamente –como en su reseña crítica del libro de F. A. von Hayek, *Camino de servidumbre*– que lo fundamental no es defender el colectivismo sino la necesidad de lo público: la competencia siempre concluye con alguien que gana, y el mercado, aunque necesario, dejado a su rienda suelta lleva al paro y a la guerra entre imperios monopolísticos.

Por su parte, los capítulos segundo y tercero del libro de José Ignacio Lacasta giran en torno al origen vital y psicológico de la transformación de Eric Blair, o sea, alrededor de las motivaciones que hicieron del estudiante de las prestigiosas escuelas de Eton y Saint Cyprian un socialista. En este sentido, me parece sobre todo relevante el capítulo tercero, en el que José Ignacio Lacasta nos descubre el hito fundamental, catalizador podríamos decir, que hace de la transición orwelliana a la mentalidad socialista un hecho. Me refiero a sus terribles vivencias como miembro de la Policía Imperial británica de Birmania. En efecto, como narra José Ignacio Lacasta, Orwell no siguió el camino habitual de un estudiante de Eton que sería proseguir sus estudios en la Universidad de Cambridge. Lo que por entonces quería Orwell era ganar dinero y ser autosuficiente, pues, pese a haber compartido estudios con lores e hijos de la alta burguesía inglesa, su condi-

ción de hijo de un funcionario del Ministerio del Opio en la India británica no lo igualaba precisamente en estatus. Su familia estuvo de acuerdo con la idea de que el joven Eric Blair ingresara en la Policía Imperial, lo que supuso un nada desdeñable esfuerzo intelectual para él, ya que los exámenes de acceso no eran precisamente sencillos, y un también importante esfuerzo económico para su padre.

Es entonces, como veníamos diciendo, desde que en 1922 ingresa en la Policía Imperial de Birmania, cuando comienza realmente el proceso de transformación. Este se manifiesta, como explicita José Ignacio Lacasta, gracias a un proceso de depuración del esnobismo y los defectos propios del estamento social al que pertenece, a la vivencia de toda la crudeza y horror de los efectos del colonialismo británico y sobre todo a lo que vendría después en su vida, a una aproximación vital a la pobreza y la marginación. Al rechazar el clasismo británico, más acentuado que en otras sociedades europeas, se encuentra en disposición de dirigirse hacia la igualdad, que será, piensa José Ignacio Lacasta, el principio que estimula todo su pensamiento político.

Como policía en Birmania, Orwell llega a maldecirse a sí mismo por haber hecho el trabajo sucio del Imperio, y maldice también al sistema de «justicia» con sus represivas leyes penales, sus malolientes cárceles de gruesos barrotes, cuerpos castigados y torturados, etc. en un contexto, por lo demás, en el que Orwell se da perfecta cuenta que el Imperio británico no tiene razón, justificación o legitimación alguna para ocupar aquellas tierras ni aún menos para hacerlo de aquella manera. Dicho de otro modo, Orwell se hace plenamente consciente de una doble injusticia: no solo se ahorcaba, torturaba y encarcelaba a la gente, normalmente autóctona del país, sino que dichos desmanes se cometían en calidad de «indeseables invasores extranjeros». Por todo ello, después de cinco años en la Policía Imperial su descontento acabó convirtiéndose en verdadero odio hacia ese modo de proceder del imperialismo británico. Así, como relata José Ignacio Lacasta, Orwell abandonará dicho cuerpo policial para decepción y enojo de su familia, sobre todo de su padre y su hermana, que no pudieron o no quisieron entender los nobles y éticos motivos de Eric Blair.

El capítulo cuarto del libro comienza con la mala conciencia de Orwell por haber servido al imperialismo y al colonialismo británicos y cómo poco a poco persigue convertirse en escritor y aproximarse al socialismo. Considera que antes de estar seguro de su aquiescencia con el socialismo debía conocer la realidad de las clases sociales pobres y trabajadoras, por lo que consideró que este empeño tenía que comenzar con la vivencia de la miseria y la marginalidad. En este sentido, se centra José Ignacio Lacasta fundamentalmente en la obra orwelliana que mejor refleja el tránsito de Eric Blair a la vida mendicante, a saber, *Sin blanca en París y Londres* y en la obra a través de la cual realiza un estudio del mundo de la minería británica en el norte de Inglaterra, *El camino de Wigan Pier*.

En efecto, en París Orwell conoció la dureza del *plongeur*, o sea, del especialista en fregar platos en un restaurante bajo deplorables términos contractuales: jornadas de quince horas, sueldo escaso, falta de higiene, etc. De la capital de Francia se trasladó a Londres, donde vivió como vagabundo para experimentar la condición de los sintecho, quienes lo aceptaron como uno más. En ese tiempo conoció el ambiente de los refugios y el alcoholismo. Tras esta experiencia, que sin duda le marcó profundamente, pasó a ser maestro de colegio, empleado de librería y jornalero del campo recolectando lúpulo (en este último empleo trabajando de sol a sol, sin apenas recuperar sueño y con las

manos ensangrentadas). Por lo demás, durante todo este período, siempre le perseguía una obsesión que lo motivaba: comprender mejor la realidad social, la tolerabilidad o no del estado de cosas y la razón de ser del socialismo.

Tras toda esta experiencia pensó largamente y pasó a proponer su programa socialista. En primer lugar, es necesario defender la libertad y la libertad de intelecto. Orwell tiene bien claro, explicita José Ignacio Lacasta, que el movimiento socialista no debería negar el comercio ni el mercado, pero este, a su vez, no puede dejarse a su arbitrio: es necesario que los poderes públicos intervengan, sobre todo en cuestiones como la vivienda. En segundo lugar, Orwell comparte la sencillez de las clases trabajadoras y se mantiene firmemente en contra de extravagantes defensores de la causa socialista (movimientos que estarán por venir como el de los *hippies*). Para Orwell este tipo de personas simplemente ahuyentan a la gente sencilla. En tercer lugar, considera Orwell que hay elementos ideológicos innecesarios, como la idealización del trabajador manual frente a otros trabajadores. Sin embargo, el oficinista, el viajante, el ingeniero, el universitario sin empleo y tantas otras personas en situaciones afines pueden interesarse por el socialismo. En este sentido, estima que habría que ampliar la comprensión de lo que es el proletariado. En cuarto lugar, la idea fundamental de que sin trabajo no hay libertad. Para José Ignacio Lacasta, Orwell tiene bien claro, como también lo tenía Proudhon, que el trabajo es «la condición inexcusable del ejercicio de la libertad». En quinto lugar, el socialismo no debe construirse como una utopía materialista centrada solamente en el hecho económico que termine por dirigirse a «personas sin alma». El fascismo, explicita José Ignacio Lacasta, se aprovechó mucho de ello, presentándose como baluarte de la tradición, de los valores, de la fe cristiana o de las virtudes militares. El socialismo, en definitiva, se ha de dirigir contra la tiranía y sus líderes han de rectificar el camino y aclarar suficientemente que los fines esenciales del movimiento que representan son la justicia y la libertad. Esta y no otra, afirma José Ignacio Lacasta, es la postura que defendió Orwell, quien llegó a explicitar que cada línea que había escrito desde 1936 era en contra del totalitarismo y a favor de un socialismo democrático (tal y cómo él entendía este término).

El capítulo quinto es el más extenso del libro. Debemos destacar sobre todo dos cuestiones, primero, la relevancia que para el pensamiento político de Orwell tuvo la guerra de España (que relata sobre todo en *Homenaje a Cataluña*) y, segundo, algunas consideraciones orwellianas que José Ignacio Lacasta considera que hay que matizar por carecer de fundamento en algunos de sus extremos.

En realidad, los dos aspectos antedichos tienen mucho en común, aunque no debemos concluir que su crítica furibunda hacia el comunismo soviético se deba exclusivamente a sus vivencias en España. Orwell, desde luego, cuenta José Ignacio Lacasta, cree con bastante seguridad que la alianza del Frente Popular es una alianza entre enemigos (de un lado el republicanismo liberal burgués y de otro lado la clase obrera revolucionaria) y cree con mayor certeza aún que las acciones del PCE/PSUC durante la guerra pueden considerarse antirrevolucionarias, concluyendo incluso que todo movimiento comunista –que en el fondo trabajan bajo las órdenes de la URSS– es una fuerza contrarrevolucionaria. En este sentido, manifestaba Orwell con horror que la táctica comunista fue mentir acerca del POUM, diciendo que pretendían escindir las fuerzas del gobierno y que eran una pandilla de fascistas camuflados. José Ignacio Lacasta matiza

estas consideraciones al final del capítulo y concluye que estas aseveraciones de Orwell, si bien no carecen de todo fundamento, resultan desmesuradas o, al menos, poco atinadas, pues, para empezar, en lo que se refiere al Frente Popular no hay que olvidar que fueron las elecciones de 1936 las que dieron democráticamente la victoria a la coalición frente a la poderosa derecha española. En cuanto a la etiqueta de «contrarrevolucionaria» para toda fuerza comunista, desde luego, la vivencia de Orwell del enfrentamiento entre miembros del POUM y la CNT de un lado y de miembros del PCE/PSUC de otro por las calles de Barcelona, así como la ilegalización del POUM y la desaparición de su principal dirigente a manos de lo que Ángel Viñas ha venido en llamar el «vector soviético» no es poca cosa, sobre todo si a los crímenes de dicho vector sumamos la matanza de Paracuellos. En cualquier caso, explicita José Ignacio Lacasta, desarrollando toda esta cuestión con mucho más detenimiento de lo que aquí podemos hacer justicia, «más que un PCE contrarrevolucionario nos encontramos con un partido político de diversas caras». Sea como fuere, parece comprensible el enfado de Orwell, quien luchando codo con codo con las fuerzas del POUM fue herido de gravedad en la garganta. Que sobreviviera fue considerado por los médicos del frente prácticamente como un milagro.

En todo caso, y pasando ya al último capítulo del libro, titulado «Meditaciones finales», la guerra marcó profundamente a Orwell y es buen botón de muestra de cómo las circunstancias históricas y la experiencia que tiene de ellas modelan su pensamiento político. Sobre el mismo PCE Orwell pensaba al principio de la contienda que había guiado heroicamente a las Brigadas Internacionales en la defensa de Madrid, pero su postura cambió en 1937 cuando vivió con intensa decepción los ya mencionados enfrentamientos de estos con el POUM y los anarquistas en la ciudad de Barcelona. Sea como fuere, como pone de manifiesto José Ignacio Lacasta, George Orwell reconoce que la extracción de sus más notables principios éticos que acompañarán siempre su pensamiento político ha venido tras haber vivido todo aquello en España. Fue en España, precisamente, donde vivió lo que hasta entonces solo había contemplado como idea: fue a parar, piensa Orwell, al único lugar de Europa Occidental donde la conciencia política y la desconfianza del capitalismo era más habitual que lo contrario. Eso sintió, afirma José Ignacio Lacasta, entre miles de campesinos y obreros. Creyó en esa suerte de socialismo hispánico que, según sus términos, tenía un sentido innato para la dignidad humana y el instinto anarquista.

Después de la guerra en España narra José Ignacio Lacasta, entre otras cosas, algunos de los episodios más famosos de la vida de Orwell. No pudiendo luchar en el ejército británico durante la Segunda Guerra Mundial terminó entre 1941 y 1943 trabajando para la BBC. Por esas fechas el matrimonio Blair adopta un hijo, pero al poco su mujer, Eileen, muere. Desgraciadamente no pudo comprobar como finalmente George Orwell alcanzaba un éxito literario mundial, primero con *Rebelión en la granja* y, después, con su obra maestra, *1984*. Por entonces, el pensamiento político de Orwell sigue evolucionando. *El león y el unicornio: el socialismo y el genio inglés* o el ya citado *Dentro de la ballena* son buena muestra de ello. Pero no hay ningún giro hacia un liberalismo, podríamos decir, de derecha ni nada que se parezca. La defensa de Orwell en favor de un cierto liberalismo, de la libertad de pensamiento y de expresión, nos aclara José Ignacio Lacasta ya hacia el final del libro, no es para Orwell algo que esté reñido con la dimensión más colectiva de su proyecto político, donde otro Estado, que sea palanca del socialismo en

lo económico y social, se hace necesario. El caso, bien claro para Orwell, de una nueva educación pública que sustituya el clasismo en el sistema de enseñanza británico, donde el mérito sustituya al origen social, es un buen ejemplo. Las exigencias políticas orwellianas, concluye José Ignacio Lacasta, necesitan del Estado, de un nuevo Estado, inserto siempre, eso sí, en una democracia pluralista efectiva.

Marcos ARJONA HERRAIZ
Doctor en Filosofía del Derecho

PÉREZ DE LA FUENTE, Óscar; TESIS, Alexander, y SKRZYPCZAK, Jędrzej (eds.): *Minorities, Free Speech and the Internet*, Routledge studies in human rights, Nueva York, 2023, 243 pp.

1. INTRODUCCIÓN

La cuestión de libertad de expresión no solo persiste como un tema de debate, sino que ha experimentado un florecimiento por posiciones disidentes en torno a una serie de cuestiones derivadas del ejercicio del derecho fundamental de la libertad de expresión. Problemáticas como el discurso de odio, la censura, la protección de las minorías frente al discurso de odio, así como la legislación para asegurar la no intervención por parte de los gobiernos en el mercado de las ideas, o, por el contrario, la necesidad de una intervención adecuada para contrarrestar la propagación de discursos perjudiciales dirigidos contra determinados grupos sociales se ha acentuado notablemente como un debate académico importante. En consecuencia, lejos de haber terminado la discusión, el dialogo en torno a la libertad de expresión se encuentra en una etapa de renovada en donde diferentes perspectivas nutren la conversación.

Hoy en día, adquiere vitalidad el discurso que pronunció Benajmín Constant en el Ateneo Real de París en 1819. En palabras de Javier Ansuátegui, el trasfondo intelectual y político de esta discusión gira en torno a la inquietud por la posible dominación de la libertad por parte del poder colectivo. Esta preocupación encuentra su representación en la inseparable tensión entre lo público y lo privado, una característica distintiva del liberalismo. A partir de esta premisa, podemos bosquejar la definición de la libertad de expresión, que históricamente ha estado condicionado por dos elementos importantes para su realización: las condiciones materiales y la realidad técnica del canal a través del cual se manifiestan las ideas.

El análisis de los factores materiales y técnicos y su relación con la libertad de expresión arroja luz sobre la relevancia del discurso de Benjamin Constant. En este discurso, se expone la transición de «la libertad de los antiguos» a «la libertad de los modernos». La libertad de los antiguos era compartir el poder social entre todos los ciudadanos de una misma patria. Ahí estaba lo que denominaban libertad, sin importar que gran parte de su esfera personal fuera quebrantada con religiones oficiales, formas de convivencia, etc.

En contraste, para los modernos la libertad recae en la independencia individual, es decir, en no verse constreñido por imposiciones de terceros para llevar a cabo acciones específicas, lo que Isaiah Berlin, define como «libertad negativa». Esta evolución ha sido impulsada, sin lugar a duda, por el constante avance de las condiciones técnicas a través de las cuales las opiniones individuales se expresan y comparten. Convirtiendo al mundo en línea la nueva arena pública.

Considerando la preeminencia que tienen los canales donde se expresan las opiniones de las personas, la obra colectiva «*Minorities, free speech and internet*» parte del reconocimiento a la importancia del internet y como ha

alterado radicalmente nuestro mundo y nuestras relaciones. En el comienzo de la obra, el primer párrafo establece de manera evidente el contexto en el que se lleva a cabo este trabajo. Según las palabras de uno de los coordinadores de la obra Oscar Pérez de la Fuente, «el internet ha alterado la forma en que las personas se comunican entre sí y la forma en que acceden a la información [...] las interpretaciones anteriores de las nociones políticas o como se entienden ahora necesitan ser revisadas o reevaluadas» (p. 3).

Esta obra es valiosa porque analiza y desentraña la tensión inherente a diferentes concepciones de la libertad y, en particular, aboga por una posición que postula una política sensata para la protección de las minorías en el ámbito del internet. De manera minuciosa, detalla las posturas que, por un lado, respaldan la idea de que el internet debe permanecer sin regulaciones, contrastándolas con aquellas que consideran imperativas medidas regulatorias para evitar el discurso de odio por razón de género, identidad, origen, estatus socioeconómico, entre otros.

Asimismo, se realizan análisis comparados actuales sobre los intentos de ciertos gobiernos en la implementación de medidas que permiten la censura y el control sobre opositores y medios de comunicación. Este estudio no solo aporta claridad a las diferentes posiciones, sino también nos prepara para explorar en estudios futuros como las tecnologías emergentes tal como la Inteligencia Artificial (IA) amplifican estos debates.

2. ANÁLISIS DE LA OBRA

El libro está dividido en tres grandes bloques: «aspectos legales de la libertad de expresión e internet», «democracia, discurso de odio y (des)información», así como «libertad de expresión y derechos de las minorías». Cada una de estas secciones cuenta con una diversidad destacable de autores, provenientes de diferentes universidades y perspectivas. Estas contribuciones fusionan los puntos de vista de distintas regiones, como España, Estados Unidos, Polonia, Brasil, México y Grecia lo que considero especialmente destacable ya que encontraremos un importante análisis del panorama de la libertad de expresión en Estados Unidos como un elemento de comparación para comprender los distintos enfoques y fundamentos que guían las acciones en diversas partes del mundo.

2.1 Primera Parte

La primera sección, los coordinadores de la obra, Alexander Tsesis, Jędrzej Skrzypczak y Oscar Pérez de la Fuente, establecen los cimientos esenciales de este trabajo, explorando con profundidad cuestiones cruciales que preparan el terreno para las secciones subsiguientes. En esencia, esta sección aborda tres puntos: una propuesta de redefinición de las manifestaciones del discurso de odio después examina la ya reconocida tensión entre el discurso de odio y la libertad de expresión, y finalmente, sitúa en contexto el papel del internet en nuestras sociedades contemporáneas como nueva esfera pública abordando particularmente el caso de China y Rusia.

En su contribución, Alexander Tsesis profundiza en las distintas manifestaciones que tiene del discurso de odio y en cómo las legislaciones abordan este fenómeno. A través de la óptica acuñada por Walter Lippmann en relación con los «estereotipos», Tsesis argumenta que el discurso de odio, más allá de ser una llamada inmediata a la violencia revela una fuerza persistente y sutil que disemina estigmas duraderos entre minorías étnicas, raciales y lingüísticas fomentando lo que él denomina «la negación de la dignidad y la humanidad de un grupo identificable» (p. 20).

Jędrzej Skrzypczak, examina la delicada intersección entre la libertad de expresión y el discurso de odio. La libertad de expresión es uno de los fundamentos principales en cualquier estado que se considere democrático que esta también estipulado en diversas cartas y tratados internacionales. El enfoque en este artículo es sobre los impactos que el internet y las plataformas prominentes como Facebook, Instagram y Twitter –ahora X– que han experimentado en los últimos años. Hacer efectivo este derecho fundamental está determinado por las condiciones materiales de las personas y las capacidades técnicas del canal donde se expresan las ideas. Sin embargo, en el ámbito de las redes sociales, diversas minorías se convierten en víctimas de odio, especialmente aquellos que carecen de un acceso garantizado a los medios electrónicos de comunicación. Skrzypczak, sostiene que el acceso al internet debe ser considerado un derecho humano y agregaría la postura del autor que no solo el acceso importa, sino también el buen uso y conocimiento de estas herramientas.

Los desafíos que señala el autor son diversos, pero los más destacables son «asegurar el acceso a los medios y la protección de diversos grupos minoritarios» (p. 60). Aunque esta tutela no necesariamente tiene que ser respaldada por una ley, sino más bien entablada a través del dialogo entre entidades privadas –dueños de las plataformas– y autoridades mediante el desarrollo de mecanismos para evaluar el contenido inapropiado y combatir el discurso de odio en línea, evitando a toda costa la censura de las minorías.

En su contribución y último artículo de la primera parte, Oscar Pérez de la Fuente analiza el impacto del internet en el discurso político, destacando como la esfera pública, que según Habermas tiene una importancia fundamental para las democracias sanas, se ha trasladado a las redes sociales. Esto ha llevado a diferentes gobiernos a implementar los principios de derechos humanos en el contexto digital, revelando diferencias significativas. El autor aplica la tipología de Robert Dahl sobre sistemas políticos para analizar como Rusia y China supervisan, regulan y restringen el acceso y la interacción en internet.

De la Fuente concluye que China ejerce según la tipología un estilo hegemónico al restringir el discurso en el internet mediante lo que Min Jiang denomina «una deliberación autoritaria» ya que China opera con una serie de elementos que incluyen espacios de propaganda central, espacios comerciales regulados por el gobierno, espacios cívicos emergentes y espacios internacionales deliberativos. De acuerdo con el autor, «China carece de una autentica esfera pública y de un público de opinión real» (p. 75). Aunque esto puede cuestionarse respecto al valor real que tiene la esfera del internet. Por otro lado, Rusia lo ha clasificado como un régimen híbrido ya que, aunque haya adoptado y ratificado convenciones internacionales para salvaguardar la libre expresión ha demostrado un menosprecio a la libre expresión dictando leyes para inhibir y sancionar las criticas bajo el pretexto de evitar los discursos extremistas.

2.2 Segunda Parte

La segunda parte del libro aborda distintas manifestaciones, vicios y riesgos relacionados con el ejercicio de la libertad de expresión en el mundo digital, así como dos nuevos enfoques de estudio del discurso de odio. En primer lugar, se realiza un análisis exhaustivo de la primera enmienda del modelo norteamericano, investigando sus implicaciones. Después, se aborda el impacto de las noticias falsas en los procesos electorales y se explora la complejidad de regularlas. Luego, se presenta una tipología para identificar los distintos tipos de información que circulan en internet y que pueden afectar a segmentos importantes de la población. En seguida, de manera muy profunda se examina como el discurso sexista cumple con las características para categorizarlo como discurso de odio. Por último, se exploran las tecnologías emergentes, como la IA y su capacidad tanto para frenar el discurso de odio como para fomentarlo.

Helen Norton, en su estudio analiza a profundidad como la Primera Enmienda del modelo norteamericano proporciona un amplio espacio de manipulación, ejerciendo influencia en decisiones directas en el consumo, la política, la moral y la ética de las personas. Explora también cómo esta dinámica podría acarrear riesgos para las democracias, ya que la enmienda no establece claramente si protege la libertad del «emisor» o del «receptor» del mensaje. En palabras de Norton, esto constituye «el problema de la Primera Enmienda, porque nos fuerza a elegir entre los emisores y receptores» (pp.99). La autora concluye que la presencia de mensajes perniciosos enfocados en influir debe ser mitigada para salvaguardar el libre albedrío de las personas. Además, Norton destaca el latente peligro de las tecnologías emergentes, como los algoritmos, que representan un riesgo constante ya que difiere en grado y naturaleza de formas tradicionales de manipulación.

Filimon Peonidis, investiga el impacto de las «*Fake news*» en democracias liberales. El autor se enfoca en determinar si la eliminación de noticias falsas durante los periodos electorales limita la libertad de expresión, contradiciendo concepciones liberales del ejercicio de dicho derecho. Esta tensión entre la libertad de expresión y los problemas que surgen por la circulación de noticias falsas subraya la enorme influencia de estas en periodos electorales. Peonidis sostiene que las noticias falsas tienen un triple impacto negativo, al inducir decisiones basadas en información incorrecta, afectando a la calidad democrática. El autor encuentra un dilema importante: ¿proteger conscientemente los posibles discursos falsos o establecer regulaciones que controlen la información, otorgando un poder inimaginable a los gobiernos en turno? En última instancia, el autor plantea una propuesta regulatoria para este dilema (p. 111).

Gustavo Ferreira Santos, argumenta que las políticas para combatir la desinformación y el discurso de odio son esenciales para las democracias porque sin estas las sociedades se quedarían sin condiciones para un funcionamiento adecuado. El autor contrasta los enfoques de libertad de expresión en Estados Unidos y Alemania y particularmente su actuar ante el discurso de odio. El sistema americano empodera a los acosadores a expensas de los individuos acosados. El modelo alemán por otro lado permite a las autoridades tomar medidas enérgicas contra el discurso de odio que aparece en redes sociales u otras partes de la web. Además, el artículo incrementa el estudio de

la desinformación desde la tipología de Claire Wandler y Hossein Derakhshan (p. 125).

En su artículo, de Irene Spigno sostiene que el discurso sexista constituye una forma de discurso de odio. Argumenta, el sexismo requiere un enfoque regulatorio específico debido a las diferencias en las violencias experimentadas por las mujeres. Spigno, analiza cuatro modelos de regulación del discurso de odio: «el modelo de libertad» que busca equilibrar la libertad de expresión y la violencia, mientras que el «modelo de defensa» identifica cualquier discurso que atente contra la dignidad humana como un ataque directo al orden constitucional. El «modelo de no discriminación» garantiza protección contexto discriminatorio, y el «modelo multiculturalista» permite la coexistencia de diversas posturas e interviene solo ante rupturas en la convivencia. La autora respalda el modelo multicultural y enfatiza la necesidad de que la sociedad aborde los paradigmas machistas a través de herramientas como la educación.

Miguel Laukyte señala que cada segundo innumerables cantidades de discursos de odio son vertidos en las diferentes redes sociales, esta enorme cantidad hace necesaria la implementación de herramientas con gran alcance y las IA como un componente clave. Su artículo explora cómo las IA se pueden generar estrategias para combatir el discurso de odio mediante algoritmos que anticipen actitudes hacia ese tipo de contenido. No obstante, el debate radica en la verdadera naturaleza de estas herramientas. Las IA actuales no poseen la inteligencia ni la artificialidad que sugiere su nombre, ya que no replican las funciones cerebrales humanas. Además, al ser diseñadas por personas, los algoritmos pueden reflejar sesgos y reforzar estereotipos, en lugar de contrarrestarlos, planteando cuestionamientos cruciales sobre su eficacia y ética en el uso y adopción de estas herramientas.

2.3 Tercera parte

La tercera y última parte del libro abarca una amplia gama de temas, que incluyen la polémica cultura de la cancelación, la libertad de expresión por parte de las autoridades en turno, el litigio estratégico en contra de periodistas destinado a coartar la libertad de expresión y la cuestión de la blasfemia por cuestiones religiosas. Esta sección examina como estas cuestiones interrelacionadas impactan en la dinámica de la libertad de expresión y plantea preguntas cruciales sobre el equilibrio entre la protección de la libertad negativa de Isaiah Berlin y la responsabilidad social de un entorno democrático y diverso.

David S. Han en su artículo sugiere que la cultura de la cancelación no es algo nuevo, sino en «esencia es el mismo tipo de vergüenza colectiva y ostracismo social que ha existido desde tiempos inmemoriales» (p. 169). Han argumenta que la esencia de la cancelación no ha cambiado mucho en comparación el pasado. Aunque creo que debe hacerse un matiz, se mantiene el objetivo de dejar a las personas señaladas en el ostracismo social, pero la forma ha evolucionado; ahora se ejerce la condena a través de las redes sociales. Douthat añade que «basta con tener día particularmente malo y las consecuencias pueden durar tanto como Google» (p. 168). Han concluye que la cultura de la cancelación tiene la capacidad de sofocar la diversidad de ideas en el espacio público. Suprimir el discurso de cualquier individuo es peligró-

so, ya que hace de opiniones divergentes sean sofocadas por miedo a ser cancelados.

William D. Araiza en su artículo se enfoca en la doctrina del «*government speech*» desarrollada durante décadas por la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos. Una vez más, la cuestión de la Primera Enmienda plantea un potencial peligro de que discursos oficiales de los gobiernos en turno puedan menoscabar la dignidad de ciertos grupos sociales. Según Araiza, la Primera Enmienda es inaplicable para el gobierno ya que la cláusula de «*equal protection*» se adapta de manera más adecuada para prevenir que los gobiernos ataquen a ciertas minorías. Araiza ejemplifica en que situaciones en las que los gobiernos pueden imponer una narrativa, precisamente cuando está en juego un bien general, como en campañas de vacunación, alimentación saludable y calidad de vida.

Por otra parte, Jerdzej Skrzypczak presenta en su contribución una crítica a las acciones legales empleadas métodos para silenciar las voces críticas, conocidas como SLAPP (Strategic Lawsuits Against Public Participation). El autor concluye que debemos «tener un equilibrio entre dos reglas esenciales, las constitucionales (nacionales) y las convencionales (internacionales), así como el derecho a un juicio justo y la libertad de expresión» (p. 206). Este tipo de litigio estratégico es principalmente promovido por el sector privado con el objetivo de silenciar a los opositores o críticos. Para el autor, es crucial que se detenga tempranamente el proceso judicial en casos de SLAPP y se impongan sanciones a quienes utilicen este tipo de litigio para vulnerar la libertad de expresión.

Finalmente, Tomasz Litwin explica en su artículo el caso de Dorota Rabczewska, quien fue castigada por vulnerar los sentimientos religiosos al decir que la Biblia «fue escrita por alguien que estaba borracho de vino y fumado por algún tipo de hierva» (p. 212). El autor argumenta que la blasfemia puede tener diferentes expresiones: a través de una caricatura, una película, un libro, un artículo en un periódico o una entrevista. La diferencia entre una crítica y el discurso de odio según Litwin es el «tipo de lenguaje que es usado» (p. 220). Concluye que penalización no es una solución a esta problemática en democracias modernas; en cambio, se debe promover la tolerancia basada en el respeto entre las personas con diferentes puntos de vista y creencias.

3. CONCLUSIÓN

En síntesis, esta obra contiene una serie de artículos que pueden dar para largos análisis y discusiones sobre el fenómeno del ejercicio contemporáneo de la libertad de expresión. Desde la comparativa entre diferentes formas de actuar hasta el nuevo escenario donde la tecnología y la web se posicionan como el nuevo alfa y omega de la esfera pública, los desafíos inherentes emergen como nodos críticos de interés. Sin embargo, en la lectura de este esfuerzo desde mi perspectiva adquiere una singular relevancia el análisis de una nueva minoría, víctima del acceso limitado a la tecnología que resta al mismo tiempo capacidad para ejercer derechos fundamentales. Asimismo, la cultura del borrado y las paradojas en la blasfemia suscitan cuestionamientos esenciales sobre nuestra convivencia. Este libro refleja esfuerzos valiosos en

un mundo dinámico, identificando oportunidades clave para el estudio interdisciplinario de estos fenómenos para la preservación de la libertad de expresión en nuestro tejido social.

Juan CARBAJAL-CAMBEROS
Universidad Carlos III de Madrid
Juanpablo.carbajal@alumnos.uc3m.es

RODRÍGUEZ URIBES, José Manuel: *Gregorio Peces-Barba. La pasión por la vida*, Marcial Pons, Madrid, 2023, 114 pp.

El reciente libro del profesor Rodríguez Uribe en torno al profesor Peces-Barba, es una importante aportación al estudio de la Filosofía del derecho en España durante las últimas décadas.

El libro tiene por objeto la trayectoria personal e intelectual del que fuera uno de los principales protagonistas de la Filosofía de derecho en España, desde los años 70 del siglo pasado hasta su fallecimiento en julio del 2012, el profesor Gregorio Peces-Barba.

Efectivamente, es muy difícil entender la evolución de este campo de conocimiento en España sin contemplar la figura de este autor. Su influencia en el cambio de sentido de la Filosofía del derecho pasa por su reconstrucción para formularla ahora, esencialmente, como un pensamiento jurídico al servicio del nuevo Estado constitucional y democrático, y con una focalización muy especial en el tema de los derechos humanos. Factores que revolucionarían la disciplina convirtiéndola en lo que es hoy en día.

Naturalmente el profesor Peces-Barba no estuvo solo en este empeño, que fue compartido por otros destacados filósofos del derecho de la época, si bien puede decirse que su influencia en este proceso fue decisiva, y que se vio acentuada por la relevancia política, y por la capacidad de influencia que alcanzó Peces-Barba en la España de la Transición.

Así mismo, el hecho de convertirse en la cabeza de una amplia escuela de filósofos del derecho, que de un modo u otro pueden considerarse discípulos suyos, acentuó esa influencia.

En este contexto, el libro es un repaso de la trayectoria del profesor Peces-Barba, centrada, de manera expresiva, en un retrato humano del personaje. Como sabemos la trayectoria vital es en muchos casos un elemento inseparable del devenir intelectual de un autor, y así ocurre de manera muy destacada en el caso de nuestro objeto de estudio, y el libro lo pone muy bien de manifiesto. En él vida y pensamiento discurren paralelas de una manera destacada.

Los que estamos acostumbrados a explicar en clase la historia del pensamiento jurídico a partir de nuestros autores más emblemáticos, sabemos lo importante que son las referencias biográficas y las notas del carácter para animar las enseñanzas y hacer más comprensibles las ideas de los pensadores, y en este sentido este libro es una fuente excelente para ser utilizado como recurso. Ilumina al autor y permiten explicar mejor sus ideas, que serían importantes para la evolución de la Filosofía del derecho en España.

La persona, la historia familiar, los avatares y experiencias de la juventud, contribuyen a la formación del pensamiento, y las claves de esa interrelación entre vida y obra en el caso de Peces-Barba están muy bien contempladas en el texto. De manera que el pensador se hace más comprensible a partir de esas notas biográficas.

Máxime cuando resulta muy reseñable la agudeza y el tino con que Rodríguez Uribe capta los rasgos de la personalidad del protagonista, y la claridad con la que las expone al lector con una prosa clara y elegante.

Algo habría que decir sobre el tono de la obra que estamos comentando. Este está sin duda marcado por el afecto del autor. En todo caso, esto no merma su interés, y creo que es destacable que el profesor Rodríguez Uribe fue una de las personas más próximas al profesor Peces-Barba, y a la vez, en

mi opinión, uno de los actuales profesores de Filosofía del derecho que más se pueden identificar con él.

Los temas de estudio, la afición por el pensamiento francés, la vocación política, el sentido institucional, el patriotismo, son señas de identidad que asemejan en este caso al autor y al biografiado de una manera ostensible. Hasta el punto de que aún cuando comparto momentos con el profesor Rodríguez Uribes encuentro con frecuencia tics comunes y semejanzas entre ambos. Sinceramente, es para mí la persona que más me recuerda a Gregorio.

Y no es extraño que esto sea así, si se tiene en cuenta que la carrera académica de Rodríguez Uribes se desarrolló a la sombra de Peces-Barba, del mismo modo que vivieron juntos una importante etapa de dedicación política, cuando Uribes acompañó al profesor Peces-Barba en su responsabilidad como Alto comisionado de apoyo a las víctimas del terrorismo. Que de todo esto se deduzca también un cierto tono hagiográfico no es pues de extrañar y resulta una nota excusable.

Por otro lado, el título de la obra está muy bien escogido, *La pasión por la vida*, pues todos los que conocieron a Peces-Barba coincidirán en que era ante todo un hombre vital, que devoraba y disfrutaba la vida a cada instante, con una sensación envidiable de plenitud. Recordaba a Ortega al hablar de la vida como única realidad radical; o a Juan Ramón Jiménez al evocar «¡La vida. La viva vida de un ascua sin consumirse!». Así era Gregorio Peces-Barba, incandescente en cada momento, vital, y así se presenta en esta obra.

En cuanto a los rasgos de su carácter, se nos les describe en el libro como a veces difíciles e incluso contradictorios. Por un lado, optimista, expansivo, caprichoso, sociable y generoso. Un hombre muy en el mundo, pero a la vez con un íntimo sentido de la transcendencia. Una transcendencia que se aviene con la idea de tener una misión, idea avivada por su sentido del deber. La misión era intelectual y política, y sería la de contribuir a la construcción de esa añorada España civil y democrática. Esa España que pudo ser como resultado de la II República, que se frustró por el golpe militar, y que de alguna manera se intentó rehacer durante la transición democrática con Peces-Barba como uno de sus protagonistas.

Por otro lado, en su carácter también se señalan otras notas no tan encomiables, como «mandón» –un poco «déspota ilustrado»–, en ocasiones contradictorio, con cambios de opinión, arbitrario, sobre todo cuando se dejaba llevar por la amistad más allá de lo razonable, y esto le llevaba a equivocarse con las personas...

Y puede decirse como conclusión que en el dibujo que globalmente se hace del personaje se reconoce muy bien a Gregorio Peces-Barba.

Y junto a los rasgos de carácter, las anécdotas y los viajes compartidos, como los que hacían en coche a Milán a visitar a Norberto Bobbio, o a ver a Jorge Sampaio, cuando era presidente de la República portuguesa, o las visitas a las librerías a comprar libros esenciales, algunos de cuyos títulos se detallan, son escenas que van marcando retazos expresivos de la personalidad del profesor Peces-Barba.

Así pues, creo que el mayor interés de la obra que ahora comentamos está en descubrir al hombre que se encuentra detrás del pensador. Si el pensamiento está con harta frecuencia marcado por el carácter, creo que en el caso que nos ocupa esta máxima se realiza de manera destacada. Por ejemplo, en el caso de Peces-Barba no puede dissociarse su profundo sentido de la amistad de la creación de una Escuela de filósofos del derecho, que marcó el desarrollo de la disciplina en España. Como tampoco su talante conciliador y la

centralidad de su pensamiento dejan de estar en consonancia con la construcción de una teoría política democrática, basada en la tolerancia y el pluralismo; o sus convicciones, primero cristianas y después socialistas, con su teoría de los derechos y con la preocupación por los derechos sociales. La persona estaba siempre, y de manera inequívoca, detrás del pensador. Y de ahí la importancia de acceder al carácter del filósofo, y el valor de esta aportación en nuestro caso particular.

Se habla de la relevancia que tuvo Peces-Barba en el pensamiento y en la práctica política de la España de la transición. En general puede decirse que por aquel entonces el papel de los juristas fue muy destacado a la hora de construir no solo el entramado institucional, sino también el ambiente ideológico y el relato social del país. Ahí estuvo Gregorio, como estuvo también de manera destacada, gracias a su influencia política, en la configuración de un nuevo modelo de universidad. ¡Cuánto se echa actualmente de menos la influencia de los juristas en un devenir social donde hemos perdido el protagonismo a manos del pensamiento económico y tecnológico!

Y es que sin duda Peces-Barba fue, además de un sólido intelectual, un «hombre de poder»; en el sentido de una persona que se movía con total naturalidad en las esferas del poder más altas, y que allí disfrutaba de una gran capacidad de influencia política. Influencia que desplegó con notables resultados, y baste citar la creación de la Universidad Carlos III de Madrid.

Por otro lado, creo que es interesante destacar también que esta aportación biográfica sobre Peces-Barba se une en el caso de Rodríguez Uribes a otro estudio anterior más centrado en su pensamiento filosófico, esto es, su obra *Gregorio Peces-Barba. Justicia y Derecho. La utopía posible*, publicada en Civitas, en el año 2015. Así, como venimos manteniendo, unimos conocimiento biográfico con pensamiento intelectual, en una simbiosis sin duda enriquecedora. Y a la vez, todo ello se añade a los últimos estudios sobre la obra de Peces-Barba que empiezan a animar el debate sobre su pensamiento, como recientemente el monográfico número 49 de la revista *Derechos y Libertades*, titulado «Filosofía y Derechos Humanos en el pensamiento de G. Peces-Barba. Una mirada desde otras latitudes» (junio 2023).

De hecho, siendo la principal aportación del libro el estudio biográfico, con el desvelamiento de claves de comprensión del autor, no deja de haber también en él un apartado dedicado a su pensamiento, donde se recogen las grandes categorías o principios con los que Peces-Barba construyó sus teorías y desarrollo sus ideas. Como la idea clave de «razón histórica», perfectamente explicada, dejando ver la transcendencia y el amplio despliegue teórico de sus exigencias; o el laicismo; o la distinción entre la ética pública y la privada, principios recurrentes a partir de los cuales puede explicarse buena parte de la obra del autor. Y lo mismo ocurre con la determinación de sus referencias doctrinales: Montaigne, Kelsen, Fernando de los Ríos, Bobbio... Profundizando así en el conocimiento de un personaje clave en nuestra historia.

En definitiva, un libro útil y agradable de leer en el contexto de la Filosofía del derecho.

Ángel PELAYO GONZÁLEZ-TORRE
Universidad de Cantabria

SOLANES CORELLA, Ángeles: *¿Castigar o premiar? Las sanciones positivas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, 320 pp.

Alguien ensayó una reforma: la interpolación de unas pocas suertes adversas en el censo de números favorables. Mediante esa reforma, los compradores de rectángulos numerados corrían el doble albur de ganar una suma y de pagar una multa a veces cuantiosa. Ese leve peligro (por cada treinta números favorables había un número aciago) despertó, como es natural, el interés del público.

Jorge Luis Borges (1941, 71).

1. INTRODUCCIÓN

Ángeles Solanes acaba de publicar el primer estudio sistemático en español que versa sobre la función promocional del Derecho (Solanes, 2023). Hasta ahora la trayectoria académica de la Prof. Solanes había estado dedicada con un amplio abanico de publicaciones, desde su tesis doctoral en 1999, al ámbito en el que la doctrina de los derechos humanos se solapa con la protección de los más vulnerables, en especial de los inmigrantes. En este nuevo libro se dedica a estudiar las técnicas que el derecho contemporáneo utiliza para incentivar y facilitar aquellos comportamientos necesarios para constituir una sociedad bien ordenada a través de las sanciones positivas.

Pretendo dar cuenta de este relevante libro, presentado en la sección segunda una breve descripción de su contenido y, a partir de las ideas que contiene, en las siguientes secciones abordar algunas interesantes cuestiones que deja planteadas. En la sección tercera, introduciré una cuestión conceptual referida a cómo distinguir adecuadamente entre penas y recompensas. En la sección cuarta me ocuparé sucintamente de los incentivos que generan lo que ahora se denominan *nudges*, que son leves empujones, codazos. En la sección quinta, me ocuparé de lo que en derecho penal se conoce como derecho premial y de los problemas que abre. En la sección sexta concluiré.

2. SIGHTSEEING POR EL LIBRO

El libro tiene cuatro partes. La primera contiene una evolución de la historia de las ideas acerca de la recompensa en el Derecho. La segunda está dedicada a un análisis conceptual y a una taxonomía de la idea de sanción positiva. La tercera contiene un análisis de cómo la función promocional del derecho se incardina en el contexto del Estado social de derecho y es un elemento que lo distingue del Estado liberal, articulado por la idea de las normas jurídicas como prescripciones garantizadas por sanciones negativas. La cuarta concluye con algunos ejemplos de sanciones positivas en el Estado social y democrático español de ahora mismo, con dos interesantes análisis de la respuesta del Estado a la amenaza de la pandemia por COVID-19 y el uso del pasaporte COVID como sanción positiva y, también, las medidas urgentes en materia de contratación laboral establecidas para salir al paso de

los desafíos que, en este ámbito, se abrían con la pandemia y, también, con las consecuencias de la guerra de Ucrania.

La obra contiene dos magníficos epígrafes de dos autores muy perspicaces, que supieron ver *avant la lettre* la relevancia de los incentivos positivos en el Derecho, se trata de Thomas Moro en su *Utopía* (1516) y Jonathan Swift en *Los viajes de Gulliver* (1726). En esta parte se comienza con la idea de recompensa como una manifestación de la discrecionalidad del Soberano a finales del Antiguo Régimen. A continuación, aparecen las ideas al respecto de los Ilustrados, como Montesquieu y Beccaria y, en Inglaterra, las de Bentham, Austin y Stuart Mill, junto con Ihering y Gioia, para terminar en el siglo xx, con la posición de Kelsen, que centró su concepción de la norma jurídica en las sanciones negativas y la respuesta de Bobbio, que abre en Italia una reflexión conceptual articulada en torno de la noción de sanción positiva.

Destaco la parte dedicada a Jeremy Bentham (Solanes 2023, 55-65), un autor que en su inmensa atención a los detalles dedicó muchos esfuerzos a proponer mecanismos para incentivar un funcionamiento más adecuado de las elecciones, de las asambleas legislativas y de los jurados. Hace algunos años Jon Elster (2013) se refirió muy perspicuamente a ello¹.

La segunda parte está centrada en la valiosísima contribución de Bobbio (1977) que puso sobre la mesa la cuestión en la teoría jurídica contemporánea. Lo que produjo una bien interesante literatura en la teoría jurídica, y también en la sociología del derecho, italianas de finales del siglo pasado. Tal vez el aspecto crucial es el intento de distinguir entre premios e incentivos. Pero como la autora reconoce (Solanes 2023, 100) siguiendo a Gavazzi (1983) esta distinción es difícil de realizar puesto que el establecimiento de un premio suele actuar también como un incentivo². Sea como fuere, en el capítulo se halla un excelente mapa conceptual que permite orientarse en este ámbito.

La tercera parte ubica de manera muy adecuada la función promocional del derecho en el Estado Social del derecho. Del Estado liberal clásico, en el que la función del Estado estaba limitada a abstenerse de vulnerar los derechos de los ciudadanos y a reprimir aquellos comportamientos de los ciudadanos que dañaran con sus acciones a otros ciudadanos, la función de vigilante nocturno, como a veces se dice, se pasó al Estado social de Derecho, en el cual el Estado procura establecer las bases que permitan a todos alcanzar un bienestar suficiente para desarrollar sus planes de vida. Y aquí las sanciones negativas por sí solas no alcanzan.

El cuarto capítulo aplica estas ideas de un modo muy original. Con la caja de herramientas que ha completado en los tres capítulos anteriores, la autora nos muestra como la idea de sanción positiva está en condiciones de iluminar

¹ Y yo me hice eco de ello en Moreso (2019). A los trabajos de Bentham que referencia Solanes, valdría la pena añadir Bentham (1990, 1993, 1999). Aunque la literatura manejada en esta parte referida a los autores históricos es siempre muy adecuada y pertinente, añado dos actualizaciones que merecen ser tenidas en cuenta. La obra de Bentham *Of Laws in General* (1970), editada por H. L. A. Hart, cuenta con una actualización más respetuosa con los manuscritos benthamianos a cargo de Philip Schofield (Bentham 2010). Y la *Allgemeine Theorie der Normen* kelseniana con una traducción mucho más confiable de nuestro colega Miguel Ángel Rodilla (Kelsen 2020).

² Entre nosotros, la escuela *alicantina* también se ocupó de ello, por ejemplo, Pérez Lledó (2000) y Lara (2001).

determinadas medidas legislativas adoptadas en los últimos años en nuestro país. Especialmente acertado me parece es contemplar el pasaporte COVID como una sanción positiva, no se obliga a nadie a obtenerlo (previa la vacunación), pero determinadas posibilidades se hacen depender de estar en su posesión: los viajes en avión o en tren, la asistencia a restaurantes, conciertos u otros eventos públicos, etc. Creo que es un ejemplo prístino de cómo guiar el comportamiento mediante incentivos, sin el uso de sanciones negativas.

3. PENAS Y RECOMPENSAS: *EL BASELINE*

En esta sección voy a referirme a una cuestión conceptual que la autora apunta en una ocasión al menos (Solanes 2023, 136 nota 74):

Puede suceder, de forma extraordinaria, que quien recibe la sanción no la conciba como un mal, sino que bien por remordimientos, porque así asegura techo y comida o por cualquier otro motivo, desee que se le aplique dicha sanción, por ejemplo, la pena de prisión, de forma que el castigo inicial establecido por el ordenamiento jurídico sería recibido por el destinatario como un bien, y no como un mal.

Y, entonces, la pena, una sanción negativa, no opera como una amenaza, sino como una oferta, como una sanción positiva. Por ello, mi epígrafe de Borges y su cuento de la lotería de Babilonia que no solo tiene, como es usual en las loterías, premios, sino que también dispone de castigos, de sanciones negativas. De las novelas dickensianas sabemos que algunas personas cometen pequeños delitos con el objetivo de ser encarceladas, y disponer así de abrigo y comida, huyendo del frío y el hambre en las calles. Es algo que sigue ocurriendo³. Para estas personas, las sanciones negativas del derecho penal actúan más bien como recompensas, como premios. En un artículo seminal sobre el concepto de coerción, Nozick (1969/1997) ya había puesto de manifiesto que para distinguir entre «amenazas» y «ofertas» es preciso disponer de una *baseline*, de una referencia para comparar la situación previa a la amenaza u oferta y la situación posterior. Una comparación que alude a lo que ocurre en situaciones de «normalidad», pero también siguiendo a Nozick debemos distinguir entre un uso «predictivo», no-moralizado, de normalidad y un uso «normativo», moralizado. Tal vez mayor atención a la abundante literatura sobre la coerción podría arrojar alguna luz sobre ello⁴.

4. *NUDGES*

Cuando Ángeles Solanes (2023, 276-277) se refiere a la técnica del Pasaporte-COVID dice que dicho instrumento podría ser comprendido con el artesanal conceptual que procede de la denominada «arquitectura de la elec-

³ Véase esta espeluznante crónica en *The Guardian* del 2 de noviembre de 2022, <https://www.theguardian.com/society/2022/nov/02/unhoused-people-shelters-homelessness-to-jail-cycle>

⁴ Vd., por ejemplo, Anderson (2023), Schauer (2015). Me referí brevemente a esta cuestión en MORESO (2016).

ción», como un *nudge*, y que ha sido desarrollada magistralmente, como es sabido, por Sunstein y Thaler (2008). Desarrollar esta sugerencia de la autora enriquecería, sin duda, nuestra comprensión de la función promocional del derecho. Por ejemplo, ahora que la tecnología lo hace posible, es más eficiente evitar el robo de coches haciendo que solo puedan abrirse leyendo la retina del usuario del auto, que usando la máquina del derecho penal. Se evita un comportamiento haciéndolo prácticamente imposible.

Aquí solo deseo añadir que mi ejemplo preferido de este tipo de mecanismo, de *nudge*, es aquel que he denominado el ejemplo del «carro autopoiético»: unos treinta años atrás en España, con la proliferación de las grandes superficies comerciales, cuando los clientes acudíamos a hacer nuestra compra los sábados por la mañana, a menudo no hallábamos ningún carro libre para poder hacerla. Las grandes superficies incrementaron el número de empleados con el cometido de recoger los carros abandonados y colocarlos en la entrada a disposición de los clientes, otros colocaron grandes carteles recordando a los clientes la obligación de devolver el carro a su lugar, incluso algunos amenazaron con castigar con pequeñas multas a los que no devolvieran el carro. Todos los mecanismos fallaron. Al final, la solución vino sin necesidad del ejercicio del poder normativo, con un ejercicio del poder gubernamental: para disponer de un carro era preciso poner una moneda de un precio menor (50 céntimos o un euro actuales) en una ranura del carro, moneda que automáticamente devuelve el carro solo cuando se lo sitúa en el lugar adecuado, en el lugar de salida⁵.

5. EL DERECHO PREMIAL, ¿LA SOAVE INQUISIZIONE?

Uno de los ámbitos en los que más presencia han tenido las sanciones positivas, ha sido el derecho penal de carácter premial. Por ello entendemos las medidas penales y procesales tendentes a favorecer la delación y confesión de delincuentes de crímenes relacionados con el terrorismo o con el tráfico de drogas, por ejemplo. Medidas que van desde rebajas de las penas hasta la promesa de no inculpación, a cambio de obtener información que los cuerpos de seguridad del Estado pueden usar para dismantelar organizaciones criminales. A nadie se le esconde la relevancia actual de este asunto. Sin embargo, el uso de los premios en este ámbito no está exento de controversia. Solanes (2023, 226-227) es bien consciente de ello. Lo dice así⁶:

Ante la posibilidad de admitir el premio en el ámbito penal se plantean diversas dudas e inconvenientes:

- 1) Con el premio se introduce un coeficiente de inseguridad en la relación entre los cómplices.
- 2) El efecto intimidatorio de la pena puede verse afectado por el hecho de que el delincuente pueda evitar ser sancionado negativamente o al menos

⁵ El carro autopoiético hace referencia, es claro, aunque algo frívolamente, a la sociología de LUHMANN, N., y TEUBNER, G., Vd. Teubner (1988).

⁶ Véanse las dudas al respecto de Luigi Ferrajoli, el Cesare Beccaria de nuestros días, en FERRAJOLI (1984, 1989, cap. XII).

obtener importantes beneficios si, por ejemplo, es capaz de demostrar que está arrepentido (aunque realmente no lo esté).

3) La concesión de un premio en el ámbito penal rompe uno de los principios fundamentales del derecho penal, incluso del propio Estado moderno de Derecho, que es el de la proporcionalidad de la pena respecto de la gravedad del delito y a la culpabilidad del delincuente. Asimismo, pierde el carácter de igualdad, abstracción, certeza y determinación legal.

Leyendo a Ángeles y las dudas e inconvenientes que plantea al derecho premial, recordé que cuando escribía mi tesis doctoral, sobre la teoría del derecho de Jeremy Bentham, un autor no muy favorable a algunas garantías procesales de los acusados⁷, leí alguna literatura italiana crítica con la legislación penal de carácter excepcional promulgada en una Italia todavía azotada por el terrorismo, tanto de la extrema derecha como de la extrema izquierda. En uno de esos trabajos, Padovani (1981) comparaba la legislación que premiaba la delación, con la legislación que castigaba con la tortura a los que no confesaban. Decía (Padovani 1981, 541): ‘El contenido ciertamente es de signo diametralmente opuesto: no la amenaza, sino la esperanza, no la violencia, sino la templanza [*mitezza*] constituyen el vehículo de penetración. La inquisición se ha convertido en suave, pero la lógica es la misma, inspirada en la intervención directa sobre el imputado que es llamado a transformarse en un medio de prueba, a convertirse en cooperador activo de la investigación procesal bajo la presión de los estímulos ‘adecuados’.

Es obvio que son cuestiones que vuelven a preocuparnos a todos. Si traigo esta reflexión aquí es porque, aunque convencido de que los Estados democráticos tienen la legitimidad para establecer los mecanismos tendentes a impedir que el terrorismo actúe socavando la trama que soporta nuestra convivencia, también estoy preocupado por la incapacidad reiterada que el Estado de derecho muestra, en la realidad, para ahorrar las prácticas de lo que a veces se conoce como *Deep State*, los servicios secretos, por ejemplo. Parece que dichos servicios son necesarios, por ejemplo, para diseñar estrategias de infiltración en las organizaciones criminales del terrorismo global. Pero que sean necesarios no puede querer decir que estén al margen del Estado de derecho, esta frágil construcción que protege nuestros derechos y que nos permite vivir con dignidad. Valiéndome de una expresión de Hobbes, aunque para otros fines, no podemos dejar este ámbito de actuación del Estado en el *Kingdom of Darkness*, en el reino de las tinieblas⁸.

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

De Bobbio aprendimos, y seguimos aprendiendo, muchas cosas, de teoría jurídica, de filosofía política, de historia de las ideas. Todavía me admira cada vez que lo leo el afortunado modo en el que combinaba la claridad con

⁷ Parece que BENTHAM, por ejemplo, rechazaba el derecho al silencio de los acusados puesto que solo, decía él, los culpables tenían interés en guardar silencio. Para un análisis pausado de esta idea de Bentham, puede verse Lewis (1990).

⁸ Como es sabido, la cuarta parte del *Leviatán* de Hobbes lleva por título ‘Of the Kingdom of Darkness’ (Hobbes 1651/2012).

la profundidad el maestro turinense. Con él aprendimos también que, al enfoque estructural de la teoría jurídica, el enfoque que adoptó Hans Kelsen, le convenía ser complementado con un enfoque funcional. Es cuando adoptamos esta segunda perspectiva, cuando estamos en condiciones de tomar en consideración y de analizar con detalle la función promocional del derecho.

En este libro, Ángeles Solanes ha decidido seguir esta estela bobbiana y nos ha regalado esta crucial contribución que no solo sirve como mapa y brújula para orientarnos en este territorio, sino que también nos equipa adecuadamente y nos permite vislumbrar cuestiones que nos empujan a explorar nuevas tierras. Son dos muy buenas razones para leerlo.

REFERENCIAS

- ANDERSON, S. (2023). Coercion. *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2023 Edition), Edward N. Zalta & Uri Nodelman (eds.), URL = <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2023/entries/coercion/>>.
- BENTHAM, J. (1990). *Securities against Misrule and other Constitutional Writings for Tripoli and Greece Schofield*, P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (1993). *Official Aptitude Maximized; Expense Minimized Schofield*, P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (1999). *Political Tactics*. M. James, C. Blamires, C. Pease-Watkin, C., eds. Oxford: Oxford University Press.
- BENTHAM, J. (2010). *Of the Limits of the Penal Branch of Jurisprudence*. P. Schofield ed. Oxford: Oxford University Press.
- BOBBIO, N. (1977). *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoría del diritto*. Milano. Ed. di Comunità.
- BORGES, J. L. (1941). La lotería en Babilonia. *Sur*, 76 (enero): 70-76.
- ELSTER, J. (2013). *Securities against Misrule: Juries, Assemblies, Elections*. Cambridge: Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, L. (1984). Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*, 2: 277-292.
- FERRAJOLI, L. (1989). *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*. Roma-Bari: Laterza.
- GAVAZZI, G. (1983). Diritto premiale e diritto promozionale, en AA. VV. *Diritto premiale e sistema penale*. Milano: Giuffrè, 37-52.
- HOBBS, T. (1651/2012). *Leviathan*, Critical edition by Noel Malcolm in three volumes: 1. Editorial Introduction; 2 and 3. The English and Latin Texts, Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, H. (2018). *Teoría general de las normas*. Traducción y presentación de M. A. Rodilla. Madrid: Marcial Pons.
- LARA, R. (2001). Sobre la función promocional del Derecho. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 31: 553-576.
- LEWIS, A. D. E. (1990). Bentham's View of the Right of Silence. *Current Legal Problems*, 43/1: 135-157.

- MORESO, J. J. (2016). Schauer on Coercion, Acceptance, and Schizophrenia. *Ratio Juris*, 29/2: 215–222.
- MORESO, J. J. (2019). Spanish Emancipation: Bentham on Law and Politics in the Spanish World. *Special Issue: Bentham around the World. Journal of Comparative Law*, 14/2: 161-173.
- MORESO, J. J. (2020). Cenerentola e la zucca. Marco Brigaglia sobre el poder en Michel Foucault. *Diritto & Questioni Pubbliche*, XX/ 1: 207-220.
- NOZICK, R. (1969/1997). Coercion, en R. Nozick, *Socratic Puzzles*. Cambridge, Mass. Harvard University Press, 15-44.
- PADOVANI, T. (1981). La soave inquisizione. Osservazioni e rilievi a proposito delle nuove ipotesi di ravvedimento'. *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 24: 529-545.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A. (2000). Sobre la función promocional del Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 23: 665-687.
- SCHAUER, F. (2015). *The Force of Law*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press.
- TEUBNER, Günther (ed.) (1988). *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society*. Berlin: De Gruyter.
- THALER R. H., y SUNSTEIN, C. (2008). *Nudge. Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*. New Haven: Yale University Press.

Jose Juan MORESO*

* Catedrático de Filosofía del Derecho, Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)–BIAP (Barcelona Institut of Analytic Philosophy). email: josejuan.moreso@upf.edu, <https://orcid.org/0000-0003-2702-569X>

IV

OBITUARIO

Un filósofo sin fronteras

Obituario de Ernesto Garzón Valdés (1927-2023)

El pasado 19 de noviembre murió el profesor Ernesto Garzón Valdés en su casa de Bonn, un lugar de referencia durante decenios para colegas y amigos iusfilósofos de todo el mundo. Con él desaparece no sólo una figura irremplazable, sino alguien a quien se aplica con toda justicia lo que dejó escrito Brecht: «hay hombres que luchan un día y son buenos; hay otros que luchan un año y son mejores; hay quienes luchan muchos años y son muy buenos; pero los hay que luchan toda la vida: esos son los imprescindibles». Ernesto, un trabajador infatigable («adicto al trabajo, de perfil bajo», como le describió su bien amigo Francisco Laporta), que nunca se dejó vencer por las circunstancias más adversas, ni descansó cuando la gran mayoría de nosotros habría dado por más que cumplida la tarea, era realmente un «imprescindible».

En ocasión ya lejana, en la *laudatio* por su nombramiento como doctor *honoris causa* por la Universitat de València, en 1998, le calificué, con una amable provocación para alguien que tenía unas profundas convicciones laicas, como verdadero «pontífice». Y reafirmo ese elogio ahora. Porque, además de una obra propia de muy considerable impacto, Ernesto tuvo un papel decisivo a la hora de crear puentes, de abrir y desarrollar relaciones intelectuales –y también personales– muy fructíferas a varias generaciones de profesores de filosofía del Derecho, filosofía política y filosofía moral, de la filosofía práctica, en suma, entre el mundo académico e intelectual europeo, anglosajón y latinoamericano, a los que ayudó desde su etapa de formación y más allá de la madurez, para crear grupos de investigación abiertos, verdaderas redes internacionales y multidisciplinares, gracias a una labor incansable que le llevaba a viajar de modo constante de un punto a otro, y a hacer surgir iniciativas, verdaderas empresas intelectuales, de

indiscutible proyección y solidez. Por ejemplo, la creación de revistas de prestigio científico internacional, como *Doxa* o *Isonomía*, de las que fue el promotor sin tratar de imponer un criterio único, aunque algunos de los que tuvimos la suerte de acompañarle en el nacimiento de ellas fuéramos en ese momento jóvenes profesores e investigadores que empezaban su andadura académica. Ernesto practicó siempre la elegancia intelectual de hacer compatible el respeto personal hacia todos sus interlocutores, con el ejercicio de la crítica a fondo de todos los argumentos y posiciones. Hablo también de proyectos editoriales como la colección de *Estudios alemanes*, o la *Biblioteca de Ética, filosofía del Derecho y política*, un legado duradero en el que invitó a participar a cuantos mostraban su disposición y –eso sí– una voluntad de trabajo y rigor que cumpliera con la exigencia que siempre pedía a todos. Hablo, por supuesto, de seminarios permanentes de formación, entre los que destacan los encuentros en Tossa de Mar, que coordinaba con su más antiguo discípulo e íntimo amigo, Jorge Malem y que constituían no sólo un lugar de encuentro y de convivialidad, sino una suerte de test intelectual para quienes querían probar sus armas en el debate iusfilosófico. O el «seminario García Maynez», creado por él en México, con la ayuda de otro de sus grandes amigos y también discípulo, Rodolfo Vázquez, en el año 1991. Por supuesto, el seminario permanente que impartió con periodicidad mensual durante más de veinte años en la Universitat Pompeu Fabra –en muchos sentidos su segunda casa intelectual–, en la que deja un gran número de amigos y excelentes profesores, comenzando por el mencionado Jorge Malem, el añorado Albert Calsamiglia y Jose Juan Moreso, que dirige uno de los más brillantes grupos de trabajo iusfilosóficos. Hablo también del *Tampere club*, en Finlandia, o del más reciente de ellos, que animó con la Fundación Coloquio Jurídico Europeo. Seminarios siempre encaminados a propiciar el debate intelectual y también a prolongarlo más allá del escenario presencial, gracias a su afán de hacer posible que se tradujeran en publicaciones asequibles para todos los que no pudieran participar en ellos.

La biografía personal e intelectual de Ernesto –de la que nos queda un testimonio tan valioso como autocrítico en su libro *El velo de la ilusión*– es imposible de resumir en una nota como ésta. Quizá una de las mejores aproximaciones es la relativamente temprana entrevista que le hicieron dos de sus mejores amigos, Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, en la revista *Doxa*, en 1987, o en la amplísima *Derecho, ética, política*, editada en 1992, aunque si se piensa en el enorme trabajo posterior de Ernesto parece claro que no puede quedar limitado a esos precisos y ricos retratos.

Nacido en Córdoba (Argentina), en 1927, fue un muy destacado representante de la escuela argentina de teoría y filosofía del Derecho, conformada, entre otros, por Ambrosio Gioja, Genaro Carrió, Carlos S. Nino, Carlos Alchourrón o Eugenio Bulygin. Conjugaba la metodología analítica con un amplísimo conocimiento de los clásicos del

pensamiento filosófico, jurídico y político, una inverosímil capacidad de trabajo y una insaciable curiosidad intelectual, que le hacía estar al corriente de las más novedosas contribuciones, no sólo académicas, sino en el mejor sentido, cultural.

De su aportación intelectual en el ámbito de la filosofía práctica vale citar su muy difundida tesis del «coto vedado», de raíces kelsenianas, pero con una convicción firme y coherente sobre la inexorable relación entre Derecho y ética como se pone de manifiesto en su artículo en *Doxa*, en 1982, o su trabajo seminal sobre la tolerancia (su muy citado artículo en el número 19 de 1992, de la revista *Claves de la razón práctica* con la paráfrasis a un *motto* de Manuel Vicent «No pongas tus sucias manos sobre Mozart»), o, por citar otros muy conocidos ensayos suyos, los que reunió bajo el título de *Calamidades* (2004) y que recogían su intervención en las conferencias Aranguren, en los que presta atención entre otros a problemas como la corrupción política, las intervenciones humanitarias armadas o el terrorismo de Estado.

Vuelvo a insistir en esa enorme contribución de abrir fronteras: gracias a sus iniciativas, centenares de profesores e investigadores universitarios establecieron contacto con otras tradiciones y, como he señalado, crearon fuertes y perdurables lazos intelectuales. Gracias a él –también a Elías Díaz y a Gregorio Peces-Barba–, varias generaciones de profesores de filosofía del Derecho de universidades españolas, sobre todo la Pompeu Fabray la de Alicante, pero también la de Valencia, la Autónoma de Madrid, Zaragoza, Carlos III o Sevilla, pudimos salir del estrecho marco universitario dominante en nuestro país aún en los años 70 y entrar en contacto con lo mejor de la filosofía jurídica europea, norteamericana y latinoamericana. Como muestra de agradecimiento, recibió el doctorado *honoris causa* por un buen número de esas universidades.

Se da la circunstancia de que Ernesto ha muerto antes de que se conociera el resultado de las elecciones presidenciales en su país, que dio una victoria sólida al ultra populista Javier Milei. Los que conocimos a quien no acostumbramos a llamar «maestro», tenemos la convicción de que frente a nuestra desolación, nos habría recordado, con su proverbial ironía y elegancia intelectual, que ha habido otros tiempos aún más difíciles y que se pueden superar. Él mismo lo hizo, con enorme inteligencia y trabajo, cuando fue represaliado por la dictadura de Videla, expulsado de la universidad y del cuerpo diplomático (había sido entre otras cosas embajador plenipotenciario en Bonn) y forzado al exilio en Alemania: Borges lamentó su expulsión en un memorable artículo titulado *Prescindir de los mejores*. En Alemania obtuvo la cátedra en la Universidad de Mainz, en la que se jubiló y desde la que llevó a cabo la ingente labor que he tratado de resumir.

Ernesto era un lector infatigable albergaba una enorme y siempre insatisfecha curiosidad intelectual que le hacía estar al tanto también de los principales movimientos artísticos y literarios. Conocía, por

ejemplo, la obra de un coetáneo suyo, de peculiar trayectoria intelectual y política, José Bergamín, que, en un libro precioso e inmisericorde, *Esperando la mano de nieve*, dejó escrito «vienes de un mundo de mortal memoria/ y vas a otro de mortal olvido». Es una sentencia que no se aplicará a nuestro Ernesto Garzón Valdés: sus amigos y, sobre todo, sus discípulos, sus estudiosos y sus lectores, aseguran larga vida a su legado.

JAVIER DE LUCAS
Universitat de València

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes con contenido científico y vinculada a la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP), dirigida desde mayo de 2018 por D.^a Ángeles Solanes Corella, catedrática de Filosofía del Derecho de la Universitat de València. Esta revista recoge contribuciones científicas originales y de referencia principalmente relacionadas con el área de filosofía del derecho y filosofía política. En este sentido, sus objetivos son la difusión del conocimiento, la reflexión y el debate científico desde diversas perspectivas de análisis sobre la filosofía política y jurídica u otros aspectos básicos del Derecho transversales a toda la comunidad científica y profesional de cualquier disciplina jurídica interesada en sus contenidos.

INSTRUCCIONES PARA LOS AUTORES Y AUTORAS

I. Extensión y soporte material

Los originales de los artículos de las secciones «Monográfico», «Teoría y Filosofía del derecho» y «Debates» tendrán como extensión mínima 20 páginas y máxima 25 páginas DIN A4, a espacio y medio. Como criterio orientativo general, se recomienda no exceder de los 50.000 caracteres. El tipo de letra será «times 12» para el texto principal y, en su caso, «times 10» para las notas al pie, que tendrán interlineado sencillo.

Todos los artículos deberán ir acompañados de un resumen y *abstract* de máximo de diez líneas en castellano y en inglés, así como de cinco o seis palabras clave o *key words* en castellano y en inglés. Asimismo, deberán incluir al comienzo el título en castellano y en inglés, así como un sumario con los epígrafes en los que se estructura el texto tanto en castellano como en inglés.

Los originales de la sección «Crítica bibliográfica» no deberán superar las ocho páginas ni tener una extensión inferior a seis páginas DIN A4, a espacio y medio. Aproximadamente, no han de superar los 18.000 caracteres ni tener una extensión inferior a 15.000 caracteres.

Los artículos, recensiones y noticias han de enviarse exclusivamente a través de la página electrónica de AFD: <https://revistas.mjusticia.gob.es/index.php/AFD>

En el documento es imprescindible incluir los datos del autor o autora de la siguiente forma:

1. Nombre completo.
2. Institución de educación superior a la que se está adscrito/a y posición (por ejemplo: investigador/a, profesor/a ayudante doctor, contratado doctor/profesor permanente laboral, titular, catedrático, u otras). No se admitirán trabajos de personas cuya vinculación institucional no pueda ser demostrable por vías fehacientes.
3. Dirección electrónica y postal institucional de contacto al efecto de posibles envíos o comunicaciones.
4. Número ORCID.
5. Título del trabajo, resumen, sumario y palabras clave, con su correspondiente traducción al inglés.

II. Sistema de citas

Las notas a pie de página se confeccionarán según el criterio general que se incluye en el apartado III y se entenderá que constituyen las referencias bibliográficas del artículo, sin que sea necesario añadir una bibliografía final, evitando así reiteraciones. Una obra ya citada se mencionará con el nombre del autor o autora seguida de *op. cit.* y la página. Si el autor o autora tiene varias obras citadas en el artículo, se abreviará el título, seguido de *cit.* y la página. En caso de repetir de forma inmediata la misma referencia a autor, autora o documento, se indicará con *ibidem* y el número de página. Las abreviaciones de las locuciones de *ídem*, *ibídem*, *infra*, *supra*, *apud* o *pássim*, *vide*, cuando así lo exija la investigación serán preferentemente abreviadas, respectivamente, como *id.*, *ib.*, *infr.*, *supr.*, *ap.*, *páss. vid.* Las palabras extranjeras deben ir en cursiva. En las notas al pie y texto, la palabra página se abreviará p. o pp., según proceda; siguientes se expresará como ss.; para especificar conferir se utilizará su abreviación (cfr.), si no se trata de cita literal; la abreviatura de artículo será art. y solo se empleará cuando vaya entre paréntesis, en los demás casos deberá ir con todas las letras. Las siglas, abreviaturas y acrónimos irán en mayúsculas sin espacio (pegadas) y sin puntos, salvo la primera vez que se mencionen que deberá constar, entre paréntesis el significado de éstas.

Por último, en la primera cita de textos legales figurará el rango normativo, el número, fecha, nombre del fundamento legal y, entre paréntesis, el Boletín oficial en el que se publicó con referencia de número y fecha. Las citas iniciales de jurisprudencia y otras resoluciones contendrán: las siglas de la resolución y tribunal u órgano, sala y fecha, referencia de repertorio en que se publicó o consultó el original y nombre y apellidos del magistrado ponente.

III. Notas y referencias bibliográficas

En cualquier caso, al citar la obra completa, deberá ser presentada de la siguiente forma: Apellido/s, nombre completo, *título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de páginas (eventualmente colec-

ción). Se distinguirá entre libro, artículo de revista, capítulo del libro, etc. Ejemplos:

1. Libro/monografía:

FERRAJOLI, Luigi, *Por una Constitución de la Tierra. La humanidad en la encrucijada*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2022.

2. Artículo de revista:

BENHABIB, Seyla, «Habermas's new Phenomenology of Spirit: Two centuries after Hegel», *Constellations*, vol. 28, 2021, pp. 33-44.

3. Trabajo o capítulo del libro:

ARENDT, Hannah, «We Refugees», en Robinson, Marc (ed.), *Altogether Elsewhere. Writers on Exile*, Boston, Faber & Faber, 1994, pp. 110-119.

IV. Proceso de evaluación, admisión y revisión de manuscritos

Los trabajos enviados a la Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho deben ser inéditos y serán evaluados mediante el sistema de doble evaluación externa ciega manteniendo el anonimato en la revisión de los trabajos. Por ello, los autores o autoras deben eliminar los metadatos del mismo en el texto, para evitar que los evaluadores puedan identificar su autoría. El autor o autora que remita un trabajo de investigación ya publicado pero que haya sido objeto de una revisión y actualización sustantiva deberá acreditar fehacientemente la calidad de inédito de su trabajo conforme a las directrices de la Cátedra Unesco para que en última instancia el Consejo de Redacción o Asesor pueda considerar su posible evaluación. El evaluador o la evaluadora externa será decidido por el Consejo Asesor o el Consejo de Redacción del Anuario de Filosofía del Derecho, en su caso. La deliberación «por pares» de los trabajos presentados se realizará entre los meses de abril y junio y la aceptación o rechazo de los originales, así como las posibles sugerencias de modificación de los/las evaluadores/as a los autores o autoras, serán comunicadas entre los meses de septiembre y octubre.

Tras el proceso de evaluación, los autores o autoras de los trabajos recibirán una comunicación motivada de la decisión editorial que incluya las razones para la aceptación, revisión o rechazo del artículo, así como, los correspondientes informes emitidos por los expertos o expertas independientes.

Los evaluadores o evaluadoras externos justificarán el dictamen emitido atendiendo a los siguientes criterios orientativos de evaluación de la Revista:

1. Idoneidad de la temática propuesta.
2. Originalidad o aportaciones novedosas.
3. Bibliografía y aspectos metodológicos.
4. Correcciones, recomendaciones y sugerencias de modificación.

Para ser publicados los trabajos, deberán obtener dos evaluaciones positivas de realizadas por evaluadores/as externos/as. Quienes evalúen podrán hacer constar los aspectos a corregir o sugerencias de modificación, así como comentarios adicionales que consideren oportunos para mejorar la calidad del trabajo. En el caso de que uno de los informes sea negativo o positivo con modificaciones, se estará a lo que decida el Consejo Asesor o el Consejo de

Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a una tercera evaluación externa, que será vinculante. En cualquier caso, si la evaluación es positiva pero se indican recomendaciones de modificación sustantivas, el Consejo de Redacción y en su caso al Consejo Asesor, concederá un período de tiempo suficiente para que los autores o autoras obligatoriamente le remitan la versión definitiva del texto con un informe razonado y detallado de la revisión realizada de acuerdo a las evaluaciones. En tal supuesto, la decisión sobre la publicación definitiva del trabajo será sometida, de nuevo, al Consejo de Redacción, y en su caso, al Consejo Asesor de la revista.

Serán criterios excluyentes para la no admisión de los trabajos:

- Excederse en la extensión establecida según el tipo de colaboración.
- No utilizar el sistema de citas propuesto en la manera indicada.
- No enviar el trabajo en el soporte requerido o sin las formalidades oportunas señaladas.
- Remitir el trabajo fuera de los plazos señalados en la convocatoria anual.
- Haber publicado un artículo en la misma sección del número inmediatamente anterior.
- Cualquier otra circunstancia que el Consejo de Redacción considere no adecuada a las instrucciones de la Revista.

Los autores o autoras de los trabajos aceptados recibirán a través de correo electrónico, una vez decidida la admisión definitiva del trabajo y hechas las oportunas modificaciones señaladas por los/las evaluadores/as, una certificación escrita de la publicación de su trabajo en el número correspondiente.

Los autores o autoras de los trabajos rechazados recibirán por correo electrónico una comunicación escrita de la no publicación de su trabajo en el número correspondiente, junto a una copia del contenido de los *referees* negativos.

V. Compromiso ético para la publicación de artículos

El *Anuario de Filosofía del Derecho* se adhiere a las directrices del EASE (*European Association of Science Editors*) y del COPE (*Committee on Publication Ethics*) que pauta unas buenas prácticas para la gestión, edición, revisión y publicación de resultados científicos en revistas de diferentes áreas de conocimiento. Brevemente, de acuerdo a lo allí establecido:

A. Los autores y autoras se comprometen a remitir trabajos inéditos, que no hayan sido publicados anteriormente y que no se encuentren sometidos a evaluación por otras revistas mientras no se complete el proceso de evaluación por parte de esta revista. El envío de trabajos para su evaluación requiere omitir cualquier dato que pueda ser identificado por los revisores o revisoras respecto a su autoría y de igual modo implica aceptar las normas de publicación, revisión y evaluación de la revista que se detallan a tal fin en cada número de la revista.

B. Los revisores y revisoras de los trabajos asumen el compromiso de realizar una revisión crítica, honesta, constructiva sobre la calidad científica del texto dentro el ámbito de sus conocimientos y habilidades. Por ello, solo revisarán un trabajo si se sienten competentes con la temática a revisar y si no existen conflictos de interés.

C. El Consejo de Redacción y el equipo editorial se comprometen a respetar la imparcialidad y mantener la confidencialidad de los trabajos enviados, sus autores y autoras y revisores y revisoras, de forma que el anonimato preserve la integridad de todo el proceso de evaluación. A tal fin garantizarán la selección de las personas más cualificadas y especialistas en la materia para emitir una apreciación crítica y experta del trabajo. Asimismo, en la medida de lo posible, evitarán todo tipo de conflictos de intereses así como cumplir estrictamente con los tiempos de evaluación, edición y publicación que exige la periodicidad de la revista.