

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

NUEVA ÉPOCA
TOMO XLI
2025



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE LA PRESIDENCIA, JUSTICIA
Y RELACIONES CON LAS CORTES



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. ANDRÉS GASCÓN CUENCA
Universitat de València

Prof. Dr. FERNANDO HIGINIO LLANO ALONSO
Universidad de Sevilla

Prof. Dr. NACHO HERNÁNDEZ MORENO
Universitat de València

Prof. Dr. JOSÉ ANTONIO GARCÍA SÁEZ
Universitat de València

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

CONSEJO ASESOR

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

Prof.^a Dra. MILAGROS OTERO PARGA
Universidade de Santiago de Compostela

Prof. Dr. JAVIER GARCÍA MEDINA
Universidad de Valladolid

Prof. Dr. IKER NABASKUES MARTÍNEZ DE EULATE
Universidad del País Vasco / Euskal Herriko Unibertsitatea

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

Prof. Dr. DAVID ENRIQUE PÉREZ GONZÁLEZ
Universidad de La Laguna

Prof. Dr. JOSÉ LUIS PÉREZ TREVIÑO
Universidad Pompeu Fabra

Prof.^a Dra. NOELIA IGAREDA GONZÁLEZ
Universitat Autònoma de Barcelona

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

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: 23 euros (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 XLI
2025



**MINISTERIO DE LA PRESIDENCIA,
JUSTICIA Y RELACIONES
CON LAS CORTES**

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado

Madrid, 2025

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 la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes. 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>



Esta obra está sujeta a licencia Creative Commons-Atribución-NoComercial-SinDerivadas 4.0 Internacional-CC BY-NC-ND 4.0

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 AFD 2025

El volumen XLI (nueva época) del *Anuario de Filosofía del Derecho* recoge en su primera sección ponencias presentadas en las XXIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP) celebradas en Santiago de Compostela el 21 y 22 de marzo de 2024 sobre los «Retos de la Filosofía del Derecho ante la IA». El *Anuario* incluye de esta forma elementos necesarios y enriquecedores para el debate sobre uno de los principales desafíos en los próximos años. En el primero de los textos de este monográfico, Senén Barro Ameneiro reflexiona en «¿Qué le pide la inteligencia artificial al derecho?» sobre los dilemas que plantea la inteligencia artificial (IA) al derecho desde una perspectiva interdisciplinar. Plantea que se trata de una de las tecnologías más transformadoras de la historia y cuyo impacto se traslada a múltiples dimensiones sociales, económicas, culturales y políticas. Por ello, el autor destaca la importancia de una colaboración multidisciplinar para garantizar una aplicación ética y socialmente beneficiosa de esta herramienta, para lo cual se requiere una formación de personal experto y jurista sobre su funcionamiento y sus implicaciones. Por último, enfatiza la necesidad de aprobar normas claras, flexibles y consensuadas para equilibrar la innovación con la seguridad.

Por su parte, Nuria Belloso Martín, con su trabajo titulado «Un enfoque epistemológico de los mundos virtuales: ¿un nuevo derecho para un nuevo sujeto (virtual)?» aborda estos nuevos espacios, especialmente los metaversos, y trata el desafío epistemológico y jurídico que presentan. La autora analiza si los modelos epistemológicos tradicionales del Derecho deben modificarse frente a los cambios impuestos por los mundos virtuales. Se discute la naturaleza del conocimiento en estos entornos, y se examinan las nuevas realidades jurídicas y éticas que surgen al interactuar con entidades virtuales. La desmaterialización del sujeto humano plantea la necesidad de un nuevo enfoque

del Derecho, adaptado al ser «virtual», con una revisión de su autonomía y dignidad. El estudio también plantea interrogantes sobre cómo estas transformaciones tecnológicas afectan las nociones de identidad y derechos fundamentales en el contexto digital.

Migle Laukyte, en «La Unión Europea y el futuro de la Inteligencia Artificial» analiza la relación entre el sector público y privado en el contexto de la IA. Destaca que la utilización de esta herramienta en los servicios públicos no es solo una cuestión de viabilidad tecnológica, sino de valores. Se critica cómo el sector privado, en su afán de eficiencia y beneficios económicos, desplaza las prioridades del sector público, que debería centrarse en el bienestar común y la protección de los derechos fundamentales. Además, explora el futuro de la IA en la UE, analizando la Ley de la IA y las implicaciones de su regulación, con un enfoque crítico hacia el control social y la protección de derechos frente a los avances tecnológicos.

Para finalizar este apartado, Manuel Jesús López Baroni, en el texto de su ponencia titulado «*Gene drives* en seres humanos: tareas para la Filosofía del Derecho», reflexiona sobre el papel de la IA en la biotecnología, destacando su capacidad predictiva y su influencia en la aceleración de intervenciones genéticas, como diseñar estructuras biológicas inexistentes o correlacionar genes con características humanas. En concreto, nos ofrece su visión sobre el impacto de tecnologías disruptivas como los genes impulsores (*gene drives*) y la edición genómica CRISPR en la humanidad, y aborda los desafíos éticos, sociales y legales desde la perspectiva de nuestra disciplina. Los genes impulsores permiten una transmisión genética que al acelerar la propagación de rasgos diseñados genéticamente plantea riesgos sin precedentes para los ecosistemas y el ser humano. Aunque inicialmente diseñados para controlar poblaciones de insectos, estos avances podrían aplicarse a humanos, modificando el genoma a gran escala y rompiendo los paradigmas naturales de la evolución. El autor nos advierte sobre los riesgos éticos y políticos de estas herramientas, como su posible uso en experimentos de ingeniería social.

La sección dedicada a Estudios de Teoría y de Filosofía del Derecho contiene cuatro trabajos ordenados alfabéticamente por el primer apellido del autor o autora, que abordan diversas cuestiones pertinentes para nuestra área de conocimiento. En primer lugar, Paula Reyes Cano examina la evolución, transformación y persistencia del controvertido concepto de «síndrome de alienación parental» (SAP) en España. A pesar de su rechazo legal y científico, el SAP ha resurgido bajo términos alternativos como interferencias parentales, alta conflictividad o coordinación de parentalidad. La autora indaga sobre cómo estas nociones se utilizan para deslegitimar denuncias de violencia de género y responsabilizar a las madres del rechazo filial hacia progenitores violentos. Basándose en casos judiciales, informes internacionales y análisis legislativo, el texto revela que estas prácticas perpetúan estereotipos de género y negligencia hacia la protección infantil en

contextos de violencia. Finalmente, se plantea la necesidad de prohibir estas metodologías en el sistema judicial español y de garantizar que los derechos de niños, niñas y madres sean efectivamente protegidos conforme a los estándares internacionales.

El siguiente trabajo lo realiza Lukas Romero-Wenz, quien centra su estudio en la figura de Jesús Ballesteros y en su pensamiento, que enfatiza el Derecho como instrumento de no-discriminación y no-violencia. La violencia, según el autor homenajeado, surge de discursos o filosofías que deforman la realidad del otro, reduciéndolo de persona a objeto y legitimando así la falta de respeto y la violencia. Denuncia que estas ideas atentan contra la dignidad humana y el equilibrio en las relaciones humanas y con la naturaleza. Su epistemología realista, que prioriza la realidad sobre el conocimiento, posiciona a su filosofía como anti-gnóstica, opuesta a teorías abstractas y favorable a lo concreto.

A continuación, Héctor Silvera, con su artículo «*Bienes fundamentales*, bienes comunes y lo común en el Estado constitucional» investiga la centralidad de los bienes fundamentales en la propuesta de *Constitución de la Tierra* de Luigi Ferrajoli. Con este concepto, el jurista italiano busca ampliar el debate entre la doctrina constitucionalista, los defensores de los derechos humanos y quienes defienden los bienes comunes y lo común como principio como motor de transformación social. Esos bienes comunes deben ser reconocidos como bienes fundamentales para Ferrajoli para evitar confusiones con el término bienes comunes y para garantizar su protección jurídica efectiva como bienes vitales para todas las personas. El trabajo de Héctor Silvera ofrece un análisis sobre las teorías de los bienes comunes, dividiéndolos en jurídicos y económico-políticos, y finaliza abogando por un cuarto poder cívico para fortalecer la propuesta de Ferrajoli en favor de unos bienes fundamentales.

Por su parte, David Vila-Viñas analiza el derecho desde la perspectiva foucaltiana como un mecanismo que más allá de imponer derechos y obligaciones, configura asimismo al individuo en «El derecho como modo de subjetivación. Implicaciones iusfilosóficas de las tecnologías del sujeto en Michel Foucault». En este trabajo, se exploran las nociones de sujeción (el establecimiento de un sujeto para operar en el sistema jurídico) y subjetivación (la dimensión abierta y evolutiva del sujeto) y se propone que el derecho no solo ejerce un control social, sino que también puede fomentar la libertad. En el texto se argumenta que, si bien tradicionalmente se ha entendido el derecho como un mecanismo de sujeción y coerción, también es un medio para la creación de sujetos autónomos que interactúan y transforman las normas. De esta forma, y bajo una perspectiva social y política, el derecho facilita prácticas de libertad y resistencia, influyendo tanto en la individualidad como en las categorías colectivas. Se considera que esta subjetivación no es solo pasiva, sino que también incluye la capacidad de los sujetos para transformar y resignificar las normas. Este

artículo nos ofrece una visión del derecho como un modo de subjetivación que abre nuevas vías para su análisis en la filosofía y la sociología jurídica, destacando su rol como fuerza creativa y transformadora en la configuración de individuos y sociedades.

La sección dedicada a la crítica bibliográfica incluye una amplia variedad de reseñas de obras que, desde un enfoque filosófico-jurídico, nos proponen reflexionar y dialogar acerca de temas relevantes y variados relacionados con nuestra disciplina. Estas reseñas evidencian la diversidad de intereses presentes en nuestra área, abordando cuestiones tan heterogéneas como la bioética, la subjetividad filosófica, la justicia racial de las minorías en Europa, la relación e influencia histórica del derecho en los conflictos armados, y el discurso del odio, tanto en su conexión con la limitación de la libertad de expresión como en el contexto de las plataformas de las redes sociales virtuales. Se pretende de esta forma conservar la tradición de esta publicación al presentar en esta sección obras recientes clave dentro de nuestra área de estudio, fomentando de esta forma una lectura detallada y un análisis crítico de la amplia gama de temas abordados.

El obituario recoge un homenaje a Juan Ramón Capella, fallecido en enero de 2024, y descrito por José Antonio Estévez Araujo como «uno de los intelectuales más lúcidos en el campo del pensamiento social de nuestro país», y a Francisco Puy Muñoz, fallecido en julio del mismo año. Milagros Otero Parga lo define como una «persona sensible, dotada para el arte en variadas manifestaciones, amante de la naturaleza (...), muy trabajador, [y] comprometido con sus ideales y valores».

El *Anuario de Filosofía del Derecho* sigue demostrando su vigor un año más, gracias al compromiso y dedicación de quienes hacen posible su existencia. Su esfuerzo constante asegura la renovación del sello de calidad editorial y científica otorgado por FECYT, así como el incremento de su indexación. Quiero expresar mi sincero agradecimiento a las personas que forman parte de la SEFJP, cuyo apoyo sostiene esta publicación. Gracias a todas y todos, este Anuario continúa siendo, como desde sus inicios, un espacio fundamental para divulgar los avances e innovaciones en esta disciplina, reafirmando el lugar que legítimamente le corresponde.

Enero 2025

Ángeles SOLANES CORELLA
Directora del AFD

SUMARIO

	Pág.
PRESENTACIÓN DEL AFD 2025: ÁNGELES SOLANES CORELLA (directora del Anuario)	5
 I. MONOGRÁFICO. XXIX JORNADAS DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA: Retos de la Filosofía del Derecho ante la inteligencia artificial (Santiago de Compostela, 21 y 22 de marzo de 2024)	
BARRO AMENEIRO, Senén (CiTIUS – Centro Singular de Investigación en Tecnologías Inteligentes de la Universidad de Santiago de Compostela). <i>¿Qué le pide la inteligencia artificial al derecho?</i>	13
BELLOSO MARTÍN, Nuria (Universidad de Burgos). <i>Un enfoque epistemológico de los mundos virtuales: ¿un nuevo derecho para un nuevo sujeto (virtual)?</i>	27
LAUKYTE, Migle (Universitat Pompeu Fabra). <i>La Unión Europea y el futuro de la Inteligencia Artificial</i>	59
LÓPEZ BARONI, Manuel Jesús (Universidad Pablo de Olavide). <i>Gene drives en seres humanos: tareas para la filosofía del derecho</i>	81
 II. ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO	
REYES CANO, Paula (Universidad de Granada). <i>Las estrategias para la aplicación del llamado «Síndrome de Alienación Parental»</i>	111
ROMERO-WENZ, Lukas (Universitat de València). <i>Jesús Ballesteros como filósofo anti-gnóstico: implicaciones de la antropología y epistemología subyacentes a su concepto de Derecho como no-discriminación y no-violencia</i>	143

	Pág.
SILVEIRA, Héctor (Universidad de Barcelona). <i>Bienes fundamentales, bienes comunes y lo común en el Estado constitucional</i>	169
VILA-VIÑAS, David (Universidad de Sevilla). <i>El derecho como modo de subjetivación. Implicaciones iusfilosóficas de las tecnologías del sujeto en Michel Foucault</i>	201
 III. CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA	
BELLVER CAPELLA, Vicente. <i>Derechos al final de la vida. Una exploración bioética sobre los derechos de las personas mayores y altamente vulnerables</i> , Madrid, Editorial Reus, 2023, 313 pp. Rodolfo Marcone-Lo Presti (Universitat de València)	227
DE PRADA GARCÍA, Aurelio. <i>El proceso de Sócrates: Del «nosotros» al «yo». Contra el prejuicio individualista no percibido</i> , Madrid, Apeiron, 2022, 276 pp. Juan Antonio Gómez García (Universidad Nacional de Educación a Distancia)	232
HERMIDA DEL LLANO, Cristina. <i>Justicia racial, derechos y minorías</i> , Tirant lo Blanch, València, 2023, 388 pp. Mercedes Galán-Juárez (Universidad Rey Juan Carlos) ..	234
PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar. <i>Odio, minorías y libertad de expresión</i> , Madrid, Dykinson S. L., 2023, 221 pp. Luis Miguel Jaraba Andrade (Universidad Carlos III de Madrid)	240
SOLANES CORELLA, Ángeles y HERNÁNDEZ MORENO, Nacho. <i>Formas de combatir el racismo en las redes sociales</i> , Tirant lo Blanch, València, 2024, 239 pp. Aitana Torró Calabuig (Universitat de València)	246
 IV. NOTICIAS	
XXXI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Seúl, 7-12 de julio de 2024. Arnulfo Mateos (Università di Genova)	255
 V. OBITUARIO	
<i>En recuerdo de Juan Ramón Capella</i> . Juan Antonio Estévez Araujo (Universidad de Barcelona)	261
<i>In memoriam. Francisco Puy Muñoz</i> . Milagros Otero Parga (Universidad de Santiago de Compostela)	270

I

**MONOGRÁFICO. XXIX JORNADAS
DE LA SOCIEDAD ESPAÑOLA
DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y POLÍTICA:
Retos de la Filosofía del Derecho
ante la inteligencia artificial
(Santiago de Compostela, 21 y 22 de marzo de 2024)**

¿Qué le pide la inteligencia artificial al derecho?

Por SENÉN BARRO AMENEIRO

Director del CiTIUS-Centro Singular
de Investigación en Tecnologías Inteligentes
de la Universidade de Santiago de Compostela

Este artículo desarrolla mi participación en las «XXIX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política», que tuvieron lugar en la Universidad de Santiago de Compostela (USC) en marzo de 2024, bajo el título: «Retos de la filosofía del derecho ante la inteligencia artificial». Mi ponencia tuvo por título: «La Inteligencia Artificial que se impone. ¿Qué le pide la tecnología al derecho?» No es una casualidad partir de una pregunta. Las máquinas cada vez nos dan más y mejores respuestas, pero somos nosotros, las personas, quienes todavía hacemos las preguntas, o al menos aquellas preguntas más relevantes. En todo caso, he cambiado «tecnología» por «inteligencia artificial» para titular este artículo, ya que es de IA de lo que voy a hablar.

Dirijo el CiTIUS-Centro Singular de Investigación en Tecnologías Inteligentes de la USC, en el que investigamos para ampliar el conocimiento de la IA y sus aplicaciones. En todo caso, nos preocupa, y mucho, el impacto en las personas de aquello en lo que investigamos. El impacto social, económico, cultural, político, educativo, laboral... La IA es la tecnología más transformadora de cuantas hemos inventado, con el permiso del lenguaje, por supuesto. Nada de lo que conocemos se escapará de la influencia de las tecnologías inteligentes y muchos ámbitos se transformarán radicalmente. Esto hace que la multidisciplinariedad sea, o debería serlo, consustancial al diseño, desarrollo y uso de la IA. De hecho, la IA nació de la confluencia de personas que, desde la física, las matemáticas, la ingeniería, la economía, la filosofía, la neurociencia o la psicología investigaban bajo la conjetura de que el aprendizaje y la inteligencia, en general, podrían ser

simulados computacionalmente. Hoy todavía es más necesaria esa multidisciplinariedad, en la medida en que no hablamos solo de cómo avanzar en la investigación en este campo, sino de cómo orientar sus resultados y de cómo usar estos en beneficio de las personas y no en contra ni a costa de ellas. Por eso especialistas en derecho y en IA debemos estar en permanente comunión.

Quienes investigamos en el mundo de la IA estamos acostumbrados a que desde otras disciplinas se opine sobre nuestro campo. Y eso es bueno, imprescindible incluso, ya que nos ayuda a no inventar problemas que no existen y a enfocar mejor la resolución de aquellos que realmente lo son y nos preocupan. No obstante, nosotros mismos, los expertos de la IA, no estamos tan acostumbrados a pensar más allá de nuestra disciplina, y decirle a los demás qué buscamos o qué nos parece importante de su trabajo en lo que pueda afectar al nuestro. Sin embargo, es necesario que también nosotros pensemos en cómo habría que educar mejor para un mundo de personas y máquinas inteligentes. Pensar en cómo debería repensarse la medida de la productividad, la distribución del empleo, la innovación o los nuevos modelos de negocio alrededor de la inteligencia artificial. Pensar en qué nos parece adecuado en el mundo del derecho y de la ética para que lo que hacemos tenga más sentido y certidumbre. Por supuesto, estoy generalizando, y esa generalización no pretende negar la existencia de aquellos casos en los que sí nos atrevemos a hablar al respecto, como ocurre aquí. Otra cosa es que lo dicho tenga valor, pero eso ya lo juzgarán los lectores.

Precisamente por lo dicho, agradezco muy especialmente la oportunidad que se me dio durante el congreso referido y que se me vuelve a dar aquí, ya que ha sido una forma de forzarme a levantar la vista y pensar más allá de mi ámbito.

Algunas consideraciones previas

Antes de abordar la pregunta que da título a este artículo quiero poner algo de contexto, y antes de ello hacer algunas puntualizaciones que considero necesarias. Lo primero es que hablaré desde mi condición de investigador en IA, pero no puedo arrogarme hablar en nombre de mis colegas. Es más, se que muchos no están de acuerdo con la necesidad de poner límites claros al uso de las tecnologías inteligentes a través de leyes, como el recientemente aprobado *Reglamento Europeo de Inteligencia Artificial* (AIA, por *Artificial Intelligence Act*), que busca regular los usos de la IA para limitar los riesgos que de ellos se derivan. A mí, sin embargo, esto me parece indispensable para tratar de maximizar el uso de la IA por el bien de las personas y para el mayor número de ellas –idealmente para todas.

Por otra parte, aunque me parece pertinente desarrollar un marco ético para la IA, este no debe suplir al legal en aquello que entendamos

que es imprescindible atender y, por tanto, que ha de ser de obligado cumplimiento. De hecho, en los últimos años muchas compañías han creado comités de ética específicos para la IA, han financiado informes, publicaciones, seminarios y conferencias sobre ética en IA. En muchos casos no ha sido más que un «AI ethics-washing», o lavado de cara ético de sus compromisos, o de la falta de ellos, con el desarrollo y aplicación de la IA. Hace algunos años Google creó un comité de ética para la IA que fue controvertido desde su misma creación. Poco tiempo después lo eliminó¹.

¿De qué hablamos cuando hablamos de IA?

Para quienes investigamos en el campo de la IA no existe ninguna definición plena o definitiva de lo que es la IA. A lo largo de la historia de este campo se han propuesto muchas definiciones, y sin ánimo de precisarlas demasiado, todo sea dicho. Es últimamente cuando se intenta dar un mayor contenido a las definiciones de inteligencia artificial.

La definición de la OCDE de un sistema de inteligencia artificial fue actualizada en noviembre de 2023² respecto a una definición previa de 2019, pasando a describir la IA como un sistema basado en máquinas que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere a partir de la entrada que recibe cómo generar salidas como predicciones, contenido, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales. Esta definición destaca la capacidad de los sistemas de IA para adaptarse y variar en autonomía después de su despliegue. No me parece especialmente acertada.

Por su parte, pocos años antes el denominado grupo de expertos de la UE (*High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*) consensuó la siguiente definición de inteligencia artificial: se refiere a los sistemas que muestran un comportamiento inteligente analizando su entorno y emprendiendo acciones –con cierto grado de autonomía– para alcanzar objetivos específicos. Los sistemas basados en IA pueden estar basados puramente en software, actuando en el mundo virtual (por ejemplo, asistentes de voz, software de análisis de imágenes, motores de búsqueda, sistemas de reconocimiento facial y de voz) o la IA puede estar integrada en dispositivos de hardware (por ejemplo, robots avanzados, coches autónomos, drones o aplicaciones de Internet de las Cosas)³.

¹ <https://www.technologyreview.com/2019/12/27/57/ai-ethics-washing-time-to-act/>

² OECD (2024), «Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system», *OECD Artificial Intelligence Papers*, No. 8, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/623da898-en>.

³ *High-Level Expert Group on Artificial Intelligence*, «A definition of AI: Main capabilities and scientific disciplines». European Commission Directorate-General for Communication, diciembre de 2018.

Yo suelo usar una definición propia, que uso para poner el foco en lo que creo que es más relevante en un sistema o solución basado en la inteligencia artificial, y que resalto a continuación en negrita: «Un sistema tiene un cierto grado de inteligencia artificial cuando tiene una **autonomía** y riqueza de comportamiento significativos en dominios complejos y dinámicos, es capaz de **aprender** de su experiencia y/o presenta un alto grado de competencia en la resolución de problemas en dominios especializados del **conocimiento** humano».

Como sabemos bien, el Reglamento de la UE establece una jerarquía de riesgos en función del uso de la IA, estableciendo para cada caso una serie de obligaciones. Este reglamento recoge una definición propia de IA que ha sido objeto de amplio debate por su relevancia de cara a una mejor aplicación del propio documento. En concreto, define sistema de inteligencia artificial «como aquel que opera con elementos de autonomía y que, basándose en datos y entradas obtenidos de humanos o máquinas, infiere como alcanzar unos objetivos propuestos, usando para ello técnicas basadas en el aprendizaje máquina o en lógica y conocimiento, y genera como salida contenidos, predicciones, recomendaciones o decisiones que influyen en el entorno con el que el sistema interactúa.» No considero esta definición mejor que las anteriores, pero ya he dicho que nunca tendremos una definición a la que no se le pueda poner tacha o que sea completa e inmutable. Esta, en todo caso, es la que marcará la línea de aplicación del Reglamento Europeo de IA, aunque el campo evoluciona tan rápido que no descartemos prontas revisiones. De hecho, el campo de la IA ha cambiado mucho a lo largo de sus más de ocho décadas de vida (personalmente sitúo su origen en la publicación del primer modelo matemático de neurona, publicado en el año 1943),⁴ en las que se han ido desarrollando metodologías, algoritmos, técnicas, estrategias... para aumentar la inteligencia de los dispositivos, robots o computadoras. Por hacer un símil, las tecnologías inteligentes son como una navaja suiza, que puede desplegar un conjunto de herramientas, de las que en cada caso conviene seleccionar la más adecuada para según cuál sea la tarea que se va a realizar.

Yendo al grano

El Reglamento Europeo de IA no es aplicable a autoridades públicas de terceros países ni a organizaciones internacionales cuando utilicen sistemas IA en el ámbito de la cooperación policial o judicial con la UE o sus Estados miembros. Tampoco se aplicará a los sistemas de uso militar o utilizados en el contexto de la seguridad nacional,

⁴ McCULLOCH, Warren S., y PITTS, Walter, «A logical calculus of the ideas immanent in nervous activity», *Bulletin of Mathematical Biophysics*, vol. 5, 1943, pp. 115-133.

ni a los utilizados con el único propósito de la investigación y el desarrollo científico. Esto último nos afecta a nosotros, los investigadores del campo, que supuestamente podremos seguir trabajando por mover los marcos que delimitan a día de hoy el conocimiento y el desarrollo tecnológico de la inteligencia artificial. Me parece bien que sea así en general, ya que son efectivamente los usos de la IA lo que en su caso hay que limitar, como hace el reglamento de la UE. Pero al tiempo es muy importante que los investigadores no permanezcamos ajenos a esta y otras regulaciones ya que, a fin de cuentas, no va a resultar indiferente aquello en lo que investiguemos, ni debe ser ajeno el desarrollo y aplicación del derecho a lo que, aunque ahora sea objeto de investigación, puede llegar a ser científica y tecnológicamente posible. Por ejemplo, si un sistema de diagnóstico médico basado en IA ha de ser explicable, dando cumplida cuenta del porqué de sus respuestas, es fundamental que se investigue en hacer más transparentes y explicables a los hoy opacos sistemas basados en complejas arquitecturas de computación neuronal. También debería afrontarse desde el derecho la posibilidad, creo que cierta, de que algún día los sistemas de IA cobren algún tipo de consciencia. No es el momento de regularlo aún –no se regula la ciencia ficción–⁵, pero sí de irlo pensando, aunque sea de un modo todavía muy abstracto.

Paso, ahora sí, a describir qué me parece especialmente importante que el derecho aporte a nuestro trabajo y, por tanto, qué le pido.

1. COLABORACIÓN INTERDISCIPLINAR

Podríamos caer en la tentación de decir: «Zapatero a tus zapatos», pero sería un error. Efectivamente, el zapatero no puede ni debe meterse sin más a mecánico del automóvil, ni el economista a poner suelas o arreglar un descosido en una zapatilla de deportes, pero no estaría mal que quien diseña zapatos tuviese relación no solo con fabricantes de herramientas y materiales (proveedores) sino también con podólogos (centrados en la estética del pie) o podiatras (que se encargan de los problemas de salud que afectan a estas extremidades). En el ámbito de la IA los zapateros (los expertos y científicos de la IA), debemos tratar de maximizar lo positivo y minimizar lo negativo de la IA, y eso no podemos hacerlo desde una visión meramente tecnocéntrica. Por eso los investigadores en IA debemos tener relación, e idealmente colaborar, con expertos de muchas otras disciplinas, y singularmente con los del ámbito del derecho. Esto no es posible si no hay un acercamiento mutuo. Los profesionales de la IA, también los investigadores, hemos de conocer lo suficiente del marco legislativo de aplicación a

⁵ https://www.eldiario.es/opinion/tribuna-abierta/no-regula-ciencia-ficcion_129_10443707.html

nuestro campo, aunque la investigación con el mero objetivo de progresar en el saber alrededor de la IA no esté regulada específicamente por la ley, como he comentado antes. Asimismo, los profesionales del derecho han de tener conocimientos, si no profundos, sí suficientes, sobre el ámbito de la IA, en particular cuando sus enseñanzas, su investigación o su participación en el desarrollo y aplicación de leyes tenga una relación estrecha con las tecnologías inteligentes.

La IA se caracteriza por su naturaleza interdisciplinar, ya lo he dicho, combinando conocimientos de informática, matemáticas, psicología, lingüística... y, cada vez más, también derecho y ética. Esta diversidad de conocimientos no solo enriquece el desarrollo tecnológico, sino que también asegura que las aplicaciones de IA sean socialmente responsables y éticamente sólidas. La colaboración con expertos del derecho es fundamental para navegar en el complejo panorama regulatorio y asegurar que las innovaciones en IA no solo sean técnicamente viables sino también legalmente compatibles y éticamente defendibles. Para colaborar, en definitiva, unos y otros hemos de saber lo suficiente sobre el ámbito de conocimiento de los otros y los unos, respectivamente. De otro modo se produce un diálogo de sordos.

La Universidad de Santiago de Compostela comenzó a impartir un grado de Inteligencia Artificial en 2022. Entre las materias del plan de estudios figura una denominada: «Dimensión jurídica de la IA». Se trata de una materia optativa de tres créditos, algo insuficiente desde mi punto de vista, pero es el resultado de la necesidad de encajar muchas cosas importantes para un campo tan amplio y diverso como la IA. En todo caso, no me preocupa tanto su dimensión como el hecho de que no sea obligatorio cursarla. Considero que cualquier especialista en IA debería tomar conciencia clara de la importancia del derecho en su ejercicio profesional. No se trata de que conozcan en profundidad la legislación existente en relación a lo que será su ejercicio profesional, pero sí de saber al menos que sus decisiones y acciones han de encuadrarse necesariamente en un marco legal y ético. Los sistemas de IA plantean preguntas complejas sobre privacidad, sesgo, transparencia y responsabilidad, entre otros. Estos temas requieren un entendimiento profundo no solo de la tecnología sino también de las implicaciones legales y éticas de su aplicación. Por ejemplo, el desarrollo de tecnologías de reconocimiento facial plantea serios desafíos en cuanto a la privacidad y el consentimiento –el Reglamento Europeo de IA lo aborda–. Asimismo, los sistemas de toma de decisiones automatizados pueden introducir sesgos y discriminación si no se diseñan convenientemente, y esto ha de ser regulado.

Por otra parte, integrar profesionales del derecho y la ética en el desarrollo de proyectos de IA, y ya desde el primer momento, puede proporcionar perspectivas muy valiosas, facilitando la identificación y mitigación de riesgos. Por ejemplo, la colaboración entre investigadores en IA y expertos en derecho ha sido crucial en el desarrollo de sistemas de IA para la predicción de resultados judiciales, en la elabo-

ración de políticas públicas sobre el uso de drones y vehículos autónomos o en la definición de marcos regulatorios para la IA en salud.

Por lo dicho, hace tiempo que en el CiTIUS apostamos por un ámbito transversal de trabajo en torno a la denominada «IA confiable» (*trustworthy AI*, es el término en inglés común para designarlo). Es a la vez uno de los campos de investigación en el centro y un marco de obligada aplicación a la investigación que en él se desarrolla.

2. CONSTRUIR UN MARCO LEGAL CLARO Y FLEXIBLE

Suele decirse que lo peor para la innovación es la regulación. Discrepo. Al menos no lo es de un modo taxativo.⁶ La innovación tiene a la incertidumbre regulatoria como uno de sus principales enemigos. Es cierto que si esos límites además de ser claros son amplios y no restringen innecesariamente lo que es posible, habrá más opciones para investigar e innovar. Como tantas veces, se requiere una solución de compromiso, pero ha de ser un compromiso en buena medida colectivo, y eso supone fijarlo no solo desde el derecho sino contando con todos los agentes implicados. Desde luego ha de hacerse con la visión de quienes buscamos avances en las fronteras del conocimiento y del desenvolvimiento tecnológico de la inteligencia artificial.

Los avances tecnológicos son continuos y las aplicaciones de la IA en cualquier campo no dejan de crecer. El último chip presentado por NVIDIA cuenta con 200.000 millones de transistores, frente a los 2.300 que tenía el 4004 de Intel, presentado en 1971. Es decir, el de NVIDIA tiene casi 100 millones de veces más. Si hiciésemos esta comparación con el caminar, un paso de hace medio siglo nos permitiría hoy dar dos veces la vuelta al mundo. Del mismo modo, hace muy pocos años era inimaginable el boom de la IA generativa, en particular los modelos de lenguaje a gran escala. No pudimos anticiparlo ni siquiera quienes investigamos en el ámbito de la IA. Y esto es solo el principio de una nueva generación de máquinas con la capacidad de manejar el lenguaje con un grado de competencia que, en según qué tareas, es ya comparable o incluso superior al humano.

Esta rapidez con la que están evolucionando las tecnologías inteligentes obligaría a una revisión constante de las leyes que les son de aplicación si no se diseñan convenientemente. No se puede estar cambiando los textos normativos cada dos por tres, lo que hace necesario regular los usos y los criterios que han de cumplirse para dichos usos y no la tecnología o los medios técnicos necesarios para desarrollar soluciones. El Reglamento Europeo de IA responde a este planteamiento, al menos en espíritu, buscando equilibrar la protección de los derechos

⁶ <https://www.project-syndicate.org/onpoint/governments-must-shape-ai-future-by-mariana-mazzucato-and-fausto-germone-2024-04>

fundamentales y la seguridad con la promoción de la innovación en el campo de la IA y en sus aplicaciones. Eso sí, ya sabemos que el demonio está en los detalles, así que habrá que ver cómo se implementa y se desarrolla en el tiempo este documento, para ver si los detalles estrangulan o no los avances y la innovación basada en la IA.

3. DEFINIR LA RESPONSABILIDAD LEGAL

Cuando un nuevo fármaco aparece en el mercado contamos con unas garantías razonables de que podemos tomarlo a partir de la correspondiente prescripción y seguimiento médicos. Según en qué ámbitos de aplicación, las repercusiones de la IA pueden ser tan relevantes como la de los medicamentos u otras terapias.

El ciclo completo de vida de un sistema o solución basada en IA, desde su concepción hasta que está operativo, e incluso después, durante toda su vida útil, suele ser muy complejo y puede enfrentarnos a situaciones hasta ahora inéditas. Regular este ciclo de vida no va a ser nada fácil, pero resulta necesario.

Pondré un par de ejemplos de aquello con lo que podemos enfrentarnos en un corto intervalo de tiempo, y que conviene ir pensando ya. Pensemos en el caso de los coches con un alto grado de autonomía o incluso en aquellos de nivel 5, que serán plenamente autónomos⁷. Una persona no puede tomar en milisegundos una decisión consciente ante la irrupción inesperada en la carretera de un obstáculo, de modo que la reacción del conductor será imprevisible y ajena a cualquier intención deliberada. Sin embargo, no será así en un coche autónomo, cuyas decisiones pueden tomarse de forma casi instantánea ante cualquier circunstancia que ocurra en su entorno. Lógicamente esta capacidad ha de ser tenida en consideración en el diseño de estos vehículos, no dejando que actúen según el criterio particular de uno u otro fabricante. Más todavía, un vehículo o cualquier otro sistema diseñado al efecto, podrá seguir aprendiendo en condiciones reales de operación, y hacerlo incluso de modo permanente, a lo largo de toda su vida útil. ¿Quién será el responsable si en un momento dado ese aprendizaje continuo empeora las prestaciones del sistema o lo lleva a un comportamiento que consideramos anómalo?

La indefinición nos lleva a un escenario de litigios crecientes. Por ejemplo, el uso de datos en el entrenamiento de modelos generativos de IA, especialmente los modelos de lenguaje a gran escala, como GPT-4, presenta importantes responsabilidades legales y éticas que los desarrolladores y las empresas deben sortear con cuidado. Estas responsabilidades giran principalmente en torno a la privacidad de los

⁷ *Los cinco niveles de la conducción autónoma* | RACE

datos, los derechos de propiedad intelectual, la imparcialidad, la rendición de cuentas y la transparencia.

Se dice que los datos son el petróleo de la nueva economía (no me gusta este símil, pero no es cuestión de discutirlo aquí). Como tal, comienzan a ser regulados con mayor o menor detalle. La UE se adelantó, acertadamente, con el Reglamento General de Protección de Datos (GDPR). Lo hizo después el Estado de California, con su Ley de Privacidad del Consumidor de California (CCPA), y hoy muchos otros países se están sumando a la aprobación de leyes que regulan la recopilación, almacenamiento y utilización de los datos. Los modelos de lenguaje de gran escala se entrenan a menudo a partir de datos de texto extraídos de Internet y de otras fuentes que no siempre son de libre acceso o no existe una autorización expresa para su uso con este propósito. El CEO de Open.AI, la compañía que desarrolló y comercializa ChatGPT, Sam Altman, dijo que no tendrían sus modelos respetando los derechos de autor. No sé si este arrebato de sinceridad será usado en su contra en la demanda presentada por ocho diarios propiedad de *Alden Global Capital*, que demandaron a OpenAI y Microsoft por, supuestamente, utilizar sus artículos periodísticos para entrenar sus modelos de IA⁸.

En el CiTIUS somos corresponsables, junto con el ILG (Instituto da Lingua Galega), de desarrollar el proyecto Nós, cuyo objetivo es dotar al gallego de los recursos y tecnologías lingüísticas de los que carece, y que limitan enormemente su uso por las máquinas. Una de nuestras mayores preocupaciones es que los corpus de texto y de voz que utilizamos para adiestrar nuestros modelos de lenguaje sean acordes a la legislación vigente, para lo que colaboramos muy estrechamente con académicos del ámbito del derecho, tanto de las universidades de Santiago de Compostela y de Valencia.

4. EDUCAR Y FORMAR EN IA

Ya he hablado de la necesidad de que los profesionales de la IA conozcan suficientemente las implicaciones legales y éticas de los sistemas y soluciones basadas en IA, desde su concepción hasta su uso. Pero ha de ser al revés también. Es tal el impacto actual de la IA en nuestras vidas y, más todavía, en la parte de ellas relacionada con el trabajo, que toda la oferta docente debería repasarse y repensarse para esta sociedad de personas y máquinas en las que estas realizan cada vez más y más tareas antes exclusivas de los seres humanos. Así tendría que ser también en el ámbito del derecho.

⁸ <https://www.nytimes.com/2024/04/30/business/media/newspapers-sued-microsoft-openai.html>

Por supuesto es imprescindible desarrollar programas de formación especializados en derecho de la IA para abordar en profundidad las complejidades legales y éticas específicas de las tecnologías inteligentes. Pero también que cualquier futuro profesional del derecho, todos, tengan el conocimiento suficiente para interpretar y, en su caso, aplicar las leyes que regulan la IA. Por ejemplo, los profesionales del derecho deberían estar preparados para abordar cuestiones como la responsabilidad por daños causados por sistemas autónomos, la protección de datos y la privacidad y los derechos de propiedad intelectual relacionados con algoritmos y datos utilizados en el aprendizaje automático.

Además, es importante que haya una formación pensada para profesionales en ejercicio, a través de cursos en línea, talleres y certificaciones profesionales. Las universidades, colegios de abogados y organizaciones profesionales tienen un papel importante que jugar en el desarrollo e implementación de estos programas. Pongámonos manos a la obra.

5. PROTEGER LA INVESTIGACIÓN Y LA INNOVACIÓN

Es necesario equilibrar la promoción de la investigación y la innovación en IA con la protección de la competencia justa en el mercado. Este equilibrio es fundamental para evitar la concentración excesiva de poder y recursos en unas pocas entidades dominantes, lo cual podría estrangular la innovación y limitar la diversidad de ideas y enfoques en el campo de la IA. Hoy las grandes empresas tecnológicas, en particular las de EE. UU., no solo controlan los mercados, sino que definen el presente y el futuro de la IA desde la misma investigación en el campo. Lo que consumiremos mañana y cómo será en buena medida nuestra vida lo marcará aquello en lo que estas empresas investigan ahora, y sus objetivos no son precisamente el bien común ni la pluralidad de ideas y enfoques en beneficio del mismo.

Por supuesto que no es solo la regulación la que cambiará las tornas, pero también. Por ejemplo, a través de la adecuada protección de la propiedad intelectual e industrial y la limitación de los monopolios *de facto*, algo que debería ser una limitación *de iure*, protegiendo la competencia justa.

6. BUSCAR LA ARMONIZACIÓN DE LAS NORMATIVAS LEGALES Y ÉTICAS RELACIONADAS CON LA IA EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

¿Por qué la regulación a cumplir por una golosina no es la misma que la de un medicamento? Es una pregunta retórica, claro. Del mismo modo, cabe entender que la regulación de una herramienta básica de

procesamiento de textos no ha de tener el mismo alcance que la de un *chatbot* utilizado por personas con problemas psicológicos. Aun así, hay quien dice que no se pueden poner puertas al campo, para argumentar que no debe limitarse el desarrollo de la IA o que, aunque intente hacerse, no servirá de mucho. Yo no estoy de acuerdo, aunque sí que creo que una proliferación divergente de regulaciones puede complicarnos la vida: «casa con dos puertas mala es de guardar», y si en lugar de dos son docenas, mucho peor.

«EE. UU. innova, China emula y Europa regula», se dice con frecuencia⁹. Sin embargo, salvo que a fuerza de repetirlo acabe siendo una profecía autocumplida, no es cierto, o no tanto como se dice. De hecho, ninguna de las tres cosas hace honor a la realidad. China hace tiempo que ha dejado de copiar sin más, aunque parece que no ha dejado de «otear» el horizonte para ver lo que se hace y cómo en otros lugares. EE. UU. ha incrementado mucho su legislación federal sobre IA. En 2023 ya contaban con 181 proyectos de ley presentados, frente a 88 un año antes. Esta es una realidad en la mayor parte de los países desarrollados, además. Entre 2016 y 2023 hay 32 países que han promulgado al menos un proyecto de ley relacionado con la IA. Otro indicador del afán por regular la IA es el número de menciones a la IA en actas gubernamentales y parlamentarias. Analizando las actas de las sesiones legislativas en 80 países, la expresión «inteligencia artificial» no ha dejado de aparecer de modo creciente en los últimos años, habiendo superado las dos mil referencias a lo largo del año 2023¹⁰.

Las grandes divergencias regulatorias entre Europa, EE. UU., China y otros países, no solo dificultará un desarrollo global ético y responsable de la IA, sino que facilitará que quienes quieren burlar las leyes puedan hacerlo con más facilidad.

Está claro que los profesionales del derecho no deciden en última instancia qué se legisla y cómo, pero con sus conocimientos, opinión y trabajo pueden ayudar a conseguir cierta armonía en la legislación de los distintos países, tanto por inspiración como por expiración.

Además, la armonización de las normativas legales y éticas relacionadas con la inteligencia artificial a nivel internacional facilitaría el desarrollo y adopción globales de tecnologías de IA y eliminaría muchas de las barreras legales para las empresas que operan en los distintos países. Por ejemplo, las regulaciones sobre protección de datos varían significativamente entre jurisdicciones, lo que afecta al entrenamiento y la implementación de sistemas de IA que dependen del acceso a grandes volúmenes de datos.

La adopción de cierto consenso por parte de organismos internacionales, como la ONU o la OCDE, por poner dos organismos multilaterales de muy distinto signo, ayudaría a lograr acuerdos regulato-

⁹ «La carrera mundial para regular la IA». *Funcas Intelligence*

¹⁰ *AI Index Steering Committee. (2024). AI Index 2024 report.* Stanford Institute for Human-Centered AI. <https://aiindex.stanford.edu/report/>

rios internacionales, al menos en los temas más relevantes. Pensemos en otros casos igualmente importantes, como las armas autónomas, la manipulación cognitiva del comportamiento de las personas o la elaboración y difusión de noticias falsas que pueden minar incluso las democracias.

Hay precedentes, como la prohibición de armas biológicas o los acuerdos internacionales como el Acuerdo de París sobre la crisis climática, que permitan pensar que es posible diseñar modelos regulatorios de gran cobertura que siendo flexibles incluyan compromisos concretos, y que después puedan adaptarse a la realidad de cada país, pero manteniendo principios comunes.

También resulta imprescindible desarrollar y promover la adopción de estándares técnicos y éticos internacionales para la creación y evaluación de sistemas de IA, similares, por ejemplo, a los realizados para otros ámbitos de la tecnología por organismos como la asociación IEEE (*Institute of Electrical and Electronics Engineers*).

La armonización de las normativas legales y éticas relacionadas con la IA a nivel internacional es un desafío muy complejo, pero esencial para asegurar un desarrollo tecnológico que sea ético, responsable y beneficioso a escala global, lo que ayudaría a prevenir los riesgos asociados con una regulación fragmentada y descoordinada. Los profesionales del derecho tienen un papel fundamental en este tema, y como investigador del ámbito de la IA reclamo su implicación en el mismo.

6. SENSIBILIZACIÓN PÚBLICA

Para terminar, quiero pedirles una cosa más a los profesionales del derecho, y es que participen activamente en la educación y sensibilización pública sobre los aspectos legales y éticos de la inteligencia artificial. Es imprescindible que la gente comprenda lo sustancial de cómo se regula y para qué algo que ya está afectando de un modo tan intenso a nuestras vidas y que cada vez lo hará más. La gente así lo percibe, además.¹¹

El protagonismo que ha adquirido la IA en nuestro mundo y su omnipresencia en los medios de comunicación, en eventos de todo tipo y en redes sociales, hace que hayan proliferado muchos supuestos gurús del tema, con perfiles de todo tipo, que van desde los que se han especializado en discursos apocalípticos, que siempre acaban con nuestra aniquilación a manos de una superinteligencia, hasta los del pensamiento ilusorio que consideran que la IA será la solución a todos

¹¹ Una encuesta de Ipsos realizada en 2023 muestra que el número de personas que considera que la IA afectará drásticamente a sus vidas en los próximos 3-5 años se ha incrementado más de un 60%.

nuestros problemas y padecimientos, incluida la muerte. En este caldo de cultivo propicio para la aparición de todo tipo de discursos sin rigor en torno a la IA, es muy importante que los verdaderos expertos, cada uno desde su perfil profesional, traslademos al público, de una forma sencilla, pero al tiempo rigurosa, la verdad de las cosas.

Cuanto más ruido hay, más alto y claro hay que hablar para que se nos oiga. Cuanto mayor es la falta de rigor, con más paciencia, pero también contundencia, hay que decir la verdad. Saber cuáles son nuestros derechos y deberes es fundamental para saber cómo cumplir con estos y defendernos ante los ataques a aquellos. Una sociedad desinformada o, peor todavía, mal informada, es una sociedad condenada. No olvidemos que el Reglamento de la IA quiere también la alfabetización de la población en la inteligencia artificial, así que cumplir con él nos obliga a lograr que la sociedad tenga una formación suficiente para vivir en un mundo que cada vez compartimos más con las máquinas.

Una última petición: que los especialistas en derecho nos hagan preguntas a los especialistas en IA

Para legislar y aplicar la legislación es vital tener información detallada sobre el funcionamiento de los sistemas de IA: entender cómo funcionan los sistemas de inteligencia artificial, incluyendo los algoritmos utilizados, los conjuntos de datos empleados y su tratamiento o las medidas que dan cuenta de su rendimiento. También de los riesgos y vulnerabilidades de estos sistemas, incluyendo posibles impactos negativos en los derechos individuales o en la ciberseguridad –pensemos en la creciente facilidad para la suplantación de personas o en las posibilidades de alteración de información crítica, como la que forma parte del historial médico de las personas.

No se puede hacer política ni regulaciones útiles y equilibradas de la IA, ni aplicarlas tampoco, si no están basadas en un entendimiento profundo y actualizado de estas tecnologías inteligentes y de sus usos reales y potenciales, o se ignoran las implicaciones éticas, económicas, políticas y sociales que conllevan. Por eso creo que hay muchas preguntas que hacernos a quienes somos expertos y, en particular, a quienes se supone que estamos en la vanguardia de la investigación y el desarrollo de la inteligencia artificial. Estoy convencido de que la mayoría estamos dispuestos a contestarlas del mejor modo posible.

Un enfoque epistemológico de los mundos virtuales: ¿Un nuevo derecho para un nuevo sujeto (virtual)?

An epistemological approach to virtual worlds: A new law for a new (virtual) subject?

Por NURIA BELLOSO MARTÍN
Universidad de Burgos

RESUMEN

Tomando como punto de partida el análisis de los metaversos y la posibilidad de que presenten algún aspecto distintivo con respecto a los mundos virtuales, en este trabajo se analizarán dos cuestiones. En primer lugar, se examinará la epistemología de los mundos virtuales, prestando atención a si se han cambiado los modelos epistemológicos tradicionales del jurista, o la manera en la que entiende el mundo y ofrece herramientas jurídicas para su mejor funcionamiento, para lo cual, se revisarán distintas propuestas sobre el conocimiento formuladas por destacados ius-filósofos, que permitirá examinar cómo se conoce y cómo se distingue lo real de lo virtual y de lo simulado; en segundo lugar, se analizará el impacto de los mundos virtuales –en cuanto escenario híbrido– en el sujeto cognoscente, cómo afecta su falta de corporeidad, y si su autonomía y dignidad resultan alteradas. Todo lo cual acaba conduciendo a plantearse si, para ese «sujeto virtual», se requiere un nuevo Derecho.

Palabras clave: mundos virtuales, metaversos, epistemología, Derecho virtual, persona virtual.

ABSTRACT

Taking as a starting point the analysis of metaverses and the possibility that they present some distinctive aspect with respect to virtual worlds, this paper will analyse two issues. Firstly, the epistemology of virtual worlds will be examined, paying attention to whether the traditional epistemological models of the jurist, or the way in which he understands the world and offers legal tools for its better functioning, have been changed. To this end, different proposals on knowledge formulated by prominent jus-philosophers will be reviewed, which will allow us to examine how we know and how we distinguish the real from the virtual and the simulated; Secondly, it will analyse the impact of virtual worlds –as a hybrid scenario– on the cognising subject, how it affects his or her lack of corporeality, and whether his or her autonomy and dignity are altered. All of which leads to the question of whether, for this “virtual subject”, a new Law is required.

Key words: virtual worlds, metaverses, epistemology, virtual law, virtual person, virtual worlds.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.– 2. LOS METAVERSOS COMO UNO DE LOS PRODUCTOS DE LOS MUNDOS VIRTUALES ¿O ALGO MÁS?.– 3. UN ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO: ENTRE LO REAL, LO VIRTUAL Y LO SIMULADO. LA PROBLEMÁTICA DE LA TRANSCRIPCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN MODELOS COMPUTACIONALES.– 4. LA DESMATERIALIZACIÓN DE LA PERSONA. ¿UN NUEVO DERECHO PARA UN NUEVO SUJETO (VIRTUAL)?: 4.1. *Si el Derecho es una ficción, ¿qué es la persona –en cuanto sujeto de derecho–?* 4.2. *Comunicación y vínculos sociales en los mundos virtuales.*– 5. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El hecho de que algunas tecnologías ya no puedan usarse sin más, sino que empiecen a fundirse con nuestra mente y con nuestro cuerpo, –como sucede en los mundos virtuales y, dentro de los mismos, en los metaversos como uno de sus subproductos– justifica que se analice esta interacción y la proyección que la filosofía jurídica pueda tener sobre la misma.

La técnica no puede reducirse a una acción instrumental, limitada a que funcionen los artefactos, sino que debe entenderse como un elemento constitutivo de lo social. «Humanizar la tecnología no significa incrementar el control sobre ella, sino acompañarla críticamente desde

el diseño a la implementación»¹. Lo humano resulta aún más evidente en sus relaciones con lo no humano. Si antes lo social se remitía exclusivamente a las relaciones y espacio compartido con otros seres humanos, ahora también se comparte con actores técnicos, por lo que se ha modificado la relación entre autonomía y control. El avance de la tecnología ha dado lugar a nuevas formas de interrelación humana lo que lleva a señalar la evolución de la racionalidad instrumental a la racionalidad tecnológica. En la línea de Habermas, el reto radica en devolver a la técnica su papel instrumental en un mundo en el que la «centralidad humana» no constituya un mero *iter* programático, en cuanto que la condición humana y la condición tecnológica están llamadas a convivir. Las nuevas comunidades virtuales –las que pueblan los mundos virtuales– ponen de manifiesto otro patrón de identificación que ya no es el territorio, ni la lengua compartida, sino una nueva forma de comunicarse no-presencial.

Mundo, proceso de conocimiento, sujeto cognoscente, racionalidad normativa, son interpelados por los avances de la técnica². Tanto los procesos para «llegar a conocer», como el propio conocimiento, ha experimentado un cambio sustancial a raíz de la digitalización y de la aplicación de sistemas de inteligencia artificial (en adelante, IA). Autores –como Lyotard–³ dan cuenta del conocimiento en la condición postmoderna, en la que se observa que, en unos casos, decrece la creencia en los grandes relatos y meta-relatos y, en otros, se enfrentan a una gran incredulidad, al intensificarse y afianzarse el efecto de las nuevas tecnologías y de la confianza en el poder de la transparencia comunicacional. El saber que ahora se produce está marcado por su resultado (si será apto para su venta, si será eficiente, si será productivo, si será rentable), pero no se cuestiona si es justo o no, si es verdadero o falso. Lipovetski ya anunció, al inicio de este segundo milenio, que entrábamos en la época de la «ética indolora»⁴, una especie de utopía de la comodidad y de alejamiento de preocupaciones existenciales, en la que se exalta el bienestar individual en detrimento del bien común, con la consiguiente despreocupación por cuestiones cruciales que atañen a todos. Esa mercantilización del saber nos sitúa ante un nuevo reto epistemológico y gnoseológico, en la medida en

¹ Innerarity lo plantea en términos de identidad, de diferencia y de hibridación. Señala que el concepto clave es la «coevolución»: la hibridación es el vínculo entre nuestras habilidades cognitivo-agenciales y el ambiente artificial. INNERARITY, Daniel, «Hacia un mundo de humanos y máquinas», *Doce filosofías para un nuevo mundo. ¿Hacia dónde camina el ser humano?*, Fundación Santander, colección Obra fundamental, 2023, pp. 109 y. 116-117.

² URSUA, Nicanor, «e» - Epistemología: un desafío y una respuesta filosófica al mundo digital», *Revista Internacional de Filosofía*, núm. 61, 2014, pp. 55-74. <http://dx.doi.org/10.6018/daimon/155871>

³ LYOTARD, Jean François, *La Condición Postmoderna: Informe del saber*, trad. de Mariano Antolín Rato, Madrid, Cátedra, 1984.

⁴ LIPOVETSKI, Gilles, *El crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*, trad. de Juan Bignozzi, Barcelona, Anagrama, 1994.

que tecnologías como los mundos virtuales requieren recuperar y revisar la contraposición entre planteamientos dualistas y realistas⁵, la duda metódica cartesiana⁶, y otros diversos enfoques sobre el conocimiento, con la finalidad de poder comprender algunos de los desafíos que los mundos virtuales implican para el Derecho y para la persona.

La Filosofía ha tenido etapas de sombras como cuando ha sido un tanto marginada por los excesos del positivismo, del materialismo y del determinismo, o lo que es lo mismo, por los excesos de quienes confunden ciencia con precisión y con exactitud. Popper nos demostró con toda contundencia, en pleno siglo XX, que el saber ha de ser claro y sencillo, pero no necesariamente exacto al modo de una fórmula matemática. La robótica, los sistemas de inteligencia artificial y los mundos virtuales han topado ahora con una Filosofía bien equipada para hacer frente a los problemas que se suscitan. Si bien la Filosofía del derecho ha ido acompañando esta evolución tecnológica⁷, buena parte de las investigaciones realizadas se han centrado en la incidencia de los algoritmos y de los usos de los sistemas de IA en el ámbito jurídico. Aquí se pretende analizar otra dimensión, heredera de la tecnología y de la IA pero con una problemática específica: se trata de los metaversos, como uno de los productos del mundo virtual, y los desafíos que ha supuesto tanto para la persona como para el Derecho.

El profesor Pérez Luño, pionero en sus estudios sobre tecnología y Derecho, ha prestado especial atención a tres grandes preguntas que, a lo largo de su historia, ha compendiado el significado de la filosofía: ¿Cómo se conoce la realidad? ¿Qué son y cómo se explican el mundo y la vida? ¿Cuál es la mejor forma de vivir? A esas preguntas han respondido respectivamente, la gnoseología o teoría del conocimiento, la ontología y la deontología o la ética. Desde el humanismo, la razón y de experiencia son esenciales para el conocimiento, a diferencia de las propuestas del posthumanismo y que acaban desembocando en una realidad virtual que enmascara

⁵ Una de las aportaciones de Aristóteles en su *Metafísica* es el principio de no contradicción, expresado en el axioma: «Una cosa no puede ‘ser’ y ‘no ser’ al mismo tiempo», entendiendo el ser como aquello que objetivamente existe en la realidad, dotado de ciertas características. Aristóteles criticó el postulado de Protágoras que suscribe que «el hombre es la medida de todas las cosas». Tal postulado hace referencia a que todo estaría sujeto a la interpretación mental de las personas, es decir, constituye una llamada a la subjetividad absoluta.

⁶ Descartes aplicó su escepticismo a los sentidos humanos, poniendo de relieve que se trataba de un conocimiento mediado cuya exactitud era puesta en duda. Actualmente, nuestro conocimiento es mediado por la tecnología, como si nuestro conocimiento del mundo fuera indirecto.

⁷ Los estudios del profesor Pérez Luño son un buen ejemplo de ello. Entre otras publicaciones, *vid.* PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Editorial Universitaria, Madrid, 2012.

la realidad y propicia la posverdad.⁸ Aplicando estos interrogantes a la relación realidad-virtualidad, en estas páginas se pretende examinar, principalmente, dos cuestiones. Se tomará como punto de partida el análisis de los metaversos y si presentan algún aspecto distintivo o específico con respecto a los mundos virtuales; al hilo de estas consideraciones, en primer lugar, se revisará la epistemología de los mundos virtuales, prestando atención a si se han cambiado los modelos epistemológicos tradicionales del jurista, o la manera en la que entiende el mundo y ofrece herramientas jurídicas para su mejor funcionamiento. Para ello, se revisarán distintas propuestas sobre el conocimiento formuladas por destacados ius-filósofos, que permitirá examinar cómo se conoce y cómo se distingue lo real de lo virtual y de lo simulado; en segundo lugar, se analizará el impacto de los mundos virtuales en el sujeto cognoscente, cómo afecta a su experiencia y, sobre todo, qué requiere del Derecho. En los mundos virtuales, el «ser» y el «no ser» cobran nueva proyección en la que parece que se tiende a un escenario híbrido, en el que el sujeto, sus acciones se enfocan con otras lentes. Para llevar a cabo este análisis de la afectación de la persona y del Derecho a resultados de operar en la virtualidad, se examinarán si las categorías jurídicas tradicionales responden a un constructo o función del Derecho como ficción y se revisará el proceso comunicativo de la persona en los mundos virtuales –los metaversos se configuran más como una herramienta de conexión que un sustituto de la interacción social en la vida real–.

Son muchos los nuevos desafíos que esta realidad simulada (total o parcialmente) abre a los sistemas jurídicos, a las democracias, al sistema de protecciones y de derechos y libertades, imprescindible también para el mundo virtual, e incluso para la forma de gestionar las relaciones sociales y la relación de cada uno con la realidad. El vínculo del conocimiento con el espacio analógico, los procesos de desterritorialización y transformaciones, la generación de vínculos y grupalidades, el poder simbólico, político y económico, su relación con la construcción de sentido, el nuevo sujeto cognoscente, son aspectos que vienen a poner de manifiesto esa nueva epistemología⁹ de los mundos virtuales y que será objeto de análisis en las páginas que siguen.

⁸ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, «El posthumanismo no es un humanismo», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 44, 2021, p. 300.

⁹ Con relación al ciberespacio, López de Anda ya señalaba el positivismo, el dualismo y la fenomenología, como las tres de las principales posturas epistemológicas desde las cuales se piensa el ciberespacio. LÓPEZ DE ANDA, María Magdalena, «Epistemologías del ciberespacio», *Virtualis*, núm 4, Julio - Diciembre 2011, pp. 67-<http://aplicaciones.ccm.itesm.mx/virtualis>

2. LOS METAVERSOS COMO UNO DE LOS PRODUCTOS DE LOS MUNDOS VIRTUALES ¿O ALGO MÁS?

Los mundos virtuales –como apunta Accoto– suponen un salto evolutivo con respecto al «mundo dato», el mundo como entidad cuantificada hecha de datos¹⁰. Sólo recientemente la Unión Europea, a través de algunos Informes y Documentos sobre la materia, ha puesto de relieve algunas de sus problemáticas. El estudio «Metaverso, el mundo virtual y sus desafíos reales»¹¹, publicado por el Consejo de la Unión Europea el 9 de marzo de 2022, tuvo como objetivo examinar los potenciales desafíos y oportunidades que ofrecía el metaverso y, en un primer momento, no parecía que la línea a seguir fuera la de iniciar un estudio específico sobre el funcionamiento del metaverso –como señaló el Comisario Europeo de Mercado Interior y Servicios, aunque no excluía la posibilidad de que dicho estudio se hiciera en el futuro-. Tampoco la Comisión mostró la intención inmediata de proponer políticas o medidas reglamentarias específicas relativas al metaverso, dado que el marco reglamentario existente también se aplicaba al metaverso¹².

Sin embargo, tal línea de «no regulación expresa» del metaverso fue modificada. La razón cabe encontrarla en que, un año más tarde, el 29 de junio de 2023, en el «Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Iniciativa sobre mundos virtuales, como el metaverso»¹³, se señalaba que había habido un aumento de denuncias por parte de los usuarios¹⁴, a lo que se sumaba la adicción a la realidad simulada y los problemas de privacidad y salud mental, lo que llevó al Comité a recomendar la «normalización», es decir, a recomendar

¹⁰ ACCOTO, Cosimo, *Il mondo dato*, Milano, 2017, p. 5. Como advierte HAN, la pérdida del sentido de las cosas, de lo sólido, de lo que nos «ancla al ser» está reflejado en el mundo de las No-Cosas. HAN, Byung-Chul, *No-cosas. Quiébras del mundo de hoy*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2021.

¹¹ «Metaverso, el mundo virtual y sus desafíos reales» (Metaverse-Virtual Word), Real «Challenges. Council of the European Union. (9 de marzo 2022). <https://www.consilium.europa.eu/media/54987/metaverse-paper-9-march-2022.pdf>

¹² Parlamento Europeo. «Respuesta a la pregunta parlamentaria. Referencia: E-000656/2022. Tema: Regulación del metaverso», 1 de junio de 2022. https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/E-9-2022-000656-ASW_EN.html

¹³ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Iniciativa sobre mundos virtuales, como el metaverso» (29 de junio de 2023). (Dictamen exploratorio a petición de la Comisión Europea) (2023/C 228/10. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52023AE0888>

¹⁴ «Los usuarios denuncian que cada vez hay más casos de comportamientos ofensivos e indeseables: casos de acoso a los usuarios, sexualización de interacciones con avatares, explotación de datos, juegos de azar no regulados, casos de intimidación, presentación de contenidos sexuales explícitos, racismo, amenazas de violencia y captación de menores (CCDH, 2022). Por otra parte, la adicción a la realidad simulada y los problemas de privacidad y salud mental también surgen como preocupaciones clave entre los usuarios de todo el mundo». (Dictamen exploratorio a petición de la Comisión Europea) (2023/C 228/10).

establecer numerosos protocolos, normas y reglas sobre ciberseguridad, almacenamiento y protección de los datos personales, protección de las personas y lucha contra el ciberacoso y la desinformación. A la vez, hacía un llamamiento para que la UE liderara tal normalización «si no quiere dejar que sean otras zonas geográficas las que fijen estos protocolos, normas y reglas»¹⁵. A todo ello se sumaba que los conflictos jurídicos que se iban produciendo en el contexto de los metaversos iban llegando a los tribunales¹⁶.

El Informe «Metaverso»¹⁷, publicado por el Parlamento Europeo en junio de 2023, vino a resaltar las peculiaridades que presentaba esta tecnología. Por último, la comunicación en la que se define cuál es la nueva estrategia sobre la Web 4.0, titulada «Iniciativa de la UE sobre la web 4.0 y los mundos virtuales: en la vanguardia hacia la próxima transición tecnológica», publicada por la Comisión Europea el 11 de julio de 2023¹⁸, constató la propia entidad de este producto. La Web 4.0 viene a aunar, inteligencia artificial y metaverso, con el objetivo de lograr un espacio digital más humano¹⁹. En este Documento se definen «los mundos virtuales» como «entornos persistentes e inmersivos, basados en

¹⁵ Dictamen exploratorio a petición de la Comisión Europea (2023/C 228/10).

¹⁶ A modo de ejemplo, la Sentencia del 8 de febrero de 2023 del Tribunal del Distrito Sur de Nueva York. Se trata de la primera resolución por la que un tribunal castiga una vulneración de marca a través de tokens no fungibles en un entorno virtual. Lo que se discutía en el asunto Metabirkin era si debía prevalecer el derecho de Hermès a prohibir el uso de su marca Birkin o el de M. Rothschild a utilizarlo de base en su producción artística. DOMÍNGUEZ PÉREZ, Eva M.^a, «Marca en el metaverso: avances y cuestiones abiertas», *Revista la Propiedad inmaterial*, núm. 16, julio-diciembre, 2023, pp. 149-175. <https://doi.org/10.18601/16571959.n36.07>

¹⁷ Metaverse. STUDY Requested by the JURI Committee. European Parliament. Junio 2023. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/751222/IPOL_STU\(2023\)751222_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2023/751222/IPOL_STU(2023)751222_EN.pdf)

¹⁸ https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13757-Mundos-virtuales-metaversos-una-vision-de-apertura-seguridad-y-respeto_es

Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Iniciativa de la UE sobre la web 4.0 y los mundos virtuales: en la vanguardia hacia la próxima transición tecnológica. {SWD(2023) 250 final} Comisión Europea. Estrasburgo, 11 de julio de 2023

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=SWD%3A2023%3A250%3AFIN>

¹⁹ Esta Web 4.0 tiene como uno de sus objetivos que los servicios públicos digitales intenten aprovechar, desde distintas iniciativas, oportunidades de progreso social. Así, La Comisión está lanzando dos proyectos insignia públicos: «CitiVerse», un entorno urbano inmersivo que se puede utilizar para la planificación y gestión de la ciudad; y un Gemelo Humano Virtual Europeo, que replicará el cuerpo humano para apoyar las decisiones clínicas y el tratamiento personal. Se pretende configurar estándares globales abiertos e interoperables, de manera que se garantice que no serán dominados por los grandes actores y promover la gobernanza de internet con la visión y valores de la Unión Europea. En la Conferencia multilateral mundial de alto nivel sobre la gobernanza de la Web 4.0 y los mundos virtuales, organizada conjuntamente por la Comisión Europea y la Presidencia polaca del Consejo de la UE 2025, y que se celebrará el 31 de marzo y 1 de abril de 2025 en Bruselas, se pretenden definir los principios fundamentales para un marco de gobernanza global para la Web 4.0 y los mundos virtuales.

tecnologías como la 3D y la realidad aumentada (RA), que permiten mezclar mundos físicos y digitales en tiempo real con diversos fines, como diseñar, realizar simulaciones, colaborar, aprender, socializar, efectuar transacciones o proporcionar entretenimiento». Tal «combinación sin fisuras de los mundos físico y digital», es lo que abre todo un abanico de desafíos filosóficos y jurídicos²⁰.

Entre esos productos de los mundos virtuales, los metaversos –en plural porque hay tantos como diseñen empresas tecnológicas– en cuanto que son una de las manifestaciones más conocidas de los mundos virtuales, han suscitado un particular interés para el mundo del Derecho. Sus aplicaciones a diversos ámbitos –como el forense y el educativo–, o las problemáticas jurídicas que derivan de su uso –desde negocios jurídicos hasta delitos, así como la cuestión de la desmaterialización que exige de la persona usuaria –constituyen retos para el estudioso del Derecho. El metaverso –combinación de «meta», trascendente, y «verso», de universo– se presenta como una evolución de internet, bien sea en un ambiente inmersivo (realidad virtual), o en un ambiente paralelo (realidad aumentada)–²¹. Se trata de una dimensión

²⁰ Son varios los colegas de la filosofía jurídica española que han publicado, valiosos trabajos relacionados con el contexto virtual, entre otros, el profesor Fernando LLANO quien ya ha advertido de las incertidumbres ontológicas y del «desvanecimiento ontológico del hombre contemporáneo ante la creciente autonomía de las máquinas» y su absorción «por el universo virtual de las tecnologías digitales», con el consiguiente abandono por su parte del mundo real y de la realidad tangible (LLANO ALONSO, Fernando Higinio, *Singularidad tecnológica, metaverso e identidad personal: del homo faber al novo homo ludens*, en Llano Alonso, Fernando Higinio (dir), *Inteligencia artificial y Filosofía del Derecho*, Murcia, Ediciones Laborum, 2022, pp. 190-191. <https://doi.org/10.2307/jj.1866765.7>); Las profesoras GIL RUIZ y RUBIO CASTRO se han ocupado del análisis de si la Filosofía del derecho es un metaverso jurídico (GIL RUIZ, Juana María, RUBIO CASTRO, Ana María. «¿La filosofía del derecho es un metaverso jurídico?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, AEBOE, vol. 39, 2023, pp. 167-196); la profesora LUCENA CID ha trabajado sobre la ontología de la realidad virtual (LUCENA CID, Victoria, «La constitución ontológica de la realidad virtual», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 47, 2023, pp. 135-162). También fuera del ámbito nacional, entre otros, *vid.* CERRINA FERONI, Ginevra, «Il metaverso tra problemi epistemologici, etici e giuridici», *Media Laws. Revista de Derecho de los Medios*, 2023, pp. 1-15. <https://www.medialaws.eu/rivista/il-metaverso-tra-problemi-epistemologici-etici-e-giuridici/>). ACCOTO, Cosimo. *Il mondo in sintesi. Cinque brevi lezioni di filosofia della simulazione*, EGEA, 2022

²¹ Sobre los metaversos, *vid.* BAL, Matthew, *El metaverso y cómo lo revolucionará todo*, trad. de Aurora González Sanz, Barcelona, Deusto, 2022; RAMPOLLA, Federico, *Dentro il Metaverso. Presente e futuro: un'analisi critica*, Reggio Emilia, Aliberti, 2022; CASSANA E SCORZA (eds.), *Metaverso*, Pisa, Pacino Legal, 2023.

Serrano Acitores presenta una evolución del mundo digital que permite comprender el estadio actual de la Web 4.0: i) Web 1.0: Links. Netscape nos conectó en línea. En los inicios, los internautas solo tenían un rol: consumir la información que se alojaba en servidores informáticos; ii) Web 2.0: Likes. Facebook nos conectó a las comunidades en línea. Internet se entiende como una plataforma colaborativa, en la que todos los usuarios participan. Ahora, además de leer, los internautas también pueden generar informaciones y publicarlas en sitios web, en foros de usuarios, blogs, redes

(repartida en múltiples plataformas) caracterizada por una interactividad persistente, tridimensional y, por tanto, aún más creíble, ubicua y transversal, en la que es posible actuar e interactuar a través de hologramas que constituyen verdaderos canales digitales del yo. La realidad no es única sino mediada por nuestros sentidos y las percepciones subjetivas no corresponden a la realidad objetiva²².

sociales como Facebook y wikis; iii) Web 3.0: Tokens. Decentraland nos conectó a un mundo virtual comunitario. los sitios web y las aplicaciones podrán procesar información de una manera inteligente similar a la humana a través de tecnologías como aprendizaje automático (*machine learning*), *big data* y tecnología *blockchain* o de contabilidad descentralizada; iv) Nos encontramos en los inicios de la cuarta revolución industrial, revolución que se caracteriza por la confluencia simultánea de numerosas tecnologías exponenciales como el *big data*, la inteligencia artificial, el *blockchain*, la computación cuántica, el internet de las cosas, la robótica, la realidad virtual, la ciberseguridad y biometría, la nanotecnología, la biotecnología, la impresión 3D, el *building information modeling* (BIM), los vehículos autónomos y los drones, entre otras. SERRANO ACITORES, Antonio, «El derecho en la frontera digital: el metaverso y los retos jurídicos que plantea», *CEFLegal, Revista Práctica de Derecho*, núm. 267, 2023, pp. 5-34. <https://doi.org/10.51302/celegal.2023.18623>; también, vid. FLORIDI, Luciano, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Raffaello Cortina, Milano, 2017; y, del mismo autor, *The Onlife Manifesto, Being Human in a Hyperconnected Era*, Springer, Berlino-Heidelberg, 2015.

²² El novelista de ciencia ficción Neal Stephenson acuñó el término en su novela de 1992 *Snow Crash* para describir el mundo virtual, aunque no fue ni mucho menos el primero en introducir el concepto, que ya puede encontrarse en relatos anteriormente. En 1935, Stanley G. Weinbaum escribió un relato corto titulado *Las gafas de Pigmalión* sobre la invención de unas gafas mágicas similares a las de la realidad virtual (WEINBAUM, Stanley Grauman, *Pigmalion's Spectacles*, 1935, edición Kindle, p. 2); El cuento de Ray BRADBURY de 1950, «La pradera», imagina una familia nuclear en la que los padres son suplantados por una guardería de realidad virtual de la que los niños nunca quieren salir; El relato de Philip K. DICK de 1953 «Problema con las burbujas» donde explica que los consumidores empiezan a comprar un producto llamado «Worldcraft» a través del cual pueden construir y «poseer [sus] propios mundos»; Isaac ASIMOV en su relato «El sol desnudo», describía una sociedad en la que las interacciones cara a cara («ver») y el contacto físico se consideraban un desperdicio y a la vez repugnantes, y la mayor parte del trabajo y la socialización tienen lugar a través de hologramas proyectados a distancia y televisores 3D; En 1984, William GIBSON popularizó el término ciberespacio en su novela *Neuromante*, definiéndola como «una alucinación consensuada experimentada diariamente por miles de millones de operadores legítimos, en todas las naciones [...]. Una representación gráfica de datos abstraída de los bancos de cada ordenador del sistema humano. Líneas de luz que se extienden en el no espacio de la mente. Gibson llamó a la abstracción visual del ciberespacio «Matrix», término que, quince años más tarde, se utilizaría para denominar a la saga de películas de su mismo nombre. Casi todos estos relatos, explica M. BALL, tienen en común que son distopías, aunque no hay razón para presuponer que esto mismo deba suceder con el metaverso. También, vid. BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Sobre el metaverso y su impacto en el Derecho» (24 de junio de 2022). <https://confilegal.com/20220624-sobre-el-metaverso-y-su-impacto-en-el-derecho/> Y, también, ROSENBERG, Louis, «Regulation of the Metaverse: A Roadmap: The risks and regulatory solutions for largescale consumer platforms», ICVARS '22: Proceedings of the 6th International Conference on Virtual and Augmented Reality Simulations, March 2022, pp. 21–26.

<https://doi.org/10.1145/3546607.3546611> <https://dl.acm.org/doi/abs/10.1145/3546607.3546611>.

Los cuatro rasgos principales del metaverso son: presencia, persistencia, inmersión e interoperabilidad. La presencia es la sensación de estar presente o físicamente localizados en el interior de un ambiente digital. La persistencia se refiere a la capacidad de los objetos, ambientes y experiencias virtuales de existir en el tiempo, incluso aunque los participantes no interactúen activamente con ellos. Permite a los participantes poseer propiedades virtuales y construir relaciones. La inmersión se refiere al grado en que un participante está plenamente implicado en un ambiente virtual, hasta el punto de que el individuo puede olvidar el ambiente físico que le rodea. Por último, la interoperabilidad se refiere a la capacidad de diversos mundos y sistemas virtuales de comunicar e interactuar entre ellos, permitiendo a los individuos moverse libremente entre diversas experiencias digitales, es decir, permite a los individuos moverse a otras plataformas²³.

Para un estudioso del Derecho, hay tres elementos en los metaversos que tienen una relevancia jurídica. El primero es que están inicialmente ideados como un escenario distópico, donde la «vida electrónica» es diferente a la vida real; el segundo es que los metaversos, con respecto a la realidad, son sobre todo una modificación del plano antropológico y social en el que vivimos; el tercero es que los metaversos deben de estar sometidos a reglas jurídicas –para algunos, las del mundo real, para otros, deberían ser las propias de este entorno virtual. En particular, se deben tomar precauciones destinadas a combatir las violaciones y los abusos (una de las primeras experiencias del metaverso se caracterizó por la violencia sexual grupal contra una investigadora, a través de su avatar), favorecidos por la falta de percepción del impacto real de cada delito virtual²⁴.

No hay un concepto unívoco de qué sea lo virtual. Para Levy, lo virtual se erige más allá de los calificativos de ilusorio, falso o imaginario, y señala que, «Con todo rigor filosófico, lo virtual no se opone a lo real sino a lo actual: virtualidad y actualidad sólo son dos maneras de ser diferentes»²⁵. En 2005, Conill ya advertía que la realidad virtual se trataba de una «revolución copernicana», porque «si antes

²³ GUIDA, Sergio, «Il metaverso per la salute mentale: prospettive neurogiuridiche per la piena affermazione della personalità umana», *Diritto di Internet*, núm. 1, 2024, p. 176. Asimismo, se han indicado seis tecnologías en la base del metaverso: interactividad, gemelo digital, creación de redes, computación ubicua, inteligencia artificial y cadena de bloques.

²⁴ CÁRDENAS, María José, «El Metaverso y sus consecuencias jurídicas», *Lisa-News* (27/04/2022). <https://www.lisanews.org/ciberseguridad/metaverso-y-sus-consecuencias-juridicas/> También, *vid.* Gómez-Acebo & Pombo, *Guía jurídica del metaverso*, 2022.

https://www.ga-p.com/wp-content/uploads/2022/06/Cata%CC%81logo-Metaverso_2022-3.pdf.

²⁵ «Lo virtual no es, en modo alguno, lo opuesto a lo real, sino una forma de ser fecunda y potente que favorece los procesos de creación, abre horizontes, cava pozos llenos de sentido bajo la superficialidad de la presencia física inmediata» (...) [en] la

girábamos alrededor de las imágenes, ahora giraremos dentro de ellas». Como han apuntado varios filósofos «nos obliga a repensar la cuestión de la realidad»²⁶, y puede alterar nuestra visión del mundo, en la medida en que proporciona otra experiencia de «lo real». Los interrogantes filosóficos versan, de una u otra manera, sobre la realidad, bien sea prestando atención a su naturaleza, estructura y principios fundamentales (metafísica), sobre la posibilidad de conocerla (epistemología), sobre nuestro lugar y función en la misma (ética), u otras²⁷. Como son numerosas las vertientes filosóficas que podrían acogerse, me inclino por analizar el problema de la naturaleza de la realidad externa.

El término «virtual» deriva del latino «virtus» y puede traducirse como fuerza o también como potencia. Para nuestro contexto, es la segunda la que más se adecua, en el sentido de que calificar algo como virtual significa que existe en potencia, pero que le falta algo para llegar a la completud (a la realidad, en este caso). Así, algunas interpretaciones han llegado a afirmar que no es irreal, ni es potencial, sino que está en el orden de lo real, ya que existe, aunque sea en potencia. Pero, entonces hay que preguntarse: ¿qué es lo real? ¿lo que existe, lo que es tangible? ¿qué aporta lo virtual respecto de lo real? Desde la teoría del idealismo hasta la epistemología, los pensadores han explorado cómo percibimos y construimos nuestra comprensión de la realidad. Algunos argumentan que no podemos conocer una realidad objetiva independiente de nuestra mente, mientras que otros sostienen que hay una realidad externa que existe más allá de nuestra percepción.

Al tratar sobre la realidad virtual es frecuente rememorar la metafísica de Platón, donde el mundo de las ideas representaba la realidad a la que aspirar mientras que la realidad experimentada era sólo una copia imperfecta. Para explicar los metaversos, es frecuente acudir al recurso de la caverna platónica –aunque no siempre se ofrece la misma explicación–²⁸. La caverna constituye la expresión de una realidad imperfecta y nos incita a pensar qué tipo de vida nos gustaría vivir. Platón, a través de la boca de Sócrates en diálogo con Glauco, se pregunta si deberíamos preferir la vida en el interior de la caverna o fuera.

filosofía escolástica, lo virtual es aquello que existe en potencia pero no en acto (...). LÉVY, Pierre; *¿Qué es lo virtual?* Barcelona, Paidós, 1999, pp. 8 y 11.

²⁶ CONILL, Jesús, «La irrealidad como realidad virtual en la tradición filosófica española (desde Unamuno y Ortega a Zubiri y Marías)», *Quaderns de filosofia i ciència*, núm. 35, 2005, p. 67.

²⁷ Entre los estudios filosóficos que se han ocupado de la cuestión, cabe apuntar, entre otros: DEL PINO, Luis, *Realidad Virtual*, Madrid, Paraninfo, 1995; ECHEVERRÍA, Javier, *Un mundo virtual*, Barcelona, Plaza Janés, 2000; HEIM, Michael, *The metaphysics of virtual reality*, Oxford, Oxford University Press, 1993; HILLIS, Ken, *Digital Sensations: Space, Identity, and Embodiment in Virtual Reality*. Minneapolis, University of Minnesota Press, 1999.

²⁸ SALMERI, Giovanni, «Il metaverso come la caverna di Platone? Il vero mondo è altrove», *agendadigitale.it*, 20/01/2022. <https://www.agendadigitale.eu/cultura-digitale/il-metaverso-come-la-caverna-di-platone-il-vero-mondo-e-altrove/>

La respuesta de Platón es clara: es mejor la vida fuera de la caverna, incluso si tal vida fuera la de un humilde trabajador. Tal planteamiento incita a interrogarse si puede desarrollarse una vida buena (con valores) en un mundo virtual²⁹.

La etapa moderna, caracterizada entre otros rasgos por la distinción entre la realidad objetiva y la subjetiva, abarca una polarización entre el idealismo y el empirismo –destacando las aportaciones de Descartes y de Hume– dando lugar a la oposición entre materialismo e idealismo subjetivo. En contraste, la etapa posmoderna ofrecerá una reflexión crítica con respecto a lo que considera el fracaso de las pretensiones de la modernidad³⁰, y ofrecerá una ontología descentrada que diluye las fronteras entre realidad y virtualidad, en la que las entidades material e intelectual son sustituidas por las redes, y en las que el escenario realidad-virtualidad se presentan como intercambiables³¹.

Descartes, en sus *Meditaciones sobre la filosofía*, cuestiona la existencia del mundo exterior, el cómo se puede conocer cualquier objeto de la realidad fuera de uno mismo, cómo se puede saber que nuestra percepción del mundo no es una ilusión³². Descartes va despejando tres argumentos clásicos como el de las ilusiones, los sueños y

²⁹ CHALMERS, David J., *Più realtà I mondi virtuali e i problemi della filosofì*, Cortina, 2023, pp. 36-37 y 43.

³⁰ Si con la posmodernidad del siglo XXI todo era cuestionable (los textos, la cultura, los conceptos como la verdad o la realidad), el Nuevo Realismo –como el sustentado, primero por Maurizio FERRARIS (*Manifeso del nuovo realismo*, Roma, 2012) y, después, por Markus GABRIEL– defiende que el mundo no existe porque existen muchos (*Por qué el Mundo no Existe*, trad. de Juanmari Madariaga, Barcelona, Pasado & Presente, 2015; también, *Yo no soy mi Cerebro. Filosofía de la mente para el siglo XXI*, Barcelona, Pasado & Presente, 2016. La posmodernidad pretendió consumir la ruptura con la tradición filosófica y liberar al hombre de la ilusión de que existe un sentido de la vida cognoscible, al que todos debemos aspirar. Para los posmodernos, las cosas existen sólo tal y como se nos aparecen, no hay esencias detrás, ni ninguna idea escondida a desentrañar. No existen, ni el mundo, ni la realidad en sí misma como tal. La metafísica, que había tratado de desarrollar una teoría del mundo como totalidad, describiendo cómo es realmente éste frente a las apariencias, se convertía, por tanto, en una especie de alucinación colectiva y opresiva, de la que la posmodernidad pretendía salvarnos.

³¹ GUZMÁN, Ricardo; VARGUEZ, Milagros, «La irrealidad de la realidad virtual: Un acercamiento desde el escepticismo filosófico», *Apuntes Filosóficos*, vol. 25, núm. 48, 2016, p. 71.

³² Cabe recordar que, para algunos filósofos –como J. BALMES–, las primeras verdades son cognoscibles antes de empezar a filosofar. Así, la verdad y la certeza (la posesión de la verdad) son prefilosóficas. BALMES divide la verdad en tres clases irreductibles, aunque se suele hacer referencia a la misma como si sólo fuera una. Estas son las verdades subjetivas, las verdades racionales y las verdades objetivas. Los tres tipos de verdad son irreductibles, y los métodos de captación difieren de una a la otra. Por ello, se requiere que la filosofía plantee en primer lugar qué tipo de verdad buscamos. El principio de conciencia cartesiano, el *cogito ergo sum* es una verdad subjetiva, mientras que el principio de no contradicción aristotélico es verdad racional. Finalmente, el sentido común, el instinto intelectual, es el que, a su juicio, nos presenta la llamada verdad objetiva. BALMES, Jaime, *La filosofía fundamental*, Araluze, Barcelona, 1940.

los demonios: Si nuestros sentidos nos han engañado en el pasado, ¿cómo podemos saber que no estamos siendo engañados ahora?; Si los sueños son como la realidad, ¿cómo podemos saber que no estamos soñando? Un ser omnipotente podría engañarnos completamente, dándonos experiencias de un mundo que no existe. ¿Cómo podemos saber que no es esto lo que nos está pasando? Primero duda de los sentidos (duda natural) y luego plantea la hipótesis de un genio maligno, el cual nos induce a pensar que todo es real cuando no lo es, y que disfruta dándonos información errónea sobre las principales verdades lógicas, matemáticas y ontológicas (duda hiperbólica). La hipótesis de Descartes no supone la ausencia de un cuerpo, sino únicamente el dominio de nuestras experiencias mentales por algún otro ser. En cualquier caso, la realidad virtual –y aquí se separa de la teoría cartesiana– muestra cómo la mente no puede separarse del cuerpo, incluso si se recrea o se reajusta, el cuerpo representa la forma en que uno interactúa en la realidad virtual³³.

La teoría kantiana puede ayudar tanto a establecer cómo determinamos cuáles son las reglas aceptables como también a comprender el dualismo mundo real/mundo virtual. Con respecto a la segunda cuestión, cabe preguntarse si un sistema metafísico como el kantiano, podría proporcionar medios de distinción más precisos. El idealismo trascendental gira en torno al concepto de que las cosas en sí mismas son incognoscibles y que el conocimiento humano se compone únicamente de apariencias: los objetos se perciben dentro de esquemas de representación mental. Su explicación de la realidad se basa en los conceptos, innatos en cada uno de nosotros, de espacio y tiempo, a través de los cuales es posible experimentar los objetos externos. De esta manera, Kant restringe los objetos de conocimiento únicamente a los objetos de experiencia. Desde un punto de vista kantiano, los objetos de realidad virtual no aportan ninguna distorsión desde un punto de vista metafísico. Los objetos en sí nunca son conocidos, pero esto no constituye un problema para Kant: cada objeto del conocimiento humano, real o virtual no es más que una colección de representaciones experimentadas de manera estructurada, por lo que incluso la realidad virtual puede considerarse una forma de experiencia en todos los aspectos.

La dicotomía realidad-virtualidad, desde distintos enfoques, ha venido siendo objeto de estudio de numerosos filósofos. Basta recordar la propuesta de las «ontologías regionales» de Husserl³⁴, o la de

³³ DESCARTES, René, *Discurso del método y Meditaciones metafísicas*, trad. de Manuel GARCÍA MORENTE, edic. de Olga FERNÁNDEZ PRAT, Madrid, Tecnos, 2002. A diferencia del dualismo cartesiano, HOBBS mantiene un materialismo, frente al dualismo de BERKELEY, para quien la apariencia es la realidad.

³⁴ HUSSERL distingue cuatro tipos de objetos, a modo de ayuda para situar la ontología del mundo virtual. El mundo virtual se situaría como un objeto cultural, creado por el ser humano, existe en la experiencia, y no es a-valorativo. Cada socie-

otros filósofos como Zubiri, Popper, Frege, Searle y Brey, que han sustentado sus respectivas propuestas³⁵. Ortega y Gasset fue uno de los primeros filósofos en analizar la importancia que la técnica tiene en la evolución humana y advirtió que «Sin la técnica, el hombre no existiría ni habría existido nunca; así, ni más ni menos»³⁶. Fue un defensor del valor de lo virtual, y señalaba que «El más frecuente error de perspectiva consiste en proyectar todo sobre el plano de lo real. Ahora bien, una de las dimensiones del mundo es la virtualidad, e importa sobremanera que aprendamos a andar por él»³⁷. Los sentidos y la intuición sensible, sin el soporte que proporcionan los conceptos, resultaría insuficiente para poder moverse en el ambiente circundante. Los conceptos son órganos (virtuales) de los que se dispone (gracias al uso elaborado del lenguaje) el ser humano para poder orientarse en el mundo. La acción de ver no es sólo un ver a través de los órganos del sentido (los ojos) sino un ver acompañado del conocimiento formal de los objetos que nosotros poseemos gracias a los conceptos. El concepto retiene únicamente el esquema de la cosa. El concepto –señala Ortega– expresa el lugar ideal el vacío ideal que corresponde a cada cosa dentro del sistema de la realidad. Si bien los mundos virtuales proporcionan esa posibilidad de «escapar» de la realidad cotidiana, tal necesidad del ser humano de alejarse ciertos intervalos de su realidad ya fue explicado por Ortega al referirse al «ensimismamiento», una capacidad que tienen sólo los seres humanos, y que permite al hombre liberarse transitoriamente de las ocupaciones

dad produce una propia definición de la realidad. Gracias a la difusión del método fenomenológico, la realidad puede tener diversos modos de presentarse

³⁵ Un tratamiento específico del asunto de la realidad virtual a través de la noción de «irrealidad» se encuentra en la filosofía de Xavier ZUBIRI, quien no sólo lo fue considerando de diversas maneras a lo largo de sus obras, sino que le dedicó uno de sus famosos cursos, el de 1967, con el título «El hombre: lo real y lo irreal» (ZUBIRI, Xavier, *El hombre: lo real y lo irreal*, Madrid, Alianza/Fundación ZUBIRI, 2005. En oposición a la posición materialista que niega la existencia de estados mentales, Karl POPPER, en una conferencia que impartió en 1967, introdujo su concepción de los tres mundos (POPPER, Karl R., «Los Mundos 1, 2 y 3», en POPPER, K. R. y ECCLES, J., *El Yo y su Cerebro*, Barcelona, Labor, 1993). A su vez, Gottlob FREGE distingue tres «reinos» o niveles de existencia (FREGE, Gottlob, «El pensamiento. Una investigación lógica», *Escritos Lógico-semánticos*, Buenos Aires, Tecnos, 1974).

El debate sobre si vivimos en tres mundos –como sostienen POPPER y FREGE– o en dos mundos –como defendió DESCARTES y la tradición dualista– o en un solo mundo como propone SEARLE (SEARLE, John., R., *The construction of social reality*, New York Free Press, 1995. Cito por la traducción castellana de Antoni DOMÉNECH, *La construcción de la realidad social*, Barcelona, Paidós, 1997)– nos abren la complejidad del realismo filosófico y científico. Vid. LUCENA CID, Isabel, «La constitución ontológica de la realidad virtual», cit., pp. 135-62. <https://doi.org/10.14198/DOXA2023.47.6>.

³⁶ ORTEGA Y GASSET, José, *Meditación de la técnica*, Madrid, Alianza, 1982, p. 13.

³⁷ ORTEGA Y GASSET, José, «Para la cultura del amor», *Obras Completas*, Madrid, Revista de Occidente, II, 1971, p. 142

técnicas³⁸. Los estudios sobre lo real y otros conceptos cercanos (ideas, virtualidad, simulación) que numerosos filósofos han venido cultivando a lo largo del tiempo, nos ofrecen una fundamentación imprescindible para introducirnos ahora en el enfoque epistemológico de los mundos virtuales.

3. UN ENFOQUE EPISTEMOLÓGICO: ENTRE LO REAL, LO VIRTUAL Y LO SIMULADO. LA PROBLEMÁTICA DE LA TRANSCRIPCIÓN DEL CONOCIMIENTO EN MODELOS COMPUTACIONALES

Sobre si lo virtual es real o irreal hay distintos pareceres que quedan reflejados en distintos enfoques epistemológicos. Así, para los positivistas, nuestra relación con el mundo es factual, el mundo existe y nosotros lo percibimos. «El positivismo declara que la mente humana es una copia de la realidad y el espacio con sus propiedades existe en sí mismo. El “espacio real” es transferido a la mente humana a través de diferentes técnicas». En este sentido, la realidad virtual es concebida como una técnica. En cambio, los dualistas conciben el mundo virtual como una realidad paralela al espacio físico³⁹. Basta recordar la teoría de Descartes, quien dividió la realidad en dos, la *res cogitans* (mundo mental) y la *res extensa* (mundo material o extenso). Retomando esta división, algunos autores –como Wertheim– consideran el ciberespacio como «un tipo de *res cogitans* electrónico»⁴⁰. En tercer lugar, para la posición de la fenomenología, se conceptualiza al espacio desde la experiencia. Autores como Husserl, subrayan la relación intrínseca entre objeto y sujeto en la constitución del espacio, de manera que, cuando construimos ciberespacios, nunca desarrollamos mundos paralelos con sus propias ontologías sino representaciones de nuestra experiencia. A partir de las premisas de estos tres enfoques, conviene poner de relieve algunas aportaciones relevantes para comprender estas posturas epistemológicas.

Lo virtual no es un puro *nihilum*, no es una pura nada, como tampoco lo es lo irreal. ¿Hay que hablar de lo virtual como lo irreal o, por

³⁸ ORTEGA Y GASSET, José, «Ensimismamiento y alteración», *Obras completas. Tomo V (1932/1940)*, Madrid, Fundación José ORTEGA Y GASSET/ Taurus, 2006, pp. 529-550.

³⁹ Ambos mundos pueden ser divididos en lo que Searle llamó «hechos en bruto» y «hechos sociales». SEARLE, John R., *The Construction of Social Reality*, Nueva York, The Free Press, 1995. Tanto Durkheim como Searle nos ofrecen una «respuesta ontológica» a la pregunta ¿qué es la realidad? Una realidad que posee, básicamente, tres características: es una y única para todos; se encuentra por fuera de nuestra conciencia; y es independiente de los enunciados que se utilizan para referirse a ella.

⁴⁰ WERTHEIM, Margaret, *The pearly gates of cyberspace. From Dante to Internet*, United States of America, W. E Norton & Company, 1999.

el contrario, puede aceptarse el término «realidad virtual»? El tránsito de mundo virtual o «contexto virtual» a «realidad virtual», constituye una propuesta que supera planteamientos anteriores que ofrecían distintas teorías sobre el conocimiento de la realidad. Estos interrogantes pueden refundarse en la dialéctica entre la hipótesis de la realidad y la hipótesis de la simulación que, respectivamente, cuentan con defensores y detractores.

Comenzando por la hipótesis de la realidad, el filósofo francés Baudrillard, acuñó el término «hiperrealidad» en 1981, y la describió como un estado en el que la realidad y las simulaciones estaban tan perfectamente integradas que eran indistinguibles. Sus teorías de simulación e hiperrealidad parecen estar hechas para la realidad virtual, apuntando a una metafísica donde la realidad contemporánea es rehén de una simulación de realidad virtual cada vez más rampante. Desde una posición claramente crítica hacia la tecnología y la realidad virtual, subraya las consecuencias negativas de esta clonación y duplicación de la realidad. Según el sociólogo, la simulación virtual produce, paradójicamente, no una desrealización sino más bien un «exceso de realidad» y de información, una «transparencia ineludible», convirtiéndose en la causa del fin de la ilusión, de la imaginación. Desde su punto de vista, las simulaciones acaban con nuestra capacidad de distinguir la apariencia de la realidad al reducirlo todo a una hiperrealidad sin fondo⁴¹. Aunque a muchos les parezca una idea aterradora, Baudrillard sostenía que lo importante era dónde los individuos tendrían más significado y valor, y especulaba que esto ocurriría en el mundo simulado. Uno de los textos más completos en la descripción de los «nuevos mundos» generados por la simulación por ordenador es *Realidad virtual*, de H. Rheingold, de 1991, que analiza con precisión las aplicaciones de la nueva tecnología a los más variados ámbitos (por ejemplo, diagnóstico médico, diseño arquitectónico, uso militar), centrándose sobre todo en su poder transformador de la sociedad. Las interacciones que se producen en el contexto virtual permiten vivir un nuevo espacio cognitivo como una extensión del espacio sensible.

Pero ha sido la obra del filósofo australiano Chalmers, *Reality+: Virtual Worlds and the Problems of Philosophy* («Realidad+. Los mundos virtuales y los problemas de la filosofía»)⁴², la que ha dado un renovado interés al objetivo de demostrar que nuestras experiencias son en gran medida ciertas (incluso si soñamos, nos equivocamos, o tenemos alucinaciones). El propio autor sitúa sus reflexiones en el

⁴¹ BAUDRILLARD, Jean, *Le crime parfait*, 1995. Por su parte, Jacques DERRIDA hace una crítica a la metafísica de la presencia aplicada a la realidad virtual, donde la ausencia de presencia puede caracterizarse mediante nuevas soluciones de alta tecnología.

⁴² CHALMERS, David, *Reality+: Virtual Worlds and the Problems of Philosophy*, New York, Norton and Company, 2022.

marco de la «tecnofilosofía», no una filosofía aplicada a la tecnología, sino una filosofía inspirada en la tecnología. Se cuestiona, entre otros aspectos, si la realidad existe de verdad, si es independiente de nuestras mentes, y si la realidad simulada es real⁴³. Sostiene Chalmers que es estadísticamente más plausible que nosotros seamos simulaciones de humanos y no humanos reales y verdaderos (la simulación, obviamente, estaría dotada de ancestros, parientes y amigos simulados). Es lo que denomina «Realidad plus o Más Realidad (Realidad+)». Según Chalmers, los actuales sistemas de acceso a la realidad virtual y a la realidad aumentada (smartphones, ordenadores, visores VR) serían el escenario primitivo de un próximo entorno virtual en el que las realidades virtuales serán indistinguibles de la realidad no virtual. La realidad virtual es una realidad «plena», es una realidad «auténtica», no es «ficción» ni «ilusión». Las entidades en las realidades virtuales «existen realmente» y son capaces de ofrecernos nuevas posibilidades, nuevos paisajes y una «buena» vida. La expansión de la «Realidad Virtual», accesible a partir de la inmersión en dispositivos informáticos, sería una dimensión contemporánea y circular, causa-efecto, de una mutación histórica del *homo sapiens* o, mejor, de su interfaz estructurante con el mundo. El digitalismo virtual sostiene que los objetos en la realidad virtual son objetos digitales, es decir, estructuras de información binaria. El digitalismo virtual es una versión del realismo virtual, afirma Chalmers. Las estructuras de *bit*, del cálculo infinitesimal y el ordenador son reales⁴⁴.

En cuanto a la hipótesis de la simulación⁴⁵, son varias las propuestas de experimentos mentales que han contribuido a que actualmente se puedan relacionar con los mundos virtuales con la finalidad de

⁴³ Establece cinco criterios para identificar la realidad y diferenciarla del «manifestarse» del mundo físico: existencia, poderes causales, independencia mental, no ilusoriedad y autenticidad (*ibidem*, p. 159). A su juicio, por consiguiente, los entes serían reales exclusivamente en función de una red, de una estructura de relaciones y no habría una unidad cualitativo-ontológico que los precediera, un originario al cual corresponder, como en el idealismo platónico.

CHALMERS, David J., *op. cit.*, p. 151; también, sobre las aplicaciones de la realidad virtual a la investigación sobre los universos paralelos, *vid.* DEUSCHT, David, *La estructura de la realidad*, Barcelona, Anagrama, 2006.

⁴⁴ CHALMERS, David J., *ibidem*. Aplicando el sentido común, lo real se opone a lo virtual. Sin embargo, si se analiza más detalladamente, puede llegar a mostrarse que más que contraponerse a lo real, constituye una parte esencial de tal real en cuanto que es imprescindible para que la realidad pueda existir. Las hipótesis científicas y las hipótesis filosóficas tienen sus respectivos rasgos. Es conocida la defensa de POPPER sobre el hecho de que el signo distintivo de una hipótesis científica es que sea falsificable, de manera que se demostrará que es falsa usando pruebas científicas. Sin embargo, a juicio de CHALMERS, la hipótesis de la simulación es en parte científica y en parte filosófica.

⁴⁵ En 2003, Nick NOSTROM publicó su artículo «¿Estás viviendo en una simulación por computadora?» («Are you living in a computer simulation?») en la que introduce esta expresión de la «hipótesis de la simulación», a modo de que «vivimos en una simulación computarizada».

comprender tales como la «máquina de la experiencia» de Nozick, o la del «cerebro en una cubeta» de Putnam. La «Máquina de la experiencia»⁴⁶ presenta una máquina que permite sentir experiencias placenteras, lo que hoy llamaríamos una simulación en realidad virtual, pero a nivel mental. Tal y como lo describe, se trataría de una cámara de cavitación donde reposa un sujeto aislado, flotando, y conectado a unos electrodos que le proporcionan las experiencias que desee tener, a demanda. Los ejemplos que Nozick aporta no son de orden carnal, sino espiritual: «neurólogos fabulosos podrían estimular nuestro cerebro de tal modo que pensáramos y sintiéramos que estábamos escribiendo una gran novela, haciendo amigos o leyendo un libro interesante». Incluso baraja la posibilidad de quedarse conectado allí durante un largo período de tiempo, con una biblioteca de experiencias programadas, de manera que el sujeto no podría advertir que está teniendo una experiencia simulada que parece real, y que es indudablemente mejor que la real. Según el hedonismo, sería inevitable entrar en ella y querer permanecer en la misma. La pregunta de Nozick es determinante: si pudiéramos elegir tal cosa, ¿entraríamos en esa máquina? Según Nozick, si la vida en un simulador permitiera al individuo la posibilidad de vivir cualquier experiencia en el mismo grado de aquella real, ninguno elegiría vivirla, sabiendo que se trata de una vida simulada⁴⁷.

Tal tesis resulta confirmada en un estudio de 2014, en el que se preguntó a los participantes si aceptarían vivir el resto de sus vidas conectados a una máquina en una simulación que les permitiría cumplir todos sus deseos. La negativa de la gran mayoría de las personas implicadas demostró que, en general, el ser humano da más valor a la relación efectiva con la realidad que a las sensaciones de «tener experiencias»⁴⁸. Sin embargo, previamente, en 1994, Adam Kolber había avanzado la intuición de que el experimento mental de Nozick podría resultar engañoso a causa del llamado «prejuicio del *status quo*»— un fenómeno ahora consolidado en psicología, según el cual las personas tienden irracionalmente a preferir dejar las cosas como

⁴⁶ NOZICK presenta esta idea de la máquina de experiencia en relación con el problema del trato (o maltrato) que reciben los animales por parte de los humanos, y la cuestión de si debería haber restricciones sobre este trato en virtud de las experiencias de los animales, es decir, en qué sentido podemos decir que los animales tienen experiencias. NOZICK, Robert, [1988] *Anarquía, Estado y utopía*, trad. de Rolando Tamayo, México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 53-56.

⁴⁷ Las razones de negarse a vivir en tal simulador serían porque «queremos hacer ciertas cosas, no sólo tener la experiencia de hacerlas»; porque hay una diferencia radical entre tener experiencias y ser una persona; porque entrar en esa máquina, desde fuera, parece una limitación, dado que las experiencias que recibiremos han sido fabricadas y no nos proporcionan un contacto efectivo con la realidad o con lo que creemos que es una realidad más profunda (eso que subyace a las experiencias).

⁴⁸ WEIJERSE, Dan, «Nozick's experience machine is dead, long life the experience machine!», *Philosophical Psychology*, vol. 27, núm. 4, 2014, pp. 513 ss.

están—⁴⁹. Es decir, que las razones que esgrime Nozick para mostrar la negativa a seguir en el simulador son válidas sólo antes de entrar en la máquina, porque una vez dentro, la sensación de estar en contacto con la realidad sería plena.

El experimento mental que presenta Hilary Putnam, conocido como «cerebro en la cubeta»⁵⁰, representa precisamente la creación de una unidad completa de experiencias, un sistema único de realidad. El propósito, desde la teoría del conocimiento, es plantear el problema del escepticismo con respecto al mundo externo (¿Cómo puede usted saber que no se encuentra en tal situación?). A la vez, nos permite suscitar cuestiones en torno a la relación mente-mundo (el científico que nos tiene apresados en esa cubeta y nos envía experiencias que no son reales, sino virtuales)⁵¹. Imaginemos que un ser humano ha sido sometido a una operación por un diabólico científico. El cerebro de esa persona ha sido extraído del cuerpo y colocado en una cubeta de nutrientes que lo mantienen vivo. Las terminaciones nerviosas han sido conectadas con una computadora que provoca en esa persona la ilusión de que todo es normal. Parece ver a otras personas, objetos, paisajes, pero todo lo que experimenta esa persona es resultado de impulsos electrónicos hasta sus terminaciones nerviosas. Si intentara alzar su mano, la computadora provocará que «vea» y «sienta» que

⁴⁹ KOLBER, A., «Mental Statism and the Experience Machine», *Bard J. of Social Science - San Diego Legal Studies Paper*, vol. 3, 1994-1995, pp. 10 ss.

Esta idea fue retomada más tarde por Brigard en 2010, en un ensayo a partir de una investigación que dirigió, en la cual avanzaba la idea de la «máquina de experiencia inversa» (Si te gusta, ¿importa que sea real?). Describiendo su experimento mental, Brigard pidió a los participantes del estudio que se imaginaran que descubrían que habían estado conectados hasta ese momento a una máquina de experiencias. En este punto se les ofrece la posibilidad de salir del mundo virtual al que están acostumbrados, sabiendo que la realidad será mucho menos agradable. Ante este escenario, sólo 13% de los participantes declararon que abandonarían el mundo virtual. El estudio de De Brigard viene a indicar que los rechazos de la oferta original de la máquina de la experiencia de Nozick están determinados, en gran medida, por el prejuicio del *statu quo* más que por nuestra valoración de la realidad. De hecho, la mayoría de las personas afirman que prefieren la realidad cuando creen que están en el mundo real, pero parecen preferir la simulación cuando se imaginan a sí mismos que están en el mundo virtual. Cfr. BRIGARD, F. de., *If you like it, does it matter if it is real?*, in *Philosophical Psychology*, 23(1), 2010, pp. 43 ss.

⁵⁰ PUTNAM, Hilary, «Brains in a Vat», pp. 1-21, <https://philosophy.as.uky.edu/sites/default/files/Brains%20in%20a%20Vat%20-%20Hilary%20Putnam.pdf>

También, sobre cuál es la relación entre conocer y tener una creencia verdadera, y cuál es la relación entre ver y conocer, *vid.* DANCY, Jonathan, *Introducción a la epistemología contemporánea*, trad. de Josep Lluís PRADES CELMA, Madrid, Tecnos, 2007.

⁵¹ En otras palabras, en la hipótesis del cerebro en una cubeta solo hay una realidad, la creada por la computadora, en cambio, en «la realidad virtual [lo que tenemos] es una ilusión perceptiva que adquiere el estatuto de una pseudorrealidad, en el seno de una realidad que queda eclipsada por aquella.» Es decir, aquí no se trata tan solo de la distinción mente-cuerpo, sino también de «distinguir lo biológico y lo tecnológico, lo natural y lo artificial, lo humano y lo mecánico, [que] cada vez resulta más complicado». GUBERN, Román, *Del bisonte a la realidad virtual: la escena y el laberinto*, Barcelona, Anagrama, 1996, p. 180

está moviéndola. Asimismo, el científico puede provocar que la persona «experimente» cualquier situación que él desee o incluso puede borrar la memoria y hacer creer a la víctima que siempre ha estado en ese entorno. En este caso, el sujeto de las experiencias no ha entrado voluntariamente en el juego. Si descubre que está allí, en la máquina, o en la cubeta, querría salir porque nadie quiere llevar una existencia ficticia, una vida programada por otros. El problema radica en si el sujeto puede o no distinguir la diferencia entre estar dentro o fuera de la cubeta. Estos dos experimentos ya permiten poner de relieve ciertas perplejidades jurídicas que conlleva para la persona que participa en tales simulaciones, algunas de las cuales serán objeto de análisis seguidamente.

4. LA DESMATERIALIZACIÓN DE LA PERSONA. ¿UN NUEVO DERECHO PARA UN NUEVO SUJETO (VIRTUAL)?

La dimensión virtual y el constructo de un mundo i-real conlleva que se ponga en juego la dimensión más propiamente humana, su mente, y que surja el interrogante de si la virtualidad de los metaversos puede sustituir por completo a la dimensión física de la persona sin dañar su dignidad⁵². Corporeidad e identidad humana son algunos de los constructos que ayudan a conformar la persona y, con ella, su dignidad, y que se ven afectados por la virtualidad.

La ausencia de corporeidad de la persona en los metaversos ya pone de manifiesto la falta de un componente de la personalidad que no es baladí⁵³. Chalmers ya advertía que, en los mundos virtuales se tiene la ilusión de la propiedad de un cuerpo, en este caso virtual (avatar) como si fuera su propio cuerpo. El cuerpo es el medio a través del cual la persona realiza sus acciones, a través del que lleva a cabo la percepción de lo que la rodea, es el medio para su identidad, e incluso, se podría decir, que es el lugar de su existencia. Este cuerpo virtual, ¿desempeña las mismas funciones, tiene los mismos derechos que el cuerpo físico?⁵⁴ La conversión de la identidad en un dato conlleva el peligro de perder, poco a poco, la personalidad. La elección de un avatar con unas carac-

⁵² GRIMALDI D'ESDRA, Sophie; HERNÁNDEZ RUIZ, Victoria; MOHEDANO MARTÍNEZ, José Miguel; RAMÓN REYERO, Eva, «Nexos entre tecnología y filosofía: el caso específico del ecosistema del metaverso: Categorización filosófica de términos tecnológicos desde la Suma Teológica de Santo Tomás», *Human Review: International Humanities Review / Revista Internacional de Humanidades*, Vol. 13, núm. 5, 2022 (Ejemplar dedicado a: *Monograph: «Trends and Approaches in Current Philosophy»*), pp. 1-13.

⁵³ ALBERT-MÁRQUEZ, Marta, «Justicia para el cuerpo. Sobre la corporeidad como instalación vectorial y como deber fundamental.», *Persona y Derecho*, núm. 91, 2024, pp. 85-108. <https://doi.org/10.15581/011.91.005>

⁵⁴ CHALMERS, David, *op.cit.*, pp. 279-280.

terísticas que escoge y diseña el propio usuario, transmite la falsa percepción de poder «autodeterminar la identidad en todos los aspectos».⁵⁵ La libertad humana resulta también invadida porque, aunque se transmite la falsa sensación de disfrutar de un mayor grado de libertad que los mundos virtuales que en el mundo real, sin embargo, queda mediaticizada en el espacio-tiempo diseñado por la plataforma por la que se navegue.⁵⁶ El grado de autonomía del avatar abre una nueva problemática que en ocasiones acaba incidiendo en la esfera de los derechos personalísimos, inherentes a la persona, y que no pueden transferirse –como la dignidad, la identidad y el honor–.⁵⁷ Persona es más que individuo, y es más que sujeto de derecho.

Las amenazas con respecto a la identidad humana se encuentran en los trabajos varios especialistas, como el profesor J. Ballesteros cuando advierte sobre diversas corrientes⁵⁸ o cuando la profesora M. Albert denuncia que «la actual crisis del sentido del Derecho en las sociedades occidentales se deba (entre otros muchos factores, obviamente) al olvido o la banalización de lo que significa vivir en un

⁵⁵ Como ha señalado CORTINA, se potencia en el ser humano que el deseo se convierta en ley: no acepto ser lo que realmente soy, sino que soy lo que quiero ser. Recuerda que el profesor de Oxford, Nick BOSTROM, fundador del Instituto para el Futuro de la Humanidad, ha identificado como objetivos del transhumanismo «eliminar los aspectos no deseados y no necesarios de la especie humana: el sufrimiento, la enfermedad, el envejecimiento e, incluso, la condición mortal». CORTINA, Albert, *Transhumanismo. La ideología que desafía a la fe cristiana*, dBolsillo, 2022.

⁵⁶ La singular posición jurídica del metaverso ha sido destacada por varios autores, como Moisés BARRIO. Los metaversos concentran poderes cuasinormativos, ejecutivos y judiciales, lo cual otorga a las corporaciones que los gestionan y explotan comercialmente una posición particularmente autoritaria, concentrando un poder notable en sus manos. Han creado un orden parajurídico autónomo que reconoce derechos, identifica prohibiciones y regula la responsabilidad de los usuarios. BARRIO ANDRÉS, Moisés, «El Metaverso y su impacto en el Estado y la soberanía», *Revista de Derecho Político*, vol. 117, 2023, pp. 197-220. <https://doi.org/10.5944/rdp.117.2023.37925>. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/37925>

⁵⁷ Sobre los distintos grados de autonomía del avatar y su consiguiente grado de responsabilidad, *vid.* TUSET VARELA, Damián, «Metaverso: la nueva frontera de derechos y responsabilidades», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 64, 2024, p. 10; también, PARUZZO, Francesca, *I sovrani della rete. Piattaforme digitali e limiti costituzionali al potere privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022; DI MAJO, Luca, PARUZZO, Francesca, «Nuovi aspetti del potere nel Metaverso» en *Processi politici e nuove tecnologie* (a cura di Marina CALAMO SPECCHI) Torino, G. Giappichelli editore, 2024, pp. 200-2015.

⁵⁸ Entre esas corrientes, cita el transhumanismo de Silicon Valley que culmina en la idea de singularidad de KURZWEIL con la propuesta de una progresiva «desencarnación», el posthumanismo de DELEUZE-GUATTARI que propugna la «desorganización» del cuerpo, es decir, el individualismo y la hibridación con la «carne del mundo», entre otras. Principalmente, *vid.* BALLESTEROS LLOMPART, Jesús, «Amenazas actuales a la identidad personal», *Persona y Derecho*. Homenaje al Profesor F. VIOLA, núm. 91, 2, 2024, p. 20. Sobre los derechos civiles de autonomía privada, *vid.* FERRAJOLI, Luigi, *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, p. 205.

cuerpo», señalando que esta especie de «huida del cuerpo» que se propugna pone en crisis aspectos que son esenciales para la propia construcción del Derecho, como es la alteridad y la otredad⁵⁹. La experiencia de la corporeidad se manifiesta en diversos aspectos, tales como la relación que establecemos con nuestro propio cuerpo o la finitud del cuerpo. Ambos aspectos, en los metaversos, experimentan un cambio. El primero, en cuanto que se procede a configurar un avatar que supla todo aquello que no nos guste de nuestra corporeidad (edad, sexo, etnia), y acaba influyendo en la psique, principalmente de sujetos vulnerables mentalmente, de manera que terminen por encontrar una armonía mayor cuerpo-psyque en el mundo virtual que en la realidad. Por otro lado, que el avatar pueda pervivir en el mundo virtual más allá de la vida física, sería otra fuente de problemas. Nuestra imagen en el avatar no es la imagen en el espejo, sino aquella que elimina las imperfecciones, inseguridades y carencias propiamente humanos, para pasar a adoptar la forma –todo se reduce a la estética y a habilidades lejos del alcance humano –lo que elimina el sentido teleológico de la persona, banalizando la dignidad humana en cuanto tal. El ser humano corre el riesgo de ser mercantilizado, de pasar a convertirse en un mero consumidor de productos y mundos virtuales. El ser humano se acaba cosificando⁶⁰. El hecho de que la persona deje de lado «sus circunstancias» –en términos orteguianos–, hace que se ponga en paréntesis la realidad corpórea volcándose en esa especie de prometida Singularidad. La despersonalización que conlleva situarse detrás de un número o de un nombre inventado, ha fomentado que el sujeto pueda actuar liberado de los elementales límites jurídicos que consideran, forman solo parte del mundo real, bajo la capa de una pretendida impunidad –basta recordar que una de las primeras experiencias del metaverso se caracterizó por la violencia sexual grupal contra una investigadora, a través de su avatar, lo que favorece la comisión de delitos dada la falta de percepción del impacto real de cada delito virtual–⁶¹.

Las tres actividades básicas que Arendt describía como propias de la condición humana, labor, trabajo y acción, perderían buena parte de su sentido en el contexto virtual. Lo común a estas tres actividades es que se realizan con el cuerpo y en un ámbito perceptible a los sentidos de todas las personas. Tal vez, *Labor*, los procesos cíclicos para la vida biológica –alimentarse y cuidar su vida– sería la

⁵⁹ ALBERT MÁRQUEZ, Marta, *op.cit.*, pp. 85-108.

⁶⁰ «Los conceptos, las ideas, las imágenes –no las cosas– son los auténticos artículos con valor en la nueva economía». RIFKIN, Jeremy, *La era del acceso, la revolución de la nueva economía*, Barcelona, Ediciones Paidós Ibérica S. A., 2000, p. 16.

⁶¹ JIMÉNEZ DE LUIS, Ángel, «Denuncian un primer caso de acoso sexual virtual en el metaverso de Facebook» (18/12/2021), diario *El Mundo*.

<https://www.elmundo.es/tecnologia/2021/12/18/61bc93c121efa082788b4585.html>

que menos se resintiera; el trabajo proporciona un mundo de cosas «artificial», es lo que se fabrica como resultado del trabajo; la acción, que es la actividad política, quedaría reducida al desarrollar la vida virtual en el ámbito privado. A su vez, no habría originalidad en las acciones⁶².

La dignidad de la persona no puede verse menoscabada por formas de socialización que, en lugar de contribuir a hacer más libre al individuo, lo constriñen a recorrer sendas ya diseñadas y que solo en apariencia permiten la libre elección de cada uno de manera consciente y consecuente. Como ha apuntado Massini-Correas, el gobierno del derecho adquiere su sentido en cuanto que hace posible que los seres humanos sean dirigidos en cuanto agentes racionales dotados de dignidad y libertad.⁶³ Si en alguno de esos mundos virtuales la racionalidad se aminora, si la libertad se menoscaba y la dignidad queda en entredicho, la capacidad de imperar del Derecho resulta también minimizada. Como acertadamente han señalado los profesores Andronico y Casadei, resulta imprescindible interrogarse sobre el derecho y sus formas, dado que la *quantitas* deriva en *auctoritas* y –quizás– también en *veritas*. Señalan que lo digital no consiste sólo en un conjunto de instrumentos a disposición del ser humano sino una «forma de vida», una verdadera y propia «fractura antropológica» –aquí rememoran una expresión de Garapon y Lasségue– de la que «apenas estamos comenzando a sondear los efectos en nuestro modo de pensar el derecho y la sociedad»⁶⁴. Los efectos de la digitalización y la virtualidad en el Derecho impelen a llevar a cabo el análisis de algunos de estos nuevos retos, tales como la revisión de la propuesta del Derecho como una ficción y su proyección en la persona y los modos y maneras de desarrollo de la comunicación y la intersubjetividad en los mundos virtuales, centradas ambas cuestiones en la persona.

4.1. Si el Derecho es una ficción, ¿qué es la persona –en cuanto sujeto de derecho–?

En el Derecho suele hablarse de la ficción en dos sentidos, uno, para decir que la naturaleza misma del derecho es pura ficción; y, otros, para referirse a aquellas invenciones, presunciones u otras que, aunque no se verifiquen en la realidad, se las toma por verda-

⁶² ARENDT, Hannah, *La condición humana*, trad. de Ramón Gil Novales, Barcelona, Paidós, 2023.

⁶³ MASSINI-CORREAS, Carlos Ignacio, «El gobierno del derecho, el derecho natural y la ética de las virtudes», *Ars interpretandi*, 1, 2022, p. 81.

⁶⁴ ANDRONICO, Alberto; CASADEI, Thomas, «Introduzione» a *Ars Interpretandi*, 1, 2021, p. 7 (La traducción es nuestra). Los autores hacen referencia a la obra de GARAPON, Antonio y LASSÉGUE, Jean, *La giustizia digitale. Determinismo tecnologico e libertà*, Il Mulino, 2021.

deras, a fin de producir un determinado efecto jurídico ⁶⁵. Ahora bien, si se acepta que el Derecho es una ficción, ¿supone esto que está más cerca del mundo virtual que lo que inicialmente cabría presuponer?

Cárcova, en su obra *La opacidad del Derecho*, hace referencia a una paradoja como es la de que el Derecho, a partir de la modernidad, es en realidad un discurso relativamente indisponible para los súbditos. Los individuos, sometidos a una multitud de ordenamientos, no conocen las normas que lo rigen, o no perciben su lógica interna ni las consecuencias y alcances de muchos de los actos que realizan. Representan sus roles porque están mecánicamente entrenados para hacerlo, pero con escasa comprensión acerca del proceso jurídico que los constituye como sujetos⁶⁶. Cabe preguntarse si esta descripción sería trasladable a los mundos virtuales, en el que los usuarios desconocen o, en su caso, poco conocen, cómo funciona: Ya se preguntaba Cárcova –sin referirse al mundo virtual– si desempeñamos roles sociales sin percibir enteramente el sentido y los efectos jurídicos de los mismos.

Los mundos virtuales han traído aparejados nuevos riesgos para derechos como la privacidad⁶⁷, la propiedad, la identidad digital⁶⁸, y la

⁶⁵ Con respecto a la primera, la que versa sobre la naturaleza del derecho, basta recordar la construcción de Kelsen sobre la *Grundnorm* como una ficción, norma ficticia que presupone un acto de voluntad ficticio, por tanto, estamos en el plano del «deber ser» y no del «ser» del Derecho. Así pues, el Derecho puede ser considerado como una ficción fuerte y que trabaja con ficciones jurídicas –aunque sean ficciones débiles–. Con respecto a la segunda, las conocidas como «ficciones del derecho», consisten en construcciones mentales creadas para producir un determinado efecto jurídico, sin que resulte relevante si tales construcciones son o no falsas. El reconocimiento de personalidad jurídica a personas no naturales –aunque teorías institucionalistas o sociológicas defiendan elementos reales– es un ejemplo. Tales ficciones jurídicas, muchas de ellas con origen en el Derecho romano, cuentan con defensores y detractores. En una relación jurídica (objetos del derecho, sujetos, relaciones que se establecen) es el intelecto humano el que, con su intencionalidad y capacidad volitiva, ayuda a crear tales relaciones.

Esta teoría de la ficción ha sido recientemente divulgada a partir de Yuval Noah HARARI en su libro: *Sapiens. De animales a dioses: una breve historia de la humanidad*, Barcelona, Debate, 2013. Este autor no sólo afirma que todas las categorías legales son ficciones, sino también las de las religiones, las naciones y el dinero, en resumen, toda la realidad social es ficción. El *homo sapiens* gobierna el mundo porque es el único animal que puede creer en cosas que sólo existen en su imaginación. Esta especie de revolución cognitiva es la que ha permitido que apoyándonos en mitos compartidos, desde hace miles de años, los seres humanos y sus civilizaciones han podido cooperar, negociar y relacionarse.

⁶⁶ CÁRCOVA, Carlos, *La opacidad del derecho*, Buenos Aires, Astrea, 2019.

⁶⁷ VÉLIZ, Carissa, *Privacidad es poder: Datos, vigilancia y libertad en la era digital*, Barcelona, Debate, 2021.

⁶⁸ LLANO-ALONSO, Fernando Higinio, *op. cit.*, pp. 189-216.

https://idus.us.es/bitstream/handle/11441/137261/1/Singularidad%20tecnologica_Llano%20Alonso.pdf?sequence=1

libertad, entre otros⁶⁹. Los metaversos son un producto que tiene unas connotaciones que van más allá del ámbito empresarial. Su influencia en el comportamiento comunicacional del ser humano, los riesgos de desnaturalización de las relaciones humanas, hace que su proyección en la persona despierte inquietudes que no resultan inocuas para el Derecho⁷⁰. Los avances tecnológicos no deben socavar los derechos individuales; más bien, deben reforzar la aplicación de estos derechos para garantizar que las personas mantengan su autonomía y dignidad en todas las dimensiones de sus vidas, ya sean físicas o digitales. La hipótesis de la simulación no conlleva ninguna salvaguarda que evite que un conflicto jurídico del metaverso que no quede exportado definitivamente al mundo real, porque los agentes inteligentes que actúan en el metaverso siguen siendo agentes del mundo real, personas físicas y jurídicas de nuestro universo humano que «operan» por medio de agentes vicarios no imputables jurídicamente (robots, avatares)⁷¹.

La propia constitución del «sujeto cognoscente» se ha visto afectada en cuanto que, actualmente, y cada vez más, el conocimiento es el resultado de un proceso y realización que tiene lugar de manera

⁶⁹ La ya citada «Iniciativa de la UE sobre la web 4.0 y los mundos virtuales», ya señala al respecto que: «es probable que el desarrollo de mundos virtuales también plantee retos para los derechos fundamentales y para importantes objetivos de interés público general en una sociedad democrática, por ejemplo en lo que respecta a los derechos del niño, la protección de los datos personales y la intimidad, la desinformación, la ciberseguridad, la ciberdelincuencia, la ciberviolencia (de género), la discriminación, la exclusión y los discursos de odio, así como la protección y la seguridad de los consumidores». También, *vid.* PEÑA CUÉLLAR, Diana; VIDAL LASSO, Astrid; BURITICÁ SALAZAR, Alejandra, «El metaverso: un análisis desde la perspectiva de los derechos humanos», *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 16, núm. 33, 2024, pp. 202–218.

<https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.16-num.33-2024-4889>.

<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/marioalariodfilippo/article/view/4889>

⁷⁰ No incidiré en el riesgo de la mayor cesión de datos personales, en la pérdida de intimidad, ni tampoco en la debilidad que supone para la soberanía política. Traigo aquí a colación la categoría de «cripto-democracia», propuesta por el profesor Jesús Caldera Ynfante, en cuanto que los mundos virtuales, al utilizar las criptomonedas, dan lugar a una nueva relación económica sustentada en otros parámetros distintos a las democracias del mundo real.

⁷¹ RÍOS-LLAMAS, Carlos, «Habitar el metaverso mediante la continuidad del cuerpo/avatar en lugares virtuales», *Communication Papers*, 2022, vol. 11, núm. 23, pp. 136-151. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8728484>

DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico, «¿Puede el derecho afrontar la disrupción con reglas?: una reflexión acerca del papel de los principios en el sistema jurídico?», *Tribuna Abierta*, pp. 7-36. <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/handle/11531/54016>

En 2010, el profesor Stéfano RODOTÁ ya subrayaba que «la incesante innovación científica y tecnológica modifica el mundo que nos rodea y, con él, cambian los límites mismos de la vida». Se preguntaba sobre qué instrumentos existen para gobernar estos cambios, y sobre quién podrá gobernarlos y con qué límites. RODOTÁ, Stéfano, *La vida y las reglas. Entre el derecho y el no derecho*, trad. de Andrea Greppi, Madrid, Trotta, 2010.

colaborativa y en red que, a través de los mundos virtuales, han encontrado posibilidades nuevas. Ello lleva a involucrar aspectos personales e interpersonales del conocimiento, como, por ejemplo, cuando en los metaversos decidimos cómo representarnos a nosotros mismos utilizando avatares. Es otro tipo de representación que no es inocua en la afectación a otros sujetos cognoscentes, y al propio Derecho según las acciones que lleve a cabo. Ese sujeto cognoscente experimentará una percepción de la realidad que cambie según los filtros y variables existentes, desde el contexto cultural, la historia personal, la clase social, el género, la edad, las disposiciones heredadas, etc. La realidad cede a la simulación y al espectáculo. Se entra en una especie de experimentalismo casi sin límite y un exhibicionismo casi morboso, que no reconoce las fronteras entre lo real y lo ficticio, inducido por la simulación virtual. El mundo de la simulación virtual al que estamos asistiendo y participando ha traído la deslocalización y la desmaterialización de la propia experiencia y el desinterés por lo local y lo concreto⁷². Supone una reclusión en la subjetividad, en un sentido egocéntrico y en un individualismo acomodaticio, a modo de un «tecnohedonismo» –como señala Marina– que pone de manifiesto las promesas de delicias futuras que parecen ofrecer los metaversos⁷³. Se ha venido trabajando con algunos Informes sobre la persona en cuanto ciudadana de los mundos virtuales⁷⁴, pero no en cuanto a su significado ontológico y en qué medida se ve afectada por el contexto virtual.

4.2. Comunicación y vínculos sociales en los mundos virtuales

Para profanos en la materia, los mundos virtuales podrían considerarse la panacea de la comunicación, no solo por la comunicación que se establece con los demás usuarios sino por la posibilidad de

⁷² URSUA, Nicanor, «La(s) identidad(es) en el ciberespacio. Una reflexión sobre la construcción de las identidades en la red («on-line Identity»)», *Ontology studies: Cuadernos de ontología*, núm. 8, 2008, pp. 296.

⁷³ MARINA, José Antonio, «Hacia dónde camina el ser humano», *Doce filosofías para un nuevo mundo. ¿Hacia dónde camina el ser humano?*, Fundación Santander, colección Obra fundamental, 2023, p. 223.

⁷⁴ La Comisión acogió un panel europeo de ciudadanos sobre mundos virtuales entre febrero y abril de 2023 e invitó a 150 ciudadanos seleccionados aleatoriamente a formular recomendaciones sobre una visión, principios y acciones para velar por que los mundos virtuales en la UE sean justos y aptos para las personas. El «Informe del Panel europeo de ciudadanos sobre mundos virtuales», organizado como seguimiento de la Conferencia sobre el Futuro de Europa, refleja sus conclusiones.

Documento de trabajo de los servicios de la Comisión que acompaña al Documento Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones.

Iniciativa de la UE sobre la web 4.0 y los mundos virtuales: en la vanguardia hacia la próxima transición tecnológica COM(2023) 442 final. Estrasburgo, 11.7.2023 SWD(2023) 250 final https://citizens.ec.europa.eu/virtual-worlds-panel_es

transitar y trasladarse de un metaverso a otro. Pero ni tan siquiera esa comunicación entre mundos virtuales deja de ser una fuente de problemas y ello porque la libertad para salir de los confines de un mundo virtual para trasladarse a otro ámbito estará sujeta a unas reglas. Los proveedores, guiados por sus cálculos económicos—intentarán retener a los usuarios, lo que limitará la libertad de estos, bien sea mediante ventanas temporales, o en razón del contenido susceptible de poder trasladar como identidad, dinero virtual, reputación, amistades, etc.—⁷⁵.

Los mundos virtuales abren la posibilidad de establecer «marcos desde los que se reconstruyan o deconstruyan las nociones fundamentales de sujeto y discurso», o que acojan las plataformas «como manera de tejer lazos intersubjetivos»⁷⁶. La razón comunicativa está en tensión con una razón intercomunicativa. El sujeto de las coordenadas digitales, una especie de multisujeto, hace que mute la filosofía del sujeto hacia una filosofía del sujeto virtual, como si se desplegara incluso la razón práctica⁷⁷. Para la Filosofía del derecho esto viene a plantear un desafío epistemológico que reconstruya la noción de sujeto de derecho y de derechos fundamentales en clave de virtualidad, en tiempos de digitalización. Lo ciber, lo virtual, lo dúctil, afectan a la creación normativa y a la unilinealidad de tiempo y espacio.

El Derecho se ha afirmado siempre como fenómeno cultural y, actualmente, su foco de atención también se encuentra en la cultura virtual, digital e inmersa en la IA. Ese Derecho virtual es también expresión de la globalización actual, de nuevos sistemas que se caracterizan por la desterritorialización que las acompañan. El Derecho, desde siempre, se ha afirmado como fenómeno de la cultura, y actualmente, su práctica compleja exige hacer comprensión de la cultura, pero de la cultura virtual y digital. Un Derecho virtual se manifiesta en «realidades» expresadas en los multiversos que se crean en las cibersubjetividades y en las conquistas de los mundos

⁷⁵ BIFULCO, Raffaele, «Riverberi costituzionali del metaverso», *MediaLaws. Rivista di Diritto del Media*, 2024. <https://www.medialaws.eu/rivista/riverberi-costituzionali-del-metaverso/>

⁷⁶ BEDERRA ORTÍZ, Jairo, «Prólogo» a CARREÑO DUEÑAS, Delia, *Pensar el Derecho como Derecho virtual*, Universidad Católica de Colombia, Colección Jus Público, núm. 12, 2016, pp.7-8.

<https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/3cc77016-079d-4160-8741-3c1e12c055b4/content>

⁷⁷ «Los residuos del normativismo del derecho natural se pierden, pues, en el «trilema» de que los contenidos de la razón práctica, que hoy es ya insostenible en la forma que adoptó en el contexto de la filosofía del sujeto, no pueden fundamentarse ni en una teología de la historia, ni en la constitución natural del hombre, ni tampoco recurriendo a los haberes de tradiciones afortunadas y logradas si se los considera resultado contingente de la historia». HABERMAS, Jürgen, *Facticidad y validez*. Madrid, Trotta, 2010, p. 65.

compartidos en las redes, con los seguidores, en los *clics* que acercan y concentran las problemáticas de la propia vida y de la vida de los otros.

El Derecho virtual se configura como teoría o arquitectura que reclama la necesidad y la urgencia de estar en estado o condición de superación, de las diversas escuelas del derecho. Para algunos autores, ni la propuesta iusnaturalista ni la iuspositivista son aplicables ya que ambos marcos han quedado rezagados o resquebrajados⁷⁸. A mi juicio, tanto el iusnaturalismo como el positivismo no tiene porqué dejar de ser aplicables: los mundos virtuales no son estados de naturaleza sin un Derecho que los regule ni la persona humana pierde su valores y dignidad al interactuar en el mundo virtual. Lo que sí se requiere es una transformación es la dogmática jurídica, comenzando por la dogmática constitucional tradicional enmarañada en los postulados del Estado de Derecho⁷⁹, o por marcos jurídicos en un espacio público.

Con el avance de las variadas utilizaciones de las tecnologías digitales, cada vez se avanzará más hacia una migración desde la vida analógica y presencial física y territorialmente localizada hacia ambientes de presencialidad digital remota, sea síncrona o asíncrona. Se diseña una nueva convivencia humano-digital «híbrida, transitoria y fluida de cuerpos, tecnología y paisaje» generando un ecosistema, ni orgánico ni inorgánico, ni estático ni delimitable, sino informativo e inmaterial». Los interrogantes que se suscitan siguen estando presentes. ¿Es legítima la búsqueda de un *alter ego* que proyectar en los metaversos? ¿O se debería promover la extensión de la propia identidad real? La identidad del sujeto se convierte en un elemento que influye en la seguridad. Si ese yo puede ser otro, si se puede ser alguien distinto a quien se es en realidad, habría que dotarlo de un sistema de identidad que permita «confiar» en el otro, en otro también construido. En estos espacios, el sistema jurídico tradicional tendrá dificultades para responder a cuestiones tales como la descripción de un marco social ya no limitado solamente a los ciudadanos, sino extendido a los datos, códigos, inteligencias artificiales e, incluso, a avatares en cuanto representativos de la persona física⁸⁰.

⁷⁸ CARREÑO DUEÑAS, Delia, *op. cit.*, p. 44.

⁷⁹ «Quien examine el derecho de nuestro tiempo, seguro que no consigue descubrir en él los caracteres que constituían los postulados del Estado de derecho legislativo. La importancia de la transformación debe inducir a pensar en un auténtico cambio genético, más que en una desviación momentánea en espera y con la esperanza de una restauración». ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil*, trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2011, p. 33 y p. 38.

⁸⁰ GARCÍA MEXÍA, Pablo. «Los retos de ser persona en el mundo digital», *Revista de privacidad y derecho digital*, Vol. 4, núm. 16, 2019, pp. 25-30.

El profesor Bellver, entre los grandes desafíos existenciales para el ser humano en el tiempo presente, señala el digitalismo en cuanto que está sostenido sobre una base filosófica que niega la inteligibilidad de la realidad y la condición teleológica de la existencia humana proponiendo, en su lugar, la hegemonía del deseo individual. El capitalismo contemporáneo ha hecho de la satisfacción de ese deseo su razón de ser. Y lo hace desarrollando una tecnología potencialmente capaz de satisfacer un deseo sin límites. Ese desarrollo tecnológico se sustenta en el espíritu de abstracción⁸¹. Nuestro estar –aquí– en el mundo pasa a un estar –allí– en lo virtual. Las fronteras entre lo que somos aquí y ahora y lo que podemos ser allí y ahora se desdibujan. Nuestro ser en los metaversos pasa a convertirse en un ser hipotético, en un ser lo que queramos ser; el deseo potencial que marcaba la definición de libertad real que nos ofrecía Van Parijs, «libertad para ser y hacer cualquier cosa que pudiera querer ser y hacer»⁸², se consolida en los mundos virtuales⁸³.

La transcripción computacional a datos numéricos permite estudiar el mundo conforme a nuevos paradigmas gnoseológicos. La cuarta revolución tecnológica ha desencadenado una transformación en la manera en que «se concibe qué es un agente y qué tipo de entorno habitan estos nuevos agentes a través de una transformación radical de nuestra comprensión de la realidad y de nosotros mismos»⁸⁴.

En el contexto virtual, el principio de «centralidad humana» adquiere una relevancia aún mayor que en otros usos o aplicaciones de sistemas de IA. Los metaversos son consecuencia de los miedos contemporáneos que atañen a una pérdida de lo humano en un mundo de consumo y globalización. El mundo de las cosas tangibles, de la materia, no puede quedar reducido a desembocar en la «liquidez» de algunos de los metaversos. Esas informaciones (no-cosas) pueblan la realidad vir-

⁸¹ BELLVER CAPELLA, Vicente, «Transhumanismo, discurso transgénero y digitalismo: exigencias de justicia o efectos del espíritu de abstracción», *Persona y Derecho*, vol. 84, 2021, pp. 17-53.

⁸² «Se es realmente libre, en oposición precisamente a formalmente libre, en la medida en que se poseen los medios, no sólo el derecho, para hacer cualquier cosa que uno pudiera querer hacer». VAN PARIJS, Philippe; VANDERBORGHT, Yannick, *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, Barcelona, Paidós, 2006.

⁸³ Así, consumidores menores de edad y otros consumidores vulnerables son grupos de riesgo que la UE ha destacado como grupos que requieren especial tutela, puesto que están especialmente expuestos a las actuaciones de delincuentes que, amparados en el anonimato que ofrece el avatar del metaverso, puedan dirigir con impunidad actuaciones y comentarios ilícitos o malintencionados a tales grupos.

⁸⁴ BENANTI, Paolo, *La era digital. Teoría del cambio de época: persona, familia y sociedad*, trad. de María Soledad Aguilar Domingo, Madrid, Encuentro, 2024, p. 73. Advierte BENANTI que se cuestiona el libre albedrío, la dignidad de la persona –en cuanto expresión de valor éticamente relevante y de la singularidad humana–. Etcistas utilitaristas –como P. SINGER o filósofos del Derecho como N. HOERSTER– cuestionan el concepto de dignidad humana en el diálogo bioético actual, cuando afirman que no es más que una fórmula vacía que puede llenarse con cualquier contenido filosófico o religioso (*op. cit.*, p. 100).

tual⁸⁵. Las narraciones sólidas y bien argumentadas han sido sustituidas por hiperinformación, rápida, que apenas deja huella en nuestras mentes, no permite pensar, razonar, reflexionar; se trata de «vivir la experiencia» pero lo paradójico es que ese mensaje es lo contrario de lo que se ofrece: no se «vive» realmente nada; la autonomía de la persona se reduce en cuanto que la predicibilidad de acciones y decisiones que vienen prefiguradas en algunos programas de realidad virtual: crean una falsa sensación de libertad y en cambio, en los algoritmos predictivos, se hace descansar parte de la actividad decisional; fomenta la pérdida de referentes en la realidad; pone de relieve la escasez de vínculos relacionales con los otros, la «otredad» no se valora, los vínculos con los demás son cada vez más breves y menos permanentes en el tiempo: «en la actualidad no queremos atarnos a las cosas ni a las personas. Los vínculos son inoportunos. Restan posibilidades a la experiencia, es decir, a la libertad en el sentido consumista».

5. CONCLUSIONES

Conocimiento, Derecho y persona en los mundos virtuales resultan especialmente afectados por la digitalización, lo que ha conllevado una revisión de sus presupuestos para poder identificar qué mutaciones o adaptaciones son aconsejables para que sigan operando.

Con relación al conocimiento, afrontar la evolución de la epistemología convencional a una epistemología virtual supone un gran reto. Los análisis acerca de las variaciones y complejidades que se han producido con respecto al «conocimiento científico», tales como verificacionismo *vs.* refutacionismo, problemas de validez u otros, no parecen apreciarse en el campo de conocimiento en el que sigue con plena vigencia el modelo establecido del conocimiento, reconocido desde Platón, definido como «la creencia u opinión verdadera justificada»⁸⁶.

Con respecto al Derecho (virtual), no hay que confundir las ficciones del Derecho, precisamente para conseguir efectos reales, ciertos y verdaderos, con considerar todo el Derecho como una ficción. El Derecho es realista respecto de la propia persona y la persona de los demás. La justicia y la caridad, por ejemplo, son realistas. Es la injusticia y el egoísmo los que consideran que los demás no son reales, invisibilizan a los demás. Los metaversos no son un «no-lugar» sino un lugar –de tipo tecnológico– en el que han surgido desafíos que han

⁸⁵ Como apunta HAN, ya no habitamos la tierra y el cielo, sino *Google Earth* y la nube. El mundo se torna cada vez más intangible, nublado y espectral. Nada es sólido y tangible (*op. cit.*).

⁸⁶ PLATÓN, «Teeteto», en *Diálogos. Obras Completas*, Vol. V, Biblioteca Clásica de Gredos, Madrid, 1988.

de ser contemplados no solo desde la ciencia, sino fundamentalmente desde una perspectiva ontológica, antropológica, epistemológica y ética. Uno de los retos es evitar que los mundos virtuales se conviertan en una distopía digital. La presentación de la tecnología como moralmente neutral lleva a interrogarse sobre cómo se pueda garantizar que se utilice para el bien y no para el mal. Es fundamental entender los metaversos como un «medio para» y no como un «fin en sí mismo». Los metaversos como artefactos, fruto de la *tekné* del ser humano, pueden generar oportunidades en diversos ámbitos.

Las externalidades que se producen de los mundos virtuales al real representan un desafío jurídico. No existe una regulación específica para cada tecnología, y el Derecho debe aplicarse tanto al entorno físico como al virtual. Puesto que los mundos virtuales presentan unas problemáticas específicas (delitos, sexuales, controversia por marcas, litigios por propiedad intelectual, derechos de propiedad, fiscalidad de contratos y de negocios, derechos de la personalidad e identidad digital)–, con la adaptación que se requiera, hay que seguir operando por ahora. En el ámbito virtual, la libertad, la igualdad y la dignidad deben ser protegidas con la misma efectividad que en el mundo analógico. Por ello, esa exigencia de que el Derecho se adapte al contexto virtual debe tomar en consideración algunos presupuestos:

- Deberá ser un derecho dúctil, dinámico, que se despliegue en forma de red, y que sea capaz de actuar en diversas direcciones. Sería un Derecho más horizontal que jerárquico, lo que contribuiría a dotarlo de mayor flexibilidad.

- La hermenéutica hará posible una interpretación contextual de las normas y principios jurídicos adaptados a los mundos virtuales. Las categorías tradicionales del derecho deberán revisarse (concepto e identidad de persona) como también algunos ámbitos del Derecho, tales como el *ius puniendi*, en cuanto la virtualidad afecta a la penalidad del Estado. Los delitos no son nuevos, pero sí la forma en que se producen –rebasando categorías espaciales, a través de un avatar en ocasiones, u otras).

- La adaptación a la virtualidad implica la aparición de nuevos derechos emergentes (cibervida, identidad digital, ciberlibertad) para dar respuesta a ciberdelitos y lograr una ciberseguridad.

Por último, la «existencia metaversal» exige de la filosofía jurídica una reflexión específica con respecto a la persona. Siguiendo la línea de P. Benanti, no se puede aún aceptar una existencia digital porque estamos hecho para vivir experiencias corporales, no para vivir como copias. Basta recordar la referencia platónica en la *República*, con respecto a que la felicidad del ser humano se alcanza no cuando se contempla la sombra proyectada en la caverna, sino cuando sale de la caverna y ve la realidad. Hay un riesgo de que los metaversos sean una gran proyección de la realidad sobre el fondo de la caverna, y que acaben afectando a la identidad personal y a la creación de la memoria colectiva.

va. Con respecto a la desmaterialización de la persona, debe recordarse que la persona consta de alma y cuerpo. Los espíritus no necesitan Derecho, pero el mundo físico, corpóreo sí requieren una normatividad.

Si bien las posibilidades de desdoblarse o multiplicarse en otros «yo» son muchas, tantas como multiversos, ello no significa que deba identificarse con un sujeto en crisis o que la persona esté avocada a un diluirse en la multiplicidad virtual, ni perderse en las diversas rutas espacio-temporales, alejándose del sujeto cartesiano o del sujeto kantiano. La confianza en el dominio del ser humano sobre la tecnología y sus propias creaciones sigue intacta.

Se debe desterrar la falsa idea de los «no» derechos de los mundos virtuales. Los metaversos representan una amenaza a los valores de la autonomía personal, de la dignidad humana, de la elección, del consenso y de la autodeterminación, valores que están muy relacionados con la privacidad y la intimidad de las personas y que son nucleares para el funcionamiento de una sociedad democrática. Esa co-presencia (de la persona y de su avatar) se percibe en el binomio espacio/tiempo y se asocia a prácticas de comunicación síncrona donde se comparte el aquí y ahora.

Dado que estos mundos virtuales complican la aplicación del Derecho, cuya pretensión es la normalización de los sujetos, buscando consensos, a la pregunta de qué si muda el sujeto, ¿necesariamente debe mudar el orden legal? Habría que responder que tanto la construcción de la persona como sujeto de Derecho, así como del correspondiente orden legal actual es lo suficientemente sólida, apoyada en valores, normas y principios jurídicos, que lo único que se requiere es la comprensión de las mutaciones tecnológicas actuales, y la puesta en marcha de las consiguientes adaptaciones. Basta tomar como referencia el debate sobre los derechos emergentes, los neuroderechos o los derechos digitales, sobre los que también se ha articulado la posibilidad de crear nuevas categorías o bien, adaptar las actuales a las nuevas amenazas a los derechos humanos y reforzar las garantías de los bienes jurídicos protegidos.

En cualquier caso, el debate sobre la necesidad de configurar un nuevo Derecho o de reconstruir la noción de sujeto de derecho en clave virtual, en tiempos de digitalización, de plataformas y de universos interconectados está abierto y la Filosofía del derecho tiene ante sí una tarea que abarca tanta la ontología, como la epistemología, la gnoseología y, claro está, la axiología.

La Unión Europea y el futuro de la Inteligencia Artificial

The European Union and the Future of AI

Por MIGLE LAUKYTE
Universidad Pompeu Fabra

RESUMEN

El presente escrito trata la relación entre el sector público y el sector privado a través del uso de la IA que se da en el sector público: utilizar la IA para los servicios esenciales y funciones fundamentales del Estado no es tanto una cuestión de factibilidad tecnológica, como una cuestión de valores que el sector público y el privado no comparten. Cómo esta diferencia de valores afecta el interés común de la sociedad, y cuáles son sus aspectos más problemáticos es el centro de este escrito que también brevemente intenta abordar el posible futuro de la IA y pregunta si hay maneras de gestionarlo.

Palabras clave: inteligencia artificial, sector público, sector privado, trasgresiones sectoriales, La Ley de la IA, derechos fundamentales.

ABSTRACT

This work addresses the relationship between public and private sectors through the use of AI by the former: to use the AI for the essential services and fundamental functions of the State is not a question of technological feasibility, but rather a question of values that public and private sectors do not share. How this difference in values affect the common interest of

society, what its most relevant aspects are is the focus of this article, which also presents a few ideas on the future of AI and asks whether it is possible to govern it.

Key words: artificial intelligence, public sector, private sector, sector transgressions, AI Act, fundamental rights.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. EJEMPLOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA). 2.1 *Videovigilancia inteligente en el metro a Londres*; 2.2 *Analítica de los datos de los tribunales*.—3. TRASGRESIONES SECTORIALES O EL AVANCE DE LA IA.—4. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA (UE) Y EL FUTURO: LA LEY DE LA IA.—5. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION. —2. EXAMPLES OF THE USE OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE (AI). 2.1 *SMART SURVEILLANCE IN METRO STATION OF LONDON*; 2.2 *DATA ANALYTIC OF COURTS*. —3. SECTORIAL TRANSGRESSIONS OR THE ADVANCEMENT OF THE AI. —4. THE ANSWER OF THE EUROPEAN UNION (EU) AND THE FUTURE: THE AI ACT. —5. CONCLUSIONS AND FINAL REMARKS.

1. INTRODUCCIÓN

El tema tan amplio —Unión Europea (UE) y la Inteligencia Artificial (IA)— obviamente queda tratado de manera muy limitada sea cual sea la extensión del escrito. Aún más limitado resulta el enfoque de su futuro, que es siempre incierto y cualquier previsión sobre el mismo al fin y al cabo se basa en (y acaba siendo) una especulación. En este contexto de limitaciones manifiestas, el presente escrito aborda algunos aspectos del tema sobre el futuro de IA en la UE para contribuir al (y fomentar el) debate entre los filósofos políticos y filósofos del Derecho en España y en los otros países de habla española.

También seguramente cualquier escrito sobre la IA está destinado a ser obsoleto: el avance tecnológico es tan rápido que cada día descubrimos nuevas aplicaciones, usos, logros, riesgos y problemas de la IA. Tratar cada uno de sus avances de manera puntual no es factible ni deseable. Por lo tanto, en este escrito se proporcionan algunas ideas que emergieron no en base a los avances de IA concretos —entre otros muchos, chatGPT y otros sistemas de IA de propósito general como las llama la Ley de la IA¹— sino en base a las obser-

¹ Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial

vaciones de patrones, tendencias, escritos de muchos estudiosos europeos y de otros continentes que desde hace tiempo están observando las dinámicas tanto en el sector público como en el sector privado, y cuestionando las estrategias de la carrera por el santo grial de la IA.

Entre muchas visiones que se pueden adoptar al analizar el fenómeno de la IA, el presente escrito presenta una visión más bien crítica, refiriéndose al uso de la IA muchas veces sin tener en cuenta sus riesgos ni entender que el sector público –servicios públicos en particular– es muy distinto del sector privado y está sujeto (o, mejor dicho, tendría que estar sujeto) a dinámicas bien distintas: mientras el sector privado privilegia la eficiencia, eficacia, y los beneficios económicos, el sector público tiene que priorizar el interés de la sociedad, tener en cuenta las generaciones futuras, rendir las cuentas, garantizar el apoyo del Estado a quienes lo necesitan, defender los derechos, sobre todo de los más vulnerables, y, en general, pensar al bien común en vez de pensar en el bien individual².

Este escrito está dedicado a argumentar que la IA no siempre ha sido utilizada para defender y promover los valores del sector público y que las más de las veces la IA ha sido el caballo de Troya para que el sector privado pueda conquistar más y crear nuevos espacios para su beneficio comercial. Es más, últimamente podemos ver como en distintos países no (tan) democráticos, la tecnología y la IA en particular están ampliamente desplegados por el sector público, pero ya no como una herramienta del sector privado (con objetivo de incrementar los beneficios económicos), sino como arma de control y vigilancia de masas³.

Para tratar el tema de manera comprensible y coherente, el presente escrito está organizado de la siguiente manera: en primer lugar, enfoco dos ejemplos reales del uso de la IA en dos áreas del interés público: movilidad (2.1 con el ejemplo del metro y videovigilancia inteligente) y justicia (2.2 con el ejemplo de los tribunales y la analítica de los datos que los mismos generan). Luego, en el tercer apartado,

y por el que se modifican los Reglamentos (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial) (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32024R1689>. Consultado a 19 de diciembre de 2024.

² Para una lista de valores y su posicionamiento en cada uno de sectores, véase VAN DER WAL, Zeger, DE GRAAF, Gjalte., LASTHUIZEN, Karin. «What's valued most? Similarities and differences between the organizational values of the public and private sector», *Public Administration*, vol. 86, núm. 2, 2008, pp. 465-482, en particular, p. 473.

³ Por ejemplo, Mark COELCKERBERG ve la participación de la IA en la erosión democrática y en el aumento de regímenes autoritarios y totalitarios en el mundo y la conecta con «la manipulación, polarización, discriminación, vigilancia, poder y represión». COECKELBERGH, Mark, *Por qué la IA debilita la democracia y que hacer al respecto*. Trad. L. Álvarez Canga, Madrid, Cátedra, 2024, p. 12.

situó estos ejemplos en el cuadro más general de las así llamadas trasgresiones sectoriales que el sector público está viviendo desde hace tiempo y que explica por qué el avance tecnológico no es solo un avance de medios y de herramientas, sino y sobretudo un avance del sector privado a los espacios que hasta hace poco eran solo y exclusivamente públicos: de esta manera trazo una línea lógica entre los ejemplos prácticos y la tendencia más global que describen estas trasgresiones sectoriales. En la cuarta parte entro ya en el análisis del futuro de la IA en la Unión Europea (UE) y lo enfoco a través de la ley (la nueva Ley de la IA)⁴ y también hago referencia a la protección y garantías de los derechos fundamentales⁵ sin perder de vista el problema de las trasgresiones sectoriales. Finalizo el escrito con las conclusiones y algunas reflexiones.

Antes de empezar, una premisa: el presente escrito en ningún caso es un escrito en contra de la IA en sí, pero es un escrito en contra de la IA carente de valores públicos que ignora el interés y el bien común.

2. EJEMPLOS DEL USO DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA)

La IA hoy en día se usa en muchos sectores y para una gran variedad de tareas: en este apartado se enfocan dos ejemplos concretos. El primero, el caso de una estación de metro en Londres, es un ejemplo del despliegue de la IA a nivel local; el segundo, relacionado con el uso de la analítica de los datos generados por los tribunales, trata el uso de la IA a nivel institucional. Luego, en la cuarta parte enfocaremos el patrón que desde hace tiempo se creó en relación con el uso de la IA en el sector público. Esta manera de enfocar el uso de la IA a través de estos ejemplos nos ofrece una matriz de la visión multidimensional del uso de la IA en el sector público y nos ayuda a entender mejor la situación actual.

⁴ En la ponencia original se trató también el tema de la ética de la IA que por motivos de espacio no se tratará en este escrito.

⁵ En el primer artículo de la Ley, leemos que «El objetivo del presente Reglamento es mejorar el funcionamiento del mercado interior y promover la adopción de una inteligencia artificial (IA) centrada en el ser humano y fiable, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta, incluidos la democracia, el Estado de Derecho y la protección del medio ambiente, frente a los efectos perjudiciales de los sistemas de IA [...] en la Unión así como prestar apoyo a la innovación». Esta referencia, entre muchas otras, explica la importancia de los derechos fundamentales para la visión normativa de la IA en EU.

2.1 Videovigilancia inteligente en el metro a Londres

Se trata de un experimento en una pequeña estación de metro en Londres (Inglaterra)⁶: En la estación de metro *Willesden Green* 23 se instalaron las videocámaras con la IA. La idea era que gracias a estas videocámaras se identificara a las personas que entran sin billete y luchar contra la praxis de viajar sin pagar.

El experimento duró poco más de un año y se instalaron no solo las videocámaras con IA donde se controla acceso a la estación (donde se timbra el billete), sino también se actualizaron los dispositivos en el espacio de control, donde se visualizan las grabaciones de las videocámaras. Los periodistas descubrieron que no se trataba de un par de videocámaras en el control de acceso (como se comunicó al público), sino de muchas videocámaras en todo el edificio de la estación. Por lo tanto, el acceso a los trenes era solo la parte muy pequeña donde videocámaras dotadas de IA habían sido instaladas.

De esta manera y gracias al mucho más amplio despliegue de las videocámaras inteligentes, se descubrieron muchas más cosas que los viajes sin pagar. Obviamente no hay que olvidar que así se trataron algunos incidentes en las vías, como, por ejemplo, si alguien se caía en las vías, automáticamente se enviaba la notificación al personal de la estación garantizando así su rápida intervención. AI también detectaba a quiénes estaban en la línea amarilla, y por tanto, demasiado cerca del tren que entraba en la estación: en estos casos y teniendo en cuenta que a veces esta posición viene adoptada por las personas que consideran el suicidio, también se activaba la alarma para el personal de estación. En todos estos casos el personal tenía una traza de estos eventos en sus dispositivos y podían ver si un caso concreto había sido solucionado o bien si sus colegas aún estaban en ello y necesitaban ayuda.

Es decir, se identificaron numerosos comportamientos más allá del acceso ilegal (objetivo primario para el cual estas videocámaras estaban desplegadas): desde actividades criminales⁷ hasta comportamientos antisociales, molestos o agresivos; se detectaron cosas perdidas y quien las perdió, pasajeros en dificultades, desorientados, per-

⁶ O'MALLEY, James, «TfL's AI Tube Station experiment is amazing and slightly terrifying», del 12 del febrero del 2024. Disponible en: <https://takes.jamesomalley.co.uk/p/tfls-ai-tube-station-experiment-is>. Consultado a 19 de diciembre de 2024. También véase BURGESS, Matt, «London Underground is testing real-time AI surveillance tools to spot crime», *Wired* del 8 de febrero de 2024 y LYDALL, Ross «London Underground: Artificial Intelligence software is being used to detect fare dodgers», *The Standard* del 4 de diciembre de 2023. Disponible en: <https://www.standard.co.uk/news/london/tfl-ai-fare-dodgers-london-underground-artificial-intelligence-b1124563.html>. Consultado a 19 de diciembre de 2024.

⁷ Se quiso también enseñar al sistema a detectar las armas: para lograrlo, la policía ferroviaria paseaba con las armas blancas y de fuego para que las videocámaras inteligentes aprendieran a reconocerlas.

didos, y muchas cosas más. También las videocámaras detectaban las personas en sillas de ruedas y avisaba al personal de la estación: la estación no tenía elevadores y estas personas necesitaban asistencia para bajar a las vías.

Pero el potencial de este sistema de videovigilancia va más allá: cualquier comportamiento fuera de lo que los algoritmos de la IA «consideraban» normal, quedaba señalado como «no normal» y por lo tanto negativo, en el sentido de peligroso e inaceptable⁸. Por ejemplo, estar sentado en la estación y dejar pasar los trenes sin subir a ninguno durante una hora ¿es algo normal o no⁹? Ello puede responder a varias razones (la persona espera a un amigo o bien quiere retrasar la vuelta a casa a causa de una situación familiar) y hoy en día nadie haría caso, pero con la IA esto ya no entra dentro del cuadro de la normalidad algorítmica y quedaría señalado (por ejemplo, enviando un aviso a los dispositivos del personal de la estación)¹⁰.

Sin duda, este sistema de videocámaras, aparte de garantizar más seguridad y mejor asistencia a los pasajeros, también es útil para gestionar los flujos de ciudadanos durante las horas de más afluencia y calcular la disponibilidad de los trenes en distintos horarios del día y del periodo del año.

Al principio ningún ciudadano era identificado a través del reconocimiento facial, pero después se decidió identificar solo a los reincidentes que no pagaban el billete más de X veces. Esto, antes de la IA, se hacía a mano, ya que el personal de estación conoce a los que viajan sin pagar, pues normalmente registraban estos hechos y una vez acumulado un número dado, paraban a la persona y la informaban sobre este dossier acumulado.

Y todo esto es solo lo que podemos hacer hoy: el día de mañana la tecnología será aun más sofisticada, sabrá reconocer más comportamientos y actitudes y podemos imaginar millones de otras oportunidades que esta información y estos datos podrían realizar: desde organizar la limpieza, mejorar la iluminación, hasta eliminar los billetes

⁸ Los estudios sobre el comportamiento de los consumidores desde hace tiempo han comprobado que la IA puede restringir el comportamiento de las personas, entre otras cosas, proporcionándoles un abanico limitado de opciones que impide a las personas explorar alternativas (porque ni saben que dichas alternativas existen ya que la IA no las ofrece, porque para la IA dichas opciones no son opciones para ofrecer, es decir, no son opciones adecuadas, no son aceptables o, en términos del presente escrito, no son normales). VALENZUELA, Ana *et al.*, «How Artificial Intelligence Constrains the Human Experience», *Journal of the Association for Consumer Research*, vol. 9, núm. 3, 2024, pp. 241-256.

⁹ Obviamente en algunos casos extremos –personas que se sienten mal y se desmayan– clasificar este hecho como «no normal» y avisar al personal de estación sería deseable.

¹⁰ Es curioso también especular como la IA modifique la perspectiva del personal de la estación de metro: ¿la realidad es la que pasa en la estación de metro o es la que señala IA y, es lo que de consecuencia aparece en sus dispositivos? Es decir, si algo no viene capturado por las videocámaras, ¿este algo pasó o no?

(digitales o en papel) y pasar directamente al reconocimiento facial como manera de pago entrelazando la cara de una persona con su tarjeta de crédito¹¹.

Si vamos más allá de las estaciones podemos pensar que este uso de videocámaras inteligentes podría ser desplegado también en las calles, plazas, supermercados, parques, autovías, museos, auditorios, iglesias, oficinas, universidades, palacios, correos, hospitales. Seguramente en cada uno de estos sitios desplegando la videovigilancia con videocámaras inteligentes podremos obtener una serie de ventajas para todos en términos de seguridad, eficiencia, organización, ahorro de recursos, entre otros.

Lo preocupante es que para una parte de la sociedad esta realidad podría ser más que aceptable, porque en todos estos lugares aumentaría la seguridad y accesibilidad, y llegaría antes la ayuda que necesitamos¹². En este sentido hay que tener en cuenta que la Ley de la IA –que trataremos en las siguientes secciones de este escrito– en el artículo 5 dedicado a las prácticas de la IA prohibidas, incluye solo «la utilización de sistemas de identificación biométrica a distancia en tiempo real en espacios de acceso público con fines policiales»¹³. Es decir, la prohibición se aplica solo a unos usos muy limitados, dejando abiertas posibilidades para un uso distinto, bajo el apartado de los sistemas de riesgo alto. En este caso concreto, sabemos que la clase de sistemas de alto riesgo incluyen los sistemas biométricos de identificación remota, de categorización biométrica y de reconocimiento de emociones que

¹¹ Sobre el tema del uso de los datos biométricos como sistema de pago, véase entre muchos, desde el punto de vista tecnológico, el reciente trabajo de NOSRATI, L., BIGDOLI, Amir Massoud, SEYYED JAVADI, Hamis Haj, «Identifying People's Faces in Smart Banking Systems Using Artificial Neural Networks», *International Journal of Computational Intelligence Systems*, vol. 17, 2024, 1-21. Para una visión comparativa entre el uso de estos sistemas en EE. UU. y China desde el punto de vista de aceptación y confianza de los usuarios, véase LEE, Jung-Chieh; BI, Lei, LIU, Haotian, «User stickiness to facial recognition payment technology: insights from Sako's trust typology, privacy concerns, and a cross-cultural context», *Humanities and Social Sciences Communications*, vol. 11, 2024. Disponible en <https://www.nature.com/articles/s41599-024-03569-2>. Consultado el 31 de diciembre de 2024.

¹² Más sobre la aceptación y/o necesidad de la video vigilancia, véase FONTES, Catarina *et al.*, «AI-powered public surveillance systems: why we (might) need them and how we want them», *Technology in Society*, vol. 71, 2022, pp. 1-12. También es interesante en este sentido el trabajo de Sarah Kasthuri Francis sobre el uso de IA en videovigilancia a nivel global, preparado para el fórum dedicado a la ciencia, tecnología y la innovación para los Objetivos del Desarrollo Sostenible en mayo de 2024: KASTHURI FRANCIS, Sarah Kasthuri, «Navigating the Intersection of AI, Surveillance, and Privacy: A Global Perspective», *Science-Policy Brief for the Multistakeholder Forum on Science, Technology and Innovation for the SDGs, May 2024*. Disponible en https://sdgs.un.org/sites/default/files/2024-05/Francis_Navigating%20the%20Intersection%20of%20AI%2C%20Surveillance%2C%20and%20Privacy.pdf. Consultado el 20 de diciembre de 2024.

¹³ Y esta prohibición está sujeta a numerosas excepciones.

no sean desplegados en ambientes de trabajo y de educación¹⁴. Por lo tanto, el reconocimiento biométrico en la estación de metro, al menos en teoría no sería contrario a la normativa de la Ley de la IA (no representa el caso del sistema prohibido), si bien obviamente la cuestión de la protección de datos sería una cuestión aparte¹⁵.

La pregunta es: ¿que nos enseña el caso del metro de Londres? El objetivo principal –lucha contra los viajeros que no pagan el viaje– se cumple, pero no gracias a las videocámaras, sino gracias al reconocimiento facial. Pues el medio –videocámaras con IA– no ayudan a reducir infracciones y no cumplen sus objetivos pero ofrecen otras posibilidades que –y es una sospecha sin confirmar– no hubiesen sido aprobadas por las autoridades si se hubieran declarado explícitamente, públicamente y desde el primer momento. Explorar estas posibilidades que responden a las necesidades de eficiencia y seguridad son las que llaman la atención, si bien no son compatibles con los derechos fundamentales: por ejemplo, hemos visto antes que la entrada en una estación de una persona en silla de ruedas queda señalada porque al no existir elevador, los empleados tienen que ayudar a esta persona a bajar las escaleras. ¿Podría parecer una buena acción? Sí y no: sí porque así las personas en sillas de ruedas pueden coger transporte público, y no, porque así se señala las personas con discapacidad, sus movimientos quedan registrados y grabados, su derecho al anonimato violado y su privacidad quebrantada.

Después de este ejemplo, el siguiente ejemplo enfoca el uso de la IA para analizar la actividad de los tribunales a través de los datos que dichos tribunales generan. Estos datos, entre otras cosas, también ayudan a establecer los patrones y generar los perfiles de los jueces: es un ejemplo del uso de IA que ya no es a nivel local y puntual, como hemos visto en el ejemplo del metro de Londres, sino un ejemplo que plantea preguntas sobre algunos aspectos basilares del siste-

¹⁴ Véase Anexo III «Sistemas de IA de alto riesgo a que se refiere el artículo 6, apartado 2» de la Ley de la IA (*op. cit.*).

¹⁵ No tenemos espacio tratarlo en este escrito: de todas formas, lo que si que nos tendría que hacer pensar es como fácilmente una notablemente amplia parte de la sociedad renuncia a la misma o, mejor dicho, la vende, como hemos visto en el caso del escaneo de iris dentro de un marco de proyecto *Worldcoin*. Sobre este caso, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) en el marzo del 2024 ha impuesto la medida cautelar para que la empresa responsable por la recopilación de datos biométricos no continúe su actividad en España y que los datos que ya se recopilaban, se bloqueen: en seguida en diciembre 2024 y gracias a las autoridades de protección de datos alemanas –el país donde la empresa en cuestión tiene su establecimiento principal en Europa– se obligó a la empresa a eliminar todos los datos recopilados ilegalmente. Más sobre esta cuestión, véase <https://www.aepd.es/prensa-y-comunicacion/notas-de-prensa/worldcoin-tendra-que-eliminar-todos-los-codigos-de-iris>. Consultado a 19 de diciembre de 2024. También SAN PEDRO ARAÚJO, Carlos, «Protección de datos y escaneo de iris: el “caso Worldcoin” en España», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, vol. 1005, 2024.

ma democrático, como, entre muchos, la independencia de los jueces y su autonomía.

2.2 Analítica de los datos de los tribunales

El avance de la IA ha llegado también al sistema de la justicia: en este ejemplo miramos los sistemas que ayudan a entender la jurisprudencia y elaboran los patrones del comportamiento de los jueces. A través de estos sistemas¹⁶, sobre todo desarrollados y ampliamente desplegados en los EE. UU., podemos descubrir las tendencias de juicio (a quién da razón normalmente un juez X en caso de divorcio, si al marido o a la mujer; cómo un concreto juez trata los casos de litigio por los derechos de autor, etc.), la rapidez en solucionar el caso, cuantas sentencias de un mismo juez han sido confirmadas o no en apelación, sus estadísticas comparadas con los demás jueces de un mismo distrito, etc.

Hablando de este tipo de sistemas, podemos hablar de dos tipos de herramientas: las que enfoca la jurisprudencia para establecer los patrones de la casuística (en el caso de divorcio y en presencia de un menor y teniendo acceso a todos los juicios de divorcio de toda la Costa Oeste, ¿cuáles son las probabilidades que el padre se quede con la custodia del hijo?) o perfilar el juez mismo, analizando sus juicios y estableciendo los patrones de su manera de trabajar. Dicha perfilación obviamente lleva no solo a poder entender la manera de tratar distintas cuestiones de un juez concreto, sino también elaborar en base a esto conocimiento estrategias de litigación y predicción del resultado del juicio¹⁷.

La pregunta que plantean este tipo de sistemas es su impacto: si por un lado hacen a los tribunales más transparentes y accesibles, porque les podemos entender mejor, tener los datos para analizar su funcionamiento; por otro lado, puede también negativamente afectar los jueces. Por ejemplo, en base a los variables, se puede extraer datos

¹⁶ Un ejemplo de este tipo de programas está disponible en <https://legal.thomson-reuters.com/en/products/westlaw-edge/litigation-analytics>. Consultado el 31 de diciembre 2024. Otra empresa, entre muchas, que ofrece este tipo de programas es Pre/Dicta, más sobre la misma <https://www.pre-dicta.com/>. Consultado el 31 de diciembre del 2024.

¹⁷ Por cierto, es algo que los abogados siempre han hecho: con los años de experiencia, los abogados ya conocen como mínimo los jueces en cada uno de los tribunales de su ciudad, que tipo de personalidad tienen, y mucha información más. Lo que sí es distinto hoy en día es el poder que este tipo de conocimiento –mucho más preciso y basado no en experiencia individual, percepciones, impresiones individuales, sino en los datos de los juicios– da tanto a las partes del juicio, como a las empresas que desarrollan estos sistemas y podrían utilizarlas también para motivos ilegales, como por ejemplo, para desacreditar un juez concreto manipulando sus datos o representando solo algunos datos parciales, así creando una imagen negativa de la persona.

que podrían manipular la opinión pública o utilizar estos datos para producir daño (por ejemplo, reputacional) a los jueces¹⁸.

En la UE el uso de estos sistemas ha encontrado la oposición explícita en Francia, donde un investigador, gracias a los algoritmos de Machine Learning (ML) ha descubierto que los jueces del mismo tribunal aplican la normativa de inmigración a los refugiados (en las situaciones idénticas) en modo distinto. Por lo tanto, el permiso de asilo no es una certeza que se basa en cumplimiento de requisitos establecidos en la ley, sino una cuestión aleatoria que depende del juez que trata el caso¹⁹.

La reacción del legislador francés ha sido contundente: el artículo 33 de la Ley 2019-222 establece que «los datos relativos a la identidad de los jueces [...] no pueden ser reutilizados para evaluar, analizar, comparar o predecir sus actividades profesionales reales o supuestas»²⁰, pero si la norma protege a los jueces, ¿quién protege a los solicitantes de asilo?

En este contexto de analíticas empoderadas por la IA surgen además algunas preguntas sobre la naturaleza de nuestras instituciones, sobre la comercialización de la justicia, la legitimización de perfilación de algunas profesiones para el bien común, como, por ejemplo, la lucha contra las «cajas negras» de sesgos y discriminación invisible en la justicia. También surgen dudas del verdadero estado de la salud del sistema de justicia y se plantean las preguntas sobre cómo entendemos este estado: ¿aquel generado por los datos lo es? ¿A lo mejor lo que nos ofrecen

¹⁸ Si lo pensamos, el uso de estos sistemas para evaluar y perfil cualquier profesión –médico, profesor universitario, jugador de básquet– podría llevar a un perfil que será definido por los variables introducidos que definirá el resultado del análisis. Este resultado no necesariamente refleja la verdad: aquí tenemos que acordarnos de que ningún sistema refleja la verdad, sino el modelo de la realidad que sus programadores eligieron. Más sobre este tema, O'NEIL, Cathy, *Armas de destrucción matemática: Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Madrid, Capitan Swing, 2018.

¹⁹ La versión de hechos por el mismo Michaël Benesty está disponible en BENESTY, Michael, «The Judge Statistical Data Ban –My Story– Michaël Benesty», *Artificial Lawyer* del 7 del junio de 2019. Disponible en <https://www.artificiallawyer.com/2019/06/07/the-judge-statistical-data-ban-my-story-michael-benesty/>. Consultado el 21 de diciembre de 2024.

²⁰ La versión original: [...] «Les données d'identité des magistrats et des membres du greffe ne peuvent faire l'objet d'une réutilisation ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées», art. 33 de La Ley 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice (1), JORF n. 0071 del 24 marzo 2019. La dicha ley se ampara a la normativa europea sobre la privacidad y protección de datos que permite al sujeto oponerse a la perfilación cuando la misma «produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar», si bien existen excepciones a esta norma general, como establece el art. 22 del 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>. Consultado a 19 de diciembre de 2024.

estos datos no es otra cosa que una forma de vigilancia de masas que disrumpe las principales instituciones del Estado de Derecho y hace tremar el equilibrio de los poderes? O, al contrario, ¿hablamos de nuevos niveles de transparencia en un sector público tan importante?

¿Qué tienen en común y que nos cuentan estos dos ejemplos? En ambos casos podemos observar el uso de la IA para vigilar directa o indirectamente las personas, su trabajo, su modo de ser, sus patrones de comportamiento, razonamiento, interacción con los demás: esta vigilancia origina muchas posibilidades para violar los derechos fundamentales, como la privacidad, libertad, autonomía, anonimato, entre otros. Pero también esta vigilancia nos revela aspectos del comportamiento humano –sobre todo, por parte de las personas que toman decisiones, sean estas personas encargadas de la seguridad de la estación o los jueces– que nos deja preocupados por los sesgos y actitudes discriminatorias, fallos y faltas, que sin IA hubiese quedado escondidos y nunca hubieran visto la luz del sol. Y si bien estas revelaciones nos generan la sensación de inseguridad y arbitrariedad y nos hacen dudar de todo y de todos, seguimos sin entender si lo que dichos sistemas revelan son la verdad o la verdad algorítmica, que es fruto de la visión selectiva y limitada de la realidad.

Y es en esta óptica que entramos en la tercera parte del presente escrito donde extraeremos alguna reflexión más de estos ejemplos y los situaremos dentro de un nuevo patrón de la interacción entre el Estado y las grandes multinacionales –entre el sector público y el sector privado– que señala el cambio del paradigma en la interacción entre ambos.

3. TRASGRESIONES SECTORIALES O EL AVANCE DE IA

Las trasgresiones sectoriales es un término que ha sido utilizado por varios investigadores para explicar la expansión del sector privado (tecnológico sobre todo, pero en particular se tiene en cuenta las grandes multinacionales tecnológicas como *Microsoft*, *Apple*, *Meta*) en los ámbitos que tradicionalmente y por el tipo de sociedad en la que vivimos eran siempre ámbitos gestionados por el sector público: en particular, la educación, la comunicación, la agricultura, la sanidad, la movilidad, la pública administración (el funcionamiento del Estado) y la política en general. Bajo el lema de la eficiencia y ahorro de los costes y otros valores e intereses (más bien) corporativos, las empresas penetran en muchos sectores con el objetivo de expandir sus zonas de control y poder²¹.

²¹ Entre muchos, SHARON, Tamar «Blind-sided by privacy? Digital contact tracing, the Apple/Google API and big tech's newfound role as global health policy makers», *Ethics and Information Technology*, vol. 23, 2021, pp. 45-57; TAYLOR, Linnet. «Public

Es más: en estas dinámicas de trasgresión, el conocimiento y habilidades sectoriales —médicas, administrativas, políticas, que han representado la fuente de legitimidad de las decisiones— son sustituidas por el conocimiento y habilidades digitales. En otras palabras, tener los datos convierte a cualquiera en experto en la materia, sea cual sea ésta. Pero este desplazamiento de conocimientos sectoriales también significa eliminar los valores y las normas que definen estos sectores automatizándolos de manera reduccionista y re-orientándolos a los valores del sector privado.

Lo que pasó es que no solo se traspasaron los valores del sector privado, sino también las consecuencias negativas: entre muchas, la falta de rendición de cuentas se hizo endémica en el funcionamiento del Estado, cuando cualquier solicitud del acceso a la información pública y de la transparencia en las actuaciones se encuentra con el muro de la protección de propiedad intelectual, en particular, protección del secreto comercial. En este sentido el caso del Bosco es bien conocido por todos²²: no se puede conocer el código fuente del sistema el Bosco —si bien los algoritmos utilizados por públicas administraciones están sujetos al derecho del acceso a la información pública— porque, como señala Cotino Hueso, el Gobierno ha utilizado la propiedad intelectual para proteger la seguridad informática del dicho sistema. Según las autoridades responsables, abrir el código fuente a la asociación de la sociedad civil significaría exponer este sistema (y otras con ella conectadas) a los ataques informáticos²³.

El caso prueba otro aspecto: las trasgresiones sectoriales también aportan justificaciones y herramientas sectoriales. En este caso específico esta herramienta es el régimen de la propiedad intelectual: ¿cómo es posible que un algoritmo desarrollado con el dinero público sea protegido por este régimen que protege el retorno de la inversión privada y garantiza la ventaja competitiva en el mercado y, es más, al menos según algunos autores, « [...] transforma la creatividad, la información, la ciencia y tecnología de bienes comunes a bienes privados»²⁴?

Otro problema es la falta del equilibrio entre las inversiones públicas, intereses de los ciudadanos y los beneficios que las grandes empresas tecnológicas obtienen del uso de datos que son de toda la ciudadanía: por ejemplo, el desarrollo de los algoritmos para las apli-

actors without public values: Legitimacy, domination and the regulation of the technology sector», *Philosophy & Technology*, vol. 34, núm. 4, 2021, pp. 897–922.

²² Sobre el caso, mirase la página web del Civio, disponible en <https://civio.es/tag/bono-social/>. Consultado el 20 de diciembre del 2024.

²³ COTINO HUESO, Lorenzo «Caso Bosco, a la tercera tampoco va la vencida. Mal camino en el acceso los algoritmos públicos», *Diario La Ley*, núm. 84, del 17 de mayo de 2024. Ahora se espera la sentencia del Tribunal Supremo que ha admitido a trámite el recurso del Civio en diciembre de 2024.

²⁴ Mi traducción de SCHAUER, Lea «The right to science and culture», *Wisconsin Law Review*, vol. 1, 2010, p. 124.

caciones médicas que son desarrolladas en base de los datos de muchos ciudadanos, al final y al cabo son algoritmos privados, desarrollados por empresas privadas que no comparten los mismos valores de reciprocidad, altruismo y solidaridad que definen y son banderas del sector público²⁵.

Así llegamos al problema que ya ha sido identificado en la literatura²⁶: el problema de los datos no es el control sobre los mismos, sino su uso y en este particular contexto, su uso para entrenar la IA. Nos hemos olvidado de formular una de las preguntas más importantes: ¿el uso concreto de la IA beneficia a la sociedad²⁷? ¿Cómo? ¿Hay perjuicios para algún grupo social? En particular, ¿este uso afecta a grupos sociales vulnerables, como menores de edad, personas mayores, personas con discapacidad? ¿El uso podría discriminar injustamente? Si es así y dicha discriminación no puede ser eliminada, no podría existir ningún apoyo público a dicho uso: en este sentido podemos preguntarnos ¿a quién beneficia la videovigilancia inteligente en el metro de Londres? El uso de este sistema era presentado al público como beneficioso en el sentido de parar la gente que no paga por sus viajes, pero al final hemos visto que el resultado no fue este. Es más, también hemos visto que el uso era discriminatorio para las personas en silla de ruedas porque su llegada a la estación era anunciada a los empleados que les tenían que ayudar a bajar en la estación; por lo tanto, su libertad de movimiento y su derecho al anonimato han sido quebrantadas. ¿Tenemos que apoyar este uso de IA? Obviamente no.

La misma pregunta podemos hacernos en el caso de la analítica del trabajo de jueces: ¿quién se beneficia? Dicho en otras palabras, ¿cómo se beneficia la sociedad de estos sistemas? En este caso no lo tenemos tan claro: la sociedad se queda en manos de los desarrolladores de

²⁵ Sobre el historial de la interacción entre las empresas tecnológicas y *National Healthcare Services (NHS)* de Inglaterra, véase HORN, Ruth; KERASIDOU, Angeliki, «Sharing whilst caring: solidarity and public trust in a data-driven healthcare system», *BMC Medical Ethics*, vol. 21, 2020. Disponible en <https://bmcmethics.biomedcentral.com/articles/10.1186/s12910-020-00553-8>. Consultado a 19 de diciembre de 2024.

²⁶ PRAINSACK, Barbara *et al.*, «Data solidarity: a blueprint for governing health futures», *The Lancet Digital Health*, vol. 4, núm. 11, 2022, pp. 773-774; PRAINSACK, Barbara; EL-SAYED, Seliem, «Beyond individual rights: How data solidarity gives people meaningful control over data», *The American Journal of Bioethics*, vol. 23, núm. 11, 2023, pp. 36-39; PRAINSACK, Barbara; KICKBUSCH, Ilona, «A new public health approach to data: why we need data solidarity?», *British Medical Journal*, vol. 386, 2024. Disponible en www.bmj.com/content/bmj/386/bmj.q2076.full.pdf. Consultado el 20 de diciembre del 2024.

²⁷ ACEMOGLU y JOHNSON formulan preguntas muy parecidas y explícitamente se refieren a la «utilidad de las máquinas» que debería llevar al empoderamiento humano y soporte a sus habilidades. Es más, estos autores preguntan por qué enfocamos tanto la inteligencia de las máquinas, cuando lo que nos tendría que interesar es su utilidad. ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon, *Power and progress: our thousand-year struggle over technology and prosperity*, Londres, Basic Books, 2023, p. 299; pp. 304-305.

estos sistemas que en base a distintos variables –variables a los que por cierto nunca tendremos acceso gracias a los secretos comerciales– pueden manipular resultados del análisis de trabajo de los jueces en base a sus intereses o en base a los intereses del poder ejecutivo y/o poder legislativo (es decir, en base a los intereses de quien paga por estos sistemas). Por lo tanto, la «verdad» generada por este tipo de sistemas opacos no hace ningún favor a la democracia, transparencia del sistema judicial, separación de los poderes y en general a la confianza social en las instituciones.

Este uso social de la tecnología se alinea con el razonamiento de Adela Cortina que en su último trabajo observa: «[...] en un mundo en que es una realidad sangrante del sufrimiento causado por las guerras, la pobreza, la aporofobia y la injusticia, [...] ¿No es una exigencia ética palmaria utilizar los grandes beneficios de la IA para resolver estos problemas acuciantes?»²⁸. Y es verdad que no oímos mucho hablar de los sistemas de la IA que ayudan a buscar la paz entre Israel y Gaza o acabar con la hambruna en Somalia, Burkina Faso o Mali.

La influencia del sector privado sobre el sector público lleva también a preguntarnos como el poder privado impacta en la distribución de las inversiones públicas y la priorización de sectores de la inversión: dichas decisiones tendrían que ser fruto de la deliberación pública que incluye y refleja la pluralidad de intereses, que obviamente no existe en la toma de decisiones delineada por el sector privado, quien además ya ha envuelto el sector público en sus infraestructuras informáticas de las que no hay manera de librarse: el *Drive*, *Cloud*, *Gmail*, *Windows*, todos sistemas que utiliza el sector público desde las administraciones locales hasta las universidades públicas nacionales.

En este sentido, cuanto más el sector privado toma funciones públicas, tanto más los espacios públicos (virtuales o físicos) se vuelven opacos y orientados a las dinámicas comerciales y, como cualquier espacio privado, pueden en cualquier momento ser vendidos, cerrados, modificados: pensemos en cualquier espacio virtual abierto al público que no sea una red social o una plataforma digital. En ambos casos son espacios privados. La recreación de espacios públicos en un medio privado es una de las tantas maneras en las que la relación entre los ciudadanos y el Estado se quiebra. Estamos observando el cambio de paradigma del concepto de lo que es público, porque lo público ya no es público, en el sentido de ser de todos y representar los intereses de todos, sino lo público es del Estado y el Estado es un poder, una infraestructura, un sistema que representa sus intereses de sustentarse y mantenerse alineándose a las dinámicas del sector privado, pero no para defender y representar las preocupaciones ciudadanas. Y es por este motivo que vivimos un evidente distanciamiento y desconfianza del Estado y, en consecuencia, en la cosa pública y estamos más abiertos a los movimientos populistas y antidemocráticos.

²⁸ CORTINA, Adela *¿Ética o ideología de la inteligencia artificial? El eclipse de la razón comunicativa en una sociedad tecnolozada*, Barcelona, Paidós, 2024, p. 38.

Lo podemos observar en el auge de movimientos ciudadanos, sociedad civil y otras entidades del tercer sector que crecen cada año²⁹ y también nuevas fórmulas en entender las colaboraciones entre el público y el privado, donde siempre más frecuentemente encontramos ya no solo la colaboración público-privada sino también las colaboraciones del público-privado-de personas (*public-private-people*), donde el papel de la sociedad civil toma protagonismo que nunca tuvo antes³⁰.

En este apartado hemos retratado brevemente la situación actual donde el sector privado, liderado por grandes empresas multinacionales tecnológicas está utilizando la IA para acabar conquistando y adueñando el sector público. Hemos visto también los distintos desafíos y líneas del pensamiento que se entrelazan y se entretejen en tratar, observar, recapacitar sobre esta realidad y ofrecer alguna manera de darle sentido. El objetivo de estas críticas, al fin y al cabo, es dirigir esta coyuntura en la dirección más favorable al interés y el bien común, que en este momento el Estado falla en defender y solo la ciudadanía a través de la sociedad civil mantiene de pie. En el siguiente apartado abocetaremos la visión de la IA por parte de la UE, que si bien «presenta muchos problemas de conexión y de entendimiento», y «el pensamiento comunitario [...] no termina de funcionar a pleno rendimiento»³¹, sigue siendo la fuente principal de las políticas comunes –no solo, pero también sobre los temas de la IA– que adoptan todos los países miembros.

²⁹ Véase, por ejemplo, el resumen ejecutivo del «Barómetro del tercer sector de acción social en España 2022», preparado por Plataforma ONG de Acción Social, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030 de Gobierno de España en colaboración con otros, publicado en el 2023 y accesible en https://www.plataformaong.org/ARCHIVO/documentos/biblioteca/1676295113_resumenejecutivo-barometro-3-sector.pdf. Consultado a 19 de diciembre de 2024; SIEBER, René et al., «Who are the publics engaging in AI?», *Public Understanding of Science*, vol. 33, núm. 5, 2024, pp. 634-653.

³⁰ KOBASHI, Yurie et al., «Maturing of public-private-people partnership (4P): Lessons from 4P for triple disaster and subsequently COVID-19 pandemic in Fukushima», *Journal of Global Health*, vol. 12. Disponible en <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC9172965/pdf/jogh-12-03028.pdf>. Consultado el 21 de diciembre del 2024; Perjo, Liisa «Public-Private-People partnerships – a new concept to bring public and private actors and citizens together», *Nordregio News*, núm. 4, 2016. Disponible en <https://norden.diva-portal.org/smash/record.jsf?pid=diva2%3A1128939&dswid=1797>. Consultado el día 20 de diciembre del 2024.

³¹ OTERO PARGA, Milagros. «¿Existe en realidad una Unión Europea?», *Anuario de Filosofía Del Derecho*, vol. 40, 2024, p. 141.

4. LA RESPUESTA DE LA UNIÓN EUROPEA (UE) Y EL FUTURO: LA LEY DE LA IA

En el presente apartado analizo la visión europea del futuro de la IA a través de la Ley de la IA. La Ley de la IA –que mira a la IA a través del prisma de los riesgos– es una iniciativa que en sí merece más espacio del que aquí le podemos dedicar. Me limito al enfoque de las trasgresiones sectoriales: miraré una serie de prospectivas que ayudan a cristalizar y entender mejor a donde vamos, visto lo que hemos descrito en la sección anterior.

En primer lugar, la ley no se aplica a la investigación de la IA: por este motivo se crea más espacio para las instituciones públicas (universidades, centros de la investigación, ...) para buscar la manera de desarrollar IA útil para el bien común. Seguramente la investigación es libre de límites normativos también para el sector privado, pero es el sector público el que tiene más limitaciones para asumir el cumplimiento de la normativa y es por eso por lo que librar de este cumplimiento al sector más débil desde el punto de vista económico, es beneficioso para la sociedad y el interés común.

En segundo lugar, la ley reconoce (¡modestamente!) el papel de la sociedad civil en el desarrollo y el despliegue de la IA: por ejemplo, reconoce el papel que la sociedad civil podría jugar en la evaluación del impacto de los sistemas de IA –sobre todo destinada al sector público– abre las puertas para las colaboraciones público-privadas de personas (*public-private-people partnerships*) a las que nos hemos referido antes, y abre la puerta a la función e importancia de la sociedad civil en el juego de equilibrios de poderes³².

La Ley de la IA también proporciona otra herramienta que, si implementada correctamente, empoderaría la sociedad y no permitiría quitarle la autonomía decisional y libertad de pensamiento: hablamos de la alfabetización en la IA que está construida por distintos elementos como las habilidades de reconocer la IA, enten-

³² Por ejemplo, el considerando 96 incluye lo siguiente «Cuando proceda, para recopilar la información pertinente necesaria para llevar a cabo la evaluación de impacto, los responsables del despliegue de un sistema de IA de alto riesgo, en particular cuando el sistema de IA se utilice en el sector público, pueden contar con la participación de las partes interesadas pertinentes, como, por ejemplo, los representantes de colectivos de personas que probablemente se vean afectados por el sistema de IA, expertos independientes u organizaciones de la sociedad civil, en la realización de dichas evaluaciones de impacto y en el diseño de las medidas que deben adoptarse en caso de materialización de los riesgos» o en el Considerando 116 subraya que «Para garantizar que los códigos de buenas prácticas reflejen el estado actual de la técnica y tengan debidamente en cuenta perspectivas distintas, la Oficina de IA debe colaborar con las autoridades nacionales competentes pertinentes y, cuando proceda, podrá consultar a organizaciones de la sociedad civil y a otras partes interesadas y expertos pertinentes, incluido el Grupo de Expertos Científicos, por lo que respecta a la elaboración de dichos códigos». También prevé la participación de la sociedad civil en el foro consultivo del Consejo de la IA y de la Comisión Europea (art. 67).

derla, saber utilizarla correctamente, evaluarla y también poder crearla y poder entender sus aspectos éticos³³. El considerando 20 lo adelanta con las siguientes palabras: «Con el fin de obtener los mayores beneficios de los sistemas de IA, protegiendo al mismo tiempo los derechos fundamentales, la salud y la seguridad, y de posibilitar el control democrático, la alfabetización en materia de IA debe dotar a los proveedores, responsables del despliegue y personas afectadas de los conceptos necesarios para tomar decisiones con conocimiento de causa en relación con los sistemas de IA»³⁴. Dicho objetivo toma su forma en el artículo 4, donde la alfabetización sobre la IA se relaciona con los «[...] conocimientos técnicos, su experiencia, su educación y su formación, así como el contexto previsto de uso de los sistemas de IA y las personas o los colectivos de personas en que se van a utilizar dichos sistemas»³⁵. A este punto son muy pertinentes las palabras de Adela Cortina quien apunta que para la ética de la IA es indispensable «el derecho de cada persona a comprender aquello que le afecta, para poder asumir su respuesta de forma autónoma, y el derecho a que su respuesta sea tomada realmente en serio por personas, [...], que se hacen responsables de ello»³⁶.

Con estas consideraciones, la Ley avanza la idea que la ignorancia sobre la IA ya no tiene justificación: es más, los conocimientos sobre la IA también aseguran que no caigamos en la trampa de marketing de que la IA (sobre todo, la generativa) sea la respuesta a todo. Más bien al contrario: conocer la IA también significa ser conscientes de sus limitaciones, sesgos, fallos, y vulnerabilidades en términos de seguridad y adoptar una visión crítica en relación con sus resultados³⁷.

³³ ALMATRAFI, Omayma; JOHRI, Aditya; LEE, Hyuna, «A systematic review of AI literacy conceptualization, constructs, and implementation and assessment efforts (2019–2023)», *Computers and Education Open*, vol. 6, junio 2024. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666557324000144>. Consultado el 28 de diciembre del 2024.

³⁴ Y sigue: «[...] En el contexto de la aplicación del presente Reglamento, la alfabetización en materia de IA debe proporcionar a todos los agentes pertinentes de la cadena de valor de la IA los conocimientos necesarios para garantizar el cumplimiento adecuado y la correcta ejecución. Además, la puesta en práctica general de medidas de alfabetización en materia de IA y la introducción de acciones de seguimiento adecuadas podrían contribuir a mejorar las condiciones de trabajo y, en última instancia, sostener la consolidación y la senda de innovación de una IA fiable en la Unión. El Consejo Europeo de Inteligencia Artificial (en lo sucesivo, «Consejo de IA») debe apoyar a la Comisión para promover las herramientas de alfabetización en materia de IA, la sensibilización pública y la comprensión de los beneficios, los riesgos, las salvaguardias, los derechos y las obligaciones en relación con el uso de sistemas de IA [...]».

³⁵ La Ley de la IA, *op. cit.*

³⁶ CORTINA, Adela, *op. cit.*, p. 197.

³⁷ HEIKKILÄ, Melissa, «Nobody knows how AI works», *MIT Technology Review* de 5 de marzo del 2024. Disponible en <https://www.technologyreview>.

Otro aspecto relevante de esta Ley es la atención dedicada a la IA con la licencia libre y del código abierto³⁸: tanto la IA con la licencia libre, que se basa en las libertades de usuarios, sea la IA del código abierto, que se basa en la colaboración abierta entre los programadores, no sería regulada por la Ley, a menos que se comercialice como sistemas de IA de alto riesgo, o represente sistemas prohibidos y/o sistemas especiales –por ejemplo, sistemas de IA que interactúan con las personas, o sistemas de IA que pueden generar imágenes, videos, textos, etc.– a las que se aplican requisitos de transparencia.

El código abierto es un tema complejo, porque ser código abierto no es una característica monolítica: por ejemplo, se distinguen 14 dimensiones de la apertura que un sistema podría haber y por lo tanto tenemos que entender dicha apertura del código no solo como apertura compuesta de muchos ingredientes, sino también como la apertura gradiente, es decir, que tiene distintos niveles³⁹. Por lo tanto, clasificar los sistemas de IA en abiertos y no es una visión muy limitada porque hay muchas maneras de ser abiertos y el sector utiliza el término «código abierto» aun cuando dicho código no es abierto ni mucho menos⁴⁰. Por lo tanto la Ley de la IA seguramente necesitará tratar este tema en el futuro para evitar que la IA que no sea de código abierto pase por IA de código abierto y así evita cumplimiento de la normativa.

La Ley de la IA también enfatiza la transparencia de la IA, que entendemos como un término paraguas que englobe otros términos cuales la explicabilidad, la interpretabilidad, la auditabilidad y demás⁴¹. Sin duda, la transparencia viene ligada a otro requisito que

com/2024/03/05/1089449/nobody-knows-how-ai-works/. Consultado el 28 de diciembre del 2024. Sobre los mitos, ideas falsas y preconcepciones sobre la IA, véase BEWERSDORFF, Arne *et al.*, «Myths, mis- and preconceptions of artificial intelligence: A review of the literature», *Computers and Education: Artificial Intelligence*, vol. 4, 2023. Disponible en <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666920X2300022X>. Consultado el 29 de diciembre del 2024.

³⁸ La definición de la IA del código abierto ha sido presentada el noviembre pasado por parte de *Open Source Initiative* quienes la describen como un sistema de IA mesa a disposición bajo las condiciones y en la manera que permita las libertades de utilizar el sistema para cualquier objetivo y sin tener que pedir permisos; estudiar como el sistema funcione y inspeccionar sus componentes; modificar el sistema por sea cual sea motivo, incluido también el cambio de los objetivos del sistema mismo; compartir el sistema con los demás para su utilizo con o sin modificaciones por cualquier motivo (mi traducción). El original en inglés disponible en <https://opensource.org/ai/open-source-ai-definition>. Consultado el 28 de diciembre del 2024.

³⁹ LIESENFELD, Andreas; DINGEMANSE, Mark, «Rethinking open source generative AI: open-washing and the EU AI Act», en *The 2024 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency (FAccT '24)*, 3-6 junio, 2024, Rio de Janeiro, Brazil. ACM. Disponible en https://pure.mpg.de/pubman/item/item_3588217_2/component/file_3588218/liesenfeld_dingemanse_2024_FAccT_generative_AI_open-washing_EU_AI_Act.pdf. Consultado el 28 de diciembre del 2024.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ Más sobre este tema, véase COTINO HUESO, Lorenzo; CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge (eds.), *Transparencia y explicabilidad de la Inteligencia Artificial*.

siempre se enfatiza más: la supervisión humana de los sistemas de la IA. En la supervisión humana confluyen muchos de los requisitos antes vistos: por ejemplo, la alfabetización sobre la IA y los sistemas a código abierto (en otras palabras, supervisadas por una pluralidad de actores que comparten visión de *software* como iniciativa común y no como producto comercial) son maneras de permitir a las personas ser más activas e involucradas en supervisión de los sistemas de IA.

Sin ninguna duda, la supervisión humana de los sistemas de la IA dará mucho que hablar por sus limitaciones, fallos y otras imperfecciones, muchas veces relacionadas con la naturaleza humana y con el hecho de que los seres humanos no somos unas máquinas: nos cansamos, tenemos nuestros sesgos y prejuicios, no prestamos la debida atención, elegimos cerrar los ojos y mucho más, sin hablar de los obstáculos objetivos relacionados con la complejidad algorítmica, rapidez de los sistemas, o su autonomía⁴². Queda mucho para crear una colaboración ser humano-sistema IA que sea por un lado efectiva y por otro lado adaptada al ser humano, donde el ser humano sea plenamente consciente y capacitado para desplegar esta función en la mejor manera posible.

La visión de la IA del legislador europeo se orienta más a ver la IA como producto y no como una herramienta que va más allá de ser un producto o un servicio, pero como hemos visto en los ejemplos analizados al inicio de este trabajo, el problema no es solo (ni puede ser reducida a solo) cuestión de la seguridad de producto o servicio digital como podría sugerir la Ley de la IA. Por ejemplo, si miramos el ejemplo de la analítica de los datos de las sentencias en los tribunales (y, en consecuencia, si bien a lo mejor sin explicitarlo, de los jueces mismos), tenemos el problema de la igualdad de acceso a estos sistemas, la manipulación de las pruebas con IA generativa

Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; VELASCO RICO, Clara I., «Marco regulatorio de los sistemas algorítmicos y de Inteligencia Artificial: el papel de la administración», INAP, 2024. Disponible en <https://www.aepda.es/VerArchivo.aspx?ID=4185>. Consultado el 14 de diciembre del 2024.

⁴² HOLZINGER, Andreas; ZATLOUKAL, Kurt; MÜLLER, Heimo, «Is human oversight to AI systems still possible?», *New Biotechnology*, vol. 85, 2024, pp. 59-62; VAN VOORST, Roanne, «Challenges and Limitations of Human Oversight in Ethical Artificial Intelligence Implementation in Health Care: Balancing Digital Literacy and Professional Strain», *Mayo Clinic Proceedings: Digital Health*, vol. 2, núm. 4, 2024, pp. 559-563. También PONCE SOLE, Juli, «Reserva de humanidad y supervisión humana de la Inteligencia Artificial», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, vol. 100, 2022, pp. 58-67; OBREGÓN FERNÁNDEZ, Aritz; LAZCOZ MORATINOS, Guillermo, «La supervisión humana de los sistemas de inteligencia artificial de alto riesgo. Aportaciones desde el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho de la Unión Europea», *Revista electrónica de estudios internacionales (REEI)*, vol. 42, 2021. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8202329>. Consultado el 18 de diciembre de 2024.

(que reverbera sobre la admisibilidad e interpretación de las pruebas digitales en general), la generación y falsificación documental (de solicitudes, dictámenes, expedientes), necesidad de la normativa sobre el uso permitido de los sistemas IA en los procesos judiciales y sobre todo la necesidad de reformar el trayecto de estudios y preparación de los jueces, incluida la educación continua en la alfabetización sobre IA.

Es decir, lo que podría ser uno de los problemas fundamentales de la Ley de la IA es no entender que la IA es una forma de invasión sin control de muchas de nuestras instituciones democráticas, tanto a nivel local como a nivel nacional y en muchos contextos. Y es por eso que, por lo menos al principio (y ojalá sea solo al principio), su manejo y control por parte de la ciudadanía será problemático⁴³.

Una breve mención aparte es para los derechos fundamentales, que son también el punto de referencia en la Ley de la IA y representa una dificultad para una completa invasión de la IA. La centralidad de los derechos fundamentales en el debate sobre la gobernanza y el futuro de la IA ha sido uno de los pocos aspectos de consenso en la comunidad académica⁴⁴ y también entre distintas instituciones europeas, estadounidenses y también internacionales⁴⁵.

El primero de los derechos que dificulta el camino es el derecho a la privacidad y la protección de datos. Asistimos al cambio del paradigma en este sentido: estamos atravesando el cambio de ver el derecho a la privacidad como derecho negativo a tener los demás fuera de nuestro espacio más íntimo al derecho positivo de exigir la libertad a

⁴³ Por motivos de espacio no se trata otros problemas de esta ley, como, por ejemplo, la gestión de riesgos de la IA es en las manos de los proveedores mismos quienes por cierto son primeros interesados en no reconocer los riesgos de sus sistemas o los estándares para la IA. Hoy en día para acceder a dichos estándares, hay que pagar y por lo tanto el público tiene poco acceso, poco conocimiento y, aún menos, impacto sobre su contenido.

⁴⁴ Véase en este sentido los excelentes trabajos de, entre muchos, PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Derechos fundamentales e inteligencia artificial*, Madrid, Marcial Pons, 2022; VILLEGAS DELGADO, César; MARTÍN-RÍOS, Pilar, *El derecho en la encrucijada tecnológica: Estudios sobre derechos fundamentales, nuevas tecnologías e inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022; CASTELLANOS CLARAMUNT, Jorge, «Una reflexión acerca de la influencia de la inteligencia artificial en los derechos fundamentales», en RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (ed.), *Ciencia de datos y perspectivas de la inteligencia artificial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, pp. 271-300; QUINTAVALLA, Alberto; TEMPERMAN, Jeroen, *Artificial Intelligence and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2023, sin olvidar uno de los primeros trabajos que tocó el tema en profundidad en España de DE ASÍS, Rafael, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Madrid, Dykinson, 2015.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, informe para el Parlamento Europeo, comisionado por subcomité de Derechos humanos «Artificial intelligence (AI) and human rights: Using AI as a weapon of repression and its impact on human rights», del mayo de 2024. Disponible en [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/754450/EXPO_IDA\(2024\)754450_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2024/754450/EXPO_IDA(2024)754450_EN.pdf). Consultado el 29 de diciembre de 2024.

desarrollarse como una persona sin ser vigilada, observada y «datificada». Esta libertad también incluye el derecho a poder elegir si y con quien compartir los datos y, en el caso de no compartir, el derecho de no sufrir en cambio repercusiones en el acceso a los servicios esenciales.

También tenemos que volver a la alfabetización de la IA como una parte del derecho a la educación: conocer y entender el funcionamiento de IA empodera como empodera cualquier conocimiento y representa la principal herramienta para entender los riesgos y daños a nivel individual y garantizar que los demás les entienden. En este sentido podemos defender el derecho a la educación en la IA como manera de abatir la ventaja del sector privado que por mucho tiempo se ha beneficiado de la falta de la comprensión y entendimiento de la ciudadanía de la tecnología en general y de la IA en particular: la narrativa sobre la complejidad de IA, basada por un lado en la asimetría de los conocimientos técnico-informáticos y por otra en «la terminología desconocida, los temas extraordinariamente míticos, empaquetamiento novedoso y el drama»⁴⁶, es una verdad parcial y con el tiempo se vuelve aún menos verdad por el interés de la ciudadanía y divulgación técnico-científica, accesibilidad de información e inclusión de ciencias informáticas en los currículos académicos⁴⁷.

Tenemos que pensar también en nuevos derechos como por ejemplo el derecho a la participación en la toma de decisiones sobre la IA, construyendo y apoyándonos en el pensamiento de Sheila Jasanoff y sus ideas sobre las tecnologías de humildad, que nos recuerda que la cuestión no es solo controlar las tecnologías que generan riesgos para la sociedad, sino también hacer a la sociedad participe en la co-construcción de la epistemología civil, a través del pluralismo y deliberación participativa⁴⁸.

Por lo tanto volvemos a la importancia no solo de mirar derechos fundamentales a través de (las posibilidades, riesgos, desarrollos de) la IA, sino también ver a la IA a través del contenido de los derechos fundamentales (existentes o hipotéticos), porque no es la IA la que define los derechos, establece sus contornos, sus límites y sus alcances, sino los derechos tendrían que ser quienes definen, moldean y dan forma a la IA.

⁴⁶ STANLEY, Dan, «What we don't talk about when we talk about AI», *Joseph Raintree Foundation*, 2024. Disponible en <https://www.jrf.org.uk/ai-for-public-good/what-we-dont-talk-about-when-we-talk-about-ai>. Consultado el 30 de diciembre del 2024.

⁴⁷ Sobre la educación y la IA, véase CORTINA, Adela, *op. cit.*, p. 203 ss.

⁴⁸ JASANOFF, Sheila, «Technologies of humility: citizens participation in governing science», *Minerva*, vol. 41, núm. 3, 2003, pp. 223-244.

5. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

En este escrito hemos analizado brevemente algunos de los problemas que el avance de IA genera para nuestra sociedad, sobre todo identificando aquellos que no necesariamente son visibles pero que afectan a todos, en particular a los que son más vulnerables. A través de los ejemplos del metro de Londres y de los sistemas analíticos de los tribunales hemos evidenciado la manera en la que la IA invade e impregna los servicios y tareas del sector público, propagando la narrativa de la eficiencia, operatividad, ahorro de tiempos y recursos, mejoría y utilidad como únicos valores sociales. Hemos argumentado que dichos valores son solo una parte y no representan los valores de base del sector público: los verdaderos valores públicos son el bien y el interés común, rendición de cuentas, el apoyo a los más vulnerables, defensa de los derechos fundamentales, transparencia, justicia, entre otros. Por este motivo, la IA también ha sido llamada «la herramienta para rehacer la sociedad»⁴⁹ y por esta diferencia entre valores, las trasgresiones sectoriales –efectuadas por parte de las grandes multinacionales tecnológicas– son tan problemáticas para el bien común y el interés social.

Hablando del futuro de la IA a la luz de estas preocupaciones, hemos visto que la Ley de la IA no es perfecta pero de todas formas es indispensable. Lo que sí que es innegociable es la necesidad del control social, y cuanto más variado mejor: de los ciudadanos, del sector público, de las organizaciones de la sociedad civil y en este sentido los derechos fundamentales, entendidos en el sentido amplio, han sido siempre y siguen siendo la fuente principal de inspiración. La Ley abre la puerta para que todos los sectores, tanto privado como el público, involucre más a la sociedad civil en la gobernanza y uso de la IA. Si esta invitación es acogida y cómo, lo veremos en los próximos años.

⁴⁹ ACEMOGLU, Daron; JOHNSON, Simon., *op. cit.*, p. 296.

Gene drives en seres humanos: tareas para la filosofía del derecho

Gene drives in human beings: tasks for the philosophy of law

Por MANUEL JESÚS LÓPEZ BARONI

Profesor titular de Filosofía del Derecho.

Universidad Pablo de Olavide

mjlopbar1@upo.es

RESUMEN

Los gene drives disocian el problema de la edición genómica en dos, la modificación introducida y la velocidad a la que esta se expande. Como mecanismo de intervención en los seres vivos se asocia a expresiones como «herencia Supermendeliana» o incluso «Lamarckista». Sin embargo, estos sintagmas no muestran realmente el salto cualitativo que supone esta forma de intervención en la naturaleza. En los primeros años, la preocupación se centró en qué sucedería en los ecosistemas si se aplicaban a insectos o incluso a mamíferos. Sin embargo, el núcleo de nuestro trabajo es una reciente reflexión sobre en qué medida podrían verse afectados los seres humanos en sí mismos. Seguidamente estudiaremos qué tareas o retos hemos de asumir en la filosofía del derecho para enfrentarnos a este tipo de tecnologías, en concreto, la necesidad de redefinir la eugenesia, hallar un patrón que supere la dicotomía actualmente existente para regular las tecnologías disruptivas y, por último, estudiar de forma específica el impacto de estos avances tecnológicos en las mujeres.

Palabras clave: tecnologías disruptivas, gene drives, edición genómica, biología sintética, eugenesia, ecosistemas, género.

ABSTRACT

Gene drives divide the problem of genome editing into two parts: the modification introduced and the speed at which it spreads. As a mechanism of intervention in living organisms, it is associated with terms such as «super-mendelian inheritance» or even «Lamarckian». However, these syntagms do not really show the qualitative leap that this form of intervention in nature represents. In the early years, the focus was on what would happen to ecosystems if they were applied to insects or even mammals. The core of our work, however, is a recent reflection on the extent to which human beings themselves might be affected. We will then consider what tasks or challenges we need to take up in the philosophy of law to deal with such technologies, namely the need to redefine eugenics, to find a pattern that overcomes the current dichotomy in the regulation of disruptive technologies, and finally to look specifically at the impact of these techno-scientific developments on women.

Key words: Disruptive technologies, gene drives, genomic editing, synthetic biology, eugenics, ecosystems, gender.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. *GENE DRIVES* COMO IMPULSORES DE LA TÉCNICA DE EDICIÓN GENÓMICA CRISPR.—III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO IMPULSORA DE LA BIOTECNOLOGÍA.—IV. TAREAS PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO.—V. CONCLUSIONES.

SUMMARY: I. INTRODUCTION. —II. GENE DRIVES AS DRIVERS OF THE CRISPR GENOME EDITING TECHNIQUE.—III. ARTIFICIAL INTELLIGENCE AS A DRIVER OF BIOTECHNOLOGY.—IV. TASKS FOR THE PHILOSOPHY OF LAW.—V. CONCLUSIONS.

I. INTRODUCCIÓN¹

Al objeto de poder contextualizar adecuadamente el objeto de estudio en este artículo, partiremos de cinco hechos incontrovertidos, en sentido positivo, y cuatro en sentido negativo.

Los hechos indubitados en sentido positivo son: *a)* podemos romper las barreras entre especies muy alejadas evolutivamente entre sí, insertando material biológico, incluido el nuestro, de una especie en otra; *b)* sabemos cómo editar la dotación genética de un ser vivo,

¹ Este artículo forma parte del proyecto de investigación denominado «Cuestiones bioéticas no resueltas en la evaluación de la investigación e innovación en salud basadas en sistemas de inteligencia artificial, tecnologías genéticas y datos personales» (BIOEVAINNOLAW), del Ministerio de Ciencia, cuya IP es Itziar de Lecuona.

también la humana, introduciendo o evitando características *ad hoc*; c) creamos algoritmos capaces de hallar patrones en sistemas y subsistemas donde nosotros no observamos nada, lo que incluye la interrelación entre los aminoácidos, las proteínas y los genes, aun cuando no nos resulte comprensible cómo logran encontrar las correlaciones (v. gr., problema de la Caja Negra). Esta característica dota de una inmensa capacidad predictiva, que no explicativa, a la IA; d) las tecnologías disruptivas impactan con firme determinación en las mujeres, aun cuando, salvo quizá la Inteligencia Artificial, apenas sean objeto de estudio desde esta perspectiva; e) la normativa que trata de regular las tecnologías disruptivas sigue uno de estos dos parámetros: centrarse en una tecnología en concreto u optar por el resultado final, con total independencia de cómo se produzca. En el ínterin, apostar por el principio de precaución o por el mercado, en un contexto geopolítico internacional cada vez más complejo.

Los hechos indubitados en sentido negativo son: a) no sabemos cómo replicar el proceso que condujo a la vida, esto es, no conseguimos que *algo* completamente inerte cobre autonomía en un sentido biológico. Por ello, se puede sostener que la biología sintética ocupa un lugar similar al de la astrobiología, dado que su objeto principal de estudio *aún* no ha sido empíricamente verificado (tampoco sabemos por cuánto tiempo, ni si el problema es únicamente ese); b) no comprendemos la consciencia humana, de ahí que tratemos de replicarla en formato sintético (orgánulos cerebrales o mini-cerebros), algorítmico (Inteligencia Artificial) o incluso en cerebros de animales, con resultados también nulos o casi nulos (tampoco sabemos por cuánto tiempo, ni si se trata de otro límite también insuperable); c) al día de hoy, no hemos creado una quimera ni un híbrido en sentido estricto, esto es, un ser vivo cuya dotación genética sea una mezcla sustancial entre material biológico humano y animal, aun cuando ya coexistimos con animales con un incipiente material biológico nuestro; d) no sabemos en qué medida las tecnologías disruptivas ponen en riesgo nuestra civilización, o la vida misma, esto es, no podemos concretar si estamos ante un producto de nuestra febril imaginación o realmente pueden provocar un hiato en la historia del planeta. El dato objetivo es que algunas prestigiosas universidades han creado institutos interdisciplinarios dedicados a estudiar única y exclusivamente el riesgo existencial, mientras que, por ejemplo, en filosofía del derecho carecemos de reflexión alguna sobre esta temática, probablemente por parecer-nos fantástica o irrelevante. En esta nebulosa donde nos movemos, y salvo para cuestiones muy específicas u obvias (v. gr. viajar más rápido que la velocidad que la luz, atravesar paredes, etc.), cada vez nos resulta más difícil deslindar la ciencia ficción de la realidad. Por ello, ignoramos si algunas propuestas u objetivos son realmente insolubles, o si solo es cuestión de esperar; si la barrera natural es infranqueable, o si tan solo estamos ante un mero problema de desfase tecnológico; y

si perderemos completamente el control al traspasar ciertos límites o nos adaptaremos colectivamente, como hemos hecho hasta ahora².

En este contexto tecnocientífico hemos de situar las reflexiones propias de la filosofía del derecho, esto es, básicamente: *a)* tratar de predecir el impacto social, ético y político en nuestras sociedades de los dilemas inherentes a estos avances; *b)* tratar de adaptar el ordenamiento jurídico para encauzar adecuadamente este aluvión de eventos, entes inexistentes en la naturaleza o incluso a medio camino entre lo vivo y lo inerte, predicciones asombrosas, promesas mediáticas y temores atávicos, con los que no hubo que lidiar, y ni tan siquiera imaginar, en el pasado.

Estas reflexiones sirven de pórtico para explicar por qué ha de interesarnos algo en principio tan alejado de nuestros intereses intelectuales como los mosquitos.

En efecto, hace menos de una década los investigadores se dieron cuenta de que modificando unas cuantas hembras podrían extinguir colonias formadas por millones de mosquitos. Algunas especies transmiten el dengue, el zika, la malaria, etc., por lo que se salvarían millones de vidas, de ahí el interés. Sin embargo, el motivo por el que estimo necesaria una reflexión, más allá de cómo este tipo de intervenciones en la naturaleza puede afectar a los ecosistemas (tema desde luego no irrelevante), es la publicación hace tan solo unos meses de un artículo donde se mostraba detalladamente cuál sería el impacto si esta misma técnica se empleara con los seres humanos³. Por ello, una vez examinada la situación, sin sensacionalismos, pero sin eludir la crudeza de las advertencias que se nos están haciendo, mostraré cómo la interacción entre la técnica de edición genómica CRISPR, los *gene drives* y la Inteligencia Artificial nos sitúan en estos momentos en los umbrales de un futuro inmediato incierto. Por último, propondré algunas tareas a las que estimo que hemos de enfrentarnos como colectivo, todo ello en aras de contribuir a evitar que estas tecnologías se escapen a nuestro control.

² Todas estas cuestiones han sido ya objeto de publicación por mi parte, de ahí que quien quiera informarse o profundizar puede leer los artículos más recientes en Dialnet, así como la bibliografía científica que los acompaña. En cuanto a la expresión «tecnologías disruptivas», existe cierto consenso en que se refiere a la biología sintética, la nanotecnología, las neurotecnologías, la Inteligencia Artificial y la biotecnología. Juntas, encabezan la cuarta revolución industrial, donde nos encontramos en estos momentos (la expresión «tecnologías moralmente disruptivas» se atribuye a Baker, en 2013, aunque el sentido que le atribuyó es diferente). Esta cuestión también ha sido objeto de estudio en dichos artículos. Por último, otro problema interesante, pero que he tratado en otro sitio y por ello ni siquiera mencionaré, es si resulta necesario crear una cuarta generación de derechos humanos para afrontar los desafíos de la presente revolución tecnocientífica, o por el contrario podemos asumir los retos con las tres que ya conocemos.

³ CUTTER, Asher D., «Guerrilla eugenics: gene drives in heritable human genome editing», *J Med Ethics*, Jul. 4, 2023, pp. 1-9.

II. *GENE DRIVES* COMO IMPULSORES DE LA TÉCNICA DE EDICIÓN GENÓMICA CRISPR

Los *gene drives* (genes impulsores) representan un caso extremo de modificación de los seres vivos⁴. Dado su corto recorrido, no más de una década, apenas ha podido ser objeto de análisis en las ciencias sociales o en las humanidades. Además, en cierta medida su relevancia ha quedado difuminada por la técnica de edición genómica CRISPR, más mediática, aun cuando obviamente ambas estén interrelacionadas. La sutileza de la explicación de cómo operan los *gene drives* dificulta también una cabal comprensión de su significado para el lego en la materia⁵. Estas características afectan tanto a la regulación, ausente hasta niveles temerarios, como a una reflexión de naturaleza iustfilosófica acerca de cuáles son las implicaciones de contar con un instrumento tan potente de transformación global e irreversible de los seres vivos, aun cuando su utilización haya sido por ahora limitada.

El objeto originario de los *gene drives* lo constituía tan solo algunas especies de insectos. Lógicamente, la atención pública fue en su momento limitada, por cuanto ni siquiera los animalistas se pudieron sentir concernidos por la potencial eliminación de los mosquitos que transmiten la malaria, el zika o el dengue⁶. Sin embargo, pronto se comprendió que también podría emplearse para eliminar plagas de

⁴ En la comunidad científica se advierte de la existencia de «gene drives» tanto sintéticos como naturales, así como del amplio elenco de intervenciones que podrían caer bajo esta expresión (véase el trabajo de James *et al.* que citamos en este mismo numeral). En nuestro artículo, con la expresión «gene drives» nos referiremos a las posibilidades abiertas con la técnica de edición genómica CRISPR. Frente a otras posibles traducciones (v. gr., genes conductores, genética dirigida) optamos por la expresión «genes impulsores» por recoger más adecuadamente la diferencia entre esta forma de intervención en el genoma y otras. Sobre los diferentes tipos de *gene drives*, véase JAMES, Stephanie *et al.*, «A gene drive is a gene drive: the debate over lumping or splitting definitions», *Nat Commun*, 29;14(1), 1749, Mar 2023, pp. 1-3.

⁵ De forma parecida a como sucede con los Organismos Modificados Genéticamente, la expresión «*gene drive*» se emplea para *naturalizar* o *normalizar* la utilización de este instrumento de biología sintética inexistente en la naturaleza. Véase, al respecto, este informe y compárese con el artículo que citamos en el numeral anterior: «Nos preocupa que esta confusión en el lenguaje contribuye a hacer que los impulsores genéticos modificados parezcan “naturales” para sugerir seguridad y familiaridad, cuando la verdad es lo contrario. (...) Así, una serie de mecanismos o elementos genéticos que ocurren en la naturaleza han sido denominados «impulsores genéticos» *retroactivamente*.» WELLS, Mark; STEINBRECHER, Ricarda; DRESSSEL, Holly (ed.) *Impulsores genéticos modificados*, Critical Scientists Switzerland (CSS), European Network of Scientists for Social and Environmental Responsibility (ENSSER), Vereinigung Deutscher Wissenschaftler (VDW/FGS), 2021. En <https://genedrives.ch/new-publications/>. Última visita, abril de 2024.

⁶ Como gráficamente comentaba un entomólogo, J. Fan, a un ecosistema sin mosquitos solo le entraría «un poco de hipo y después seguiría con su vida normal», en DOUDNA, Jennifer; STERNBERG, Samuel, *Una grieta en la creación. CRISPR, la edición génica y el increíble poder de controlar la evolución*, trad. de James Hombría y María José Sánchez, Alianza Editorial, 2020, p. 214.

mamíferos (v. gr., en Nueva Zelanda). La preocupación por los efectos medioambientales de la súbita eliminación de algunas especies se unió a una cierta alarma por la posibilidad de que las modificaciones saltaran a otras especies, generando un verdadero cataclismo en los ecosistemas a escala planetaria⁷. Sin embargo, la pregunta clave, formulada al principio con cierta timidez y producto del lógico desconocimiento, generaba un zumbido no menos turbador que el de los mosquitos: ¿se puede emplear esta tecnología en seres humanos?

La respuesta corta siempre fue una sonrisa displicente y conmisericordiosa, producto de una mezcla de soberbia y suficiencia propia de quien cree controlar todas las variables. La respuesta larga incluía una explicación técnica: para que la modificación surta efecto en un plazo razonable, los *gene drives* solo se pueden emplear en especies cuya tasa de reproducción sea inusualmente alta (v. gr. mosquitos, conejos, etc.), lo que permitía en cierta medida despreocuparnos. De hecho, el mantra repetido a lo largo de los últimos años era justo ese: con una esperanza media de vida de ochenta años, al menos en los países occidentales, resultaba absurdo plantearse que este tipo de intervención en el genoma pudiera afectarnos directamente como comunidad biológicamente considerada.

Pues bien, la reciente publicación de un artículo en el que se explica de forma bastante detallada cómo, en efecto, los *gene drives* podrían emplearse en seres humanos y extenderse el cambio, modificación, mejora o lo que sea, a toda la población terráquea en un corto periodo de tiempo, nos obliga al menos a un debate público sobre la naturaleza, límites, efectos y regulación de una técnica tan disruptiva.⁸ Posiblemente quede en un mero ejercicio teórico, como sucedió en su día con la clonación⁹, pero quizá sea mejor eso que dejar que nuestros

⁷ Se ha informado recientemente del éxito de la eliminación de mosquitos mediante la inserción de una bacteria, *Wolbachia*, en mosquitos transmisores del dengue. No se elimina la especie sino que se la sustituye. Si se generaliza, parece que la cuestión de los *gene drives* en mosquitos quedaría como un debate desfasado. Véase SAMPEDRO, Javier, «La invasión de los mosquitos modificados», *El País*. 13/04/2024. <https://elpais.com/opinion/2024-04-13/la-invasion-de-los-mosquitos-modificados.html>. Última visita, abril de 2024. Sobre los riesgos, tampoco nulos, véase REDFORD, Kent; BROOKS, Thomas; MACFARLANE, Nicholas; ADAMS, Jonathan, *Fronteras Genéticas para la Conservación*, UICN. 2019, p. 82.

<https://portals.iucn.org/library/sites/library/files/documents/2019-012-Es.pdf>. Última visita, abril de 2024.

⁸ El autor pertenece al Departamento de Ecología y Biología Evolutiva de la Universidad de Toronto, y el artículo fue financiado por el Consejo de Investigación de Ciencias Naturales e Ingeniería de Canadá.

⁹ En realidad, el tema de la clonación es más complejo. No es que haya quedado desfasado (en su día la desmesurada atención pública forzó la creación de un protocolo al Convenio de Oviedo al año siguiente de su publicación), sino que en cierta forma ha sido superado. En efecto, en aquella época no se podía intervenir o modificar la dotación genética de un ser vivo con la suficiente precisión, de ahí que lo más llamativo fuese la posible «repetición» de seres humanos. Pero ese problema, sin desaparecer (actualmente se clona una cantidad indeterminada de mamíferos, sin que cuestio-

descendientes se planteen cómo no lo vimos venir. En cualquier caso, debemos reflexionar sobre hacia dónde vamos y cuáles son las líneas rojas en este recién iniciado proceso de modificación a gran escala de los seres vivos, incluidos nosotros.

Por otra parte, la imbricación y retroalimentación entre la Inteligencia Artificial y la biotecnología permite acelerar, no ya la modificación de los seres vivos, sino la revelación (del latín, *revelare*, y a su vez del indoeuropeo *weg*, en suma, «des-tejer una tela de araña»¹⁰) de dónde, cuándo y cómo esta intervención puede ser más eficaz, rápida o certera (parafraseando esotéricamente a María Moliner, la IA se iguala a Dios al *revelarnos* «cosas cuyo conocimiento no pueden estos adquirir por sí mismos»¹¹). *Alphafold*, la Inteligencia Artificial de Google, permite predecir la estructura tridimensional de las proteínas, y por ende, su función, a una escala sobrehumana (doscientos millones de estructuras en dos años, frente a las cien mil predichas por los seres humanos a lo largo de varias décadas). Para un lego en la materia, lógicamente estos datos no impresionan¹². La ausencia de una normativa internacional que regule esta materia es consecuencia de este desconocimiento¹³. Ni siquiera la UNESCO se ha pronunciado todavía. Sin embargo, los científicos no paran de advertirnos de los crecientes riesgos de estas interacciones¹⁴.

Pues bien, si combinamos el poder predictivo de la IA con la tecnología biológica que permite intervenir en la dotación genética de los seres vivos, incluidos nosotros, solo podemos esperar lo inimaginable.

nemos la legitimidad moral de esta forma de reproducción ni su potencial efecto desde el punto de vista evolutivo en las especies clonadas), ha sido sobrepasado por otro mucho más peligroso: la modificación de la línea germinal de los seres humanos. El lema sería: para qué queremos *repetir* a Hitler si podemos *mejorar* su maldad.

¹⁰ Véase <https://etimologias.dechile.net/>.

¹¹ El tenor literal sobre la voz «Revelar» dice lo siguiente: «comunicar “Dios a los hombres” cosas cuyo conocimiento no pueden estos adquirir por sí mismos» MOLINER, María; *Diccionario de uso del español*, Gredos, p. 956.

¹² Nos remitimos a otros trabajos donde hemos explicado qué supone este monopolio del denominado *secreto de la vida*.

¹³ «Si bien este avance podría acelerar significativamente el descubrimiento de fármacos, existe una preocupación ética sobre la propiedad y el control de una tecnología de IA que podría ser fundamental para el desarrollo de fármacos, ya que eventualmente podría estar disponible para investigadores gubernamentales, sin fines de lucro, académicos y de PBI y PIM solo bajo términos y condiciones comerciales que limiten su difusión y uso», World Health Organization, *Regulatory considerations on artificial intelligence for health*, 2023, p. 13. <https://iris.who.int/handle/10665/373421>, Última visita, abril de 2024.

¹⁴ «Más de 160 científicos de todo el mundo han firmado una iniciativa para que el diseño de proteínas con herramientas de aprendizaje profundo, una revolución sin igual en el campo de la biología, no pueda ser utilizado con fines malévolos. Los investigadores (...) explican a ABC por qué es necesario controlar esta tecnología y cuáles son sus auténticos riesgos». DE JORGE, Judith, «¿Y si la próxima pandemia la genera una Inteligencia Artificial?» ABC, 12/04/2024. En <https://www.abc.es/ciencia/proxima-pandemia-genera-inteligencia-artificial-20240410133707-nt.html>. Última visita, abril de 2024.

Por supuesto, tiene unos efectos benefactores irrenunciables para los seres humanos. La reciente aprobación de terapias CRISPR para la anemia de células falciformes y la beta talasemia permite augurar que en poco tiempo vendrán más. Pero este tipo de intervenciones no se transmite a la descendencia, esto es, la modificación de la dotación genética de las personas enfermas no afecta a sus espermatozoides u óvulos, según el caso, con lo que no se introduce en el acervo genético humano, es decir, en nuestra especie, ningún cambio. Por decirlo de otra forma, nuestra descendencia sigue respondiendo a patrones mendelianos no afectados por decisiones culturalmente tomadas.

De forma análoga, quizá el exterminio de determinadas especies de mosquitos empleando los *gene drives* pueda ser beneficiosa para los seres humanos, similar a la desecación de los pantanos en su día. Por decirlo de otra manera, irrelevante desde el punto de vista de los ecosistemas¹⁵. Pero el caso «mosquito» muestra que nuestra forma de organización política internacional, así como la normativa que la vertebraba, se revela insuficiente para el calado de este tipo de intervenciones en la Naturaleza.

En 2018, como es de sobra conocido, un investigador chino modificó tres embriones con la técnica de edición genómica CRISPR con la intención de que fuesen inmunes al SIDA. Se desconoce cuál es el estado de salud de las dos niñas que nacieron como consecuencia de este experimento, así como el grado de eficiencia de su intervención, en un contexto de gran expectación mundial por el inmoral experimento. La comunidad científica no se ha posicionado radicalmente en contra de esta intervención. En esencia, estiman que estamos ante una intervención prematura (no se efectuaron experimentos previos) y que se ha puesto en grave riesgo la salud futura de las dos menores.

A los efectos de la temática que estamos examinando, nos interesa efectuar la siguiente comparación:

1. En puridad, la descendencia de estas dos niñas heredará la inmunidad al SIDA (caso de que, en efecto, la modificación haya sido eficaz). De esta forma, quien se cruce con su descendencia (procrea) heredará la mutación siguiendo patrones naturales, esto es, mendelianos.

Según el cálculo que han hecho en el citado artículo¹⁶, si una intervención en el genoma fuese neutral (no favorece ni perjudica a quien la posee), se tardarían millones de años en extenderse por una población humana como la actual. Pero si fuese beneficiosa (cita el ejemplo de la

¹⁵ Sobre las dudas que despierta en un país especialmente afectado por este tipo de transmisores de enfermedades, véase HARTLEY, Sarah *et al.* «Ugandan stakeholder hopes and concerns about gene drive mosquitoes for malaria control: new directions for gene drive risk governance», *Malar J*, Mar 16; 20(1), 149, 2021.

¹⁶ CUTTER, Asher D., «Guerrilla eugenics», *cit.*

lactosa), el lapso de extensión se reduciría a pocos miles de años. Las niñas nacidas serían un ejemplo (discutible¹⁷) de este segundo caso.

Esto es, CRISPR se puede emplear para curar enfermedades, prevenir enfermedades (como una especie de vacuna génica), o *mejorar* a la especie humana (incluida la posibilidad de introducir genes de otras especies en el genoma humano). Sin duda, esta técnica divide la historia de la humanidad en dos, en el sentido de que hasta ahora la dotación genética de nuestra descendencia era una mezcla entre herencia (50% del genoma de cada progenitor) y azar (mutaciones aleatorias). Ahora disponemos del instrumento para poder elegir culturalmente la dotación genética de nuestra descendencia¹⁸, en un arco de posibilidades que abarca desde la curación de enfermedades hasta las posibilidades más extravagantes, incluidas las meramente estéticas o experimentales.

Sin embargo, al menos *a priori*, la especie en su conjunto no puede verse afectada porque el ritmo de propagación de este tipo de intervenciones sigue respondiendo a patrones mendelianos. La extensión de este tipo de modificaciones sería tan lenta (a no ser que un Estado totalitario ponga su industria al servicio de este tipo de experimentos, interviniendo en millones de embriones, algo técnicamente improbable y/o inviable), que podemos ceñirnos a las implicaciones desde un punto de vista individual.

2. Los *gene drives* añaden un mayor dramatismo a la modificación genética, dado que al debate sobre qué modificar añade la cuestión de la celeridad con que dicha intervención se extiende por una especie.

En efecto, el caso de China sigue un patrón regular, esto es, mendeliano, como hemos comentado. Sin embargo, los *gene drives* rompen las reglas de la herencia que nos rigen, de forma que la modificación se transmite de forma «supermendeliana». La expresión no es afortunada, dado que parece que es un reforzamiento o añadido a algo que ya sucede de forma natural. Nada más lejos de la realidad, como explica Jennifer Kann, «biólogicamente, eso no debería ser posible»¹⁹. Esto es,

¹⁷ Los científicos discuten sobre las implicaciones de esta intervención en la salud de las menores: a) puede que la modificación no sea suficientemente eficaz, y en efecto, no sean inmunes al SIDA; b) puede que la modificación sea exitosa y, como se deseaba, sean inmunes al SIDA, por lo que en principio sería beneficiosa; c) el gen modificado protege a los seres humanos de otras enfermedades, por lo que estas menores están más desprotegidas que el resto, con independencia de si son o no inmunes al SIDA. Por ello, no se puede saber a priori si es una mutación beneficiosa, y por ende, se diseminará por la población conforme a un patrón mendeliano, o por el contrario es perjudicial y desaparecerá del acervo genético humano. Estas mismas reflexiones pueden extenderse a otras hipotéticas intervenciones en el genoma humano.

¹⁸ Véase, en este sentido, un estudio comparativo internacional en LECUONA, Itziar *et al.*, «Gene Editing in Humans: Towards a Global and Inclusive Debate for Responsible Research», *Yale Journal of Biology and Medicine*, 2017, pp. 673-681.

¹⁹ KANN, Jennifer «Gene editing can now change an entire species», TED 2016, minuto 5,10». https://www.ted.com/talks/jennifer_kahn_gene_editing_can_now_change_an_entire_species_forever. Última visita, abril de 2024.

evolutivamente no parece viable (un único cambio se transmite a toda la descendencia de la especie, sea o no ventajoso), dado que podría desestabilizar fácilmente a una especie si la mutación es perjudicial. De hecho, el objetivo primario es exterminar grupos de seres vivos que nos resultan perjudiciales por ser exóticos o vectores de enfermedades. La expresión «gene drives» es demasiado técnica para la completa comprensión de las implicaciones que conlleva, mientras que el sintagma «herencia supermendeliana» transmite la errónea idea de que estamos ante un simple reforzamiento de algo que ya sucede de forma natural²⁰ (v. gr., si se modifica un embrión humano para que nazca con tres orejas, nadie diría que se ha mejorado su capacidad auditiva, sino que es algo *contra natura*). En esencia, estamos ante una forma de intervención artificial en el mecanismo hereditario natural de los seres humanos.

Por ello, debemos distinguir un doble problema: *a)* la modificación en sí misma (qué tipo de rasgo o característica se introduce, que puede ser neutral, perjudicial o ventajoso, humano o no), cuestión que es objeto de debate en sí misma, dado que no es lo mismo evitar la transmisión de enfermedades monogénicas que el *enhancement* de los transhumanistas; *b)* el segundo, independiente del anterior, es la *rapidez* con que se transmite dicho cambio, dado que repercute en quienes no guardan relación alguna con la modificación inicial. Es como si en dos o tres generaciones pudiésemos eliminar del acervo genético humano una enfermedad concreta, en su aplicación más rousseauniana, o pudiésemos dejar estériles a todas las mujeres, en su aplicación más hobbesiana. Entre uno y otro extremo caben infinitud de posibilidades, caracterizadas todas ellas no solo por la relevancia del cambio genético, que puede incluir la introducción en la dotación genética humana de rasgos de especies de animales (al igual que en los cerdos que recién empleamos para trasplantes introducimos genes humanos), sino por la velocidad con que puede transmitirse:

Un único episodio de HHGE que introduzca un impulsor genético hará que este y su carga genética actúen de forma direccional para propagarse de forma autónoma y cambiar la composición genética, eventualmente, *de toda la población humana*. (...) (esta característica) lo hace *cualitativamente diferente* de las consecuencias de un episodio individual de HHGE sin impulsor o de la selección de embrio-

²⁰ Otra forma de verlo es emplear un término *cuasimaldito*, el lamackismo, por su reminiscencia marxista (v. gr., caso Lysenko): «El hecho de que los individuos adultos sólo transmitan un subconjunto de los alelos que ellos mismos heredaron, al haber cambiado sus genomas mediante la conversión de impulsos durante su vida, convierte la soldadura genética en un medio casi lamarckiano de cambio evolutivo no selectivo.» CUTTER, Asher D., «Synthetic gene drives as an anthropogenic evolutionary force», *Trends Genet.*, May, 39(5), 2023, pp. 347-357.

nes mediante selección preimplantacional en un evento reproductivo definido²¹. (Nota: las cursivas son mías)²².

El estudio que citamos distingue si la mutación se introduce sin «impulsores» (millones de años o miles en función de si es ventajosa o no), como ya hemos citado, o si se disemina con los *gene drives*.

En este caso, si se empleasen *impulsores* para acelerar el proceso, el cálculo se reduciría dramáticamente (según dicho estudio, la modificación de cien embriones en una población insular de 50.000 personas conllevaría que la característica introducida estaría completamente diseminada en dos siglos).

Con estos datos, resulta legítimo plantearse cuántos embriones humanos hay que modificar para que la modificación se extienda en el mínimo lapso de tiempo posible (¿una, dos generaciones?). Doudna comenta cómo si una única mosca del vinagre modificada con esta técnica se hubiese escapado del centro donde estaba contenida, en poco tiempo entre el 20% y el 50% de las moscas terráneas gozarían de la misma modificación²³. En el caso de los seres humanos, con mecanismos culturales y reproductivos sustancialmente diferentes, la pregunta no deja de ser la misma, esto es, cuánto tiempo se necesita realmente para que una mutación, ventajosa o no, se extienda sin control.

Los interrogantes no acaban ahí. Otros, que se tocan tangencialmente en el artículo, pueden resultar embarazosos. Por ejemplo, si este tipo de modificación se hubiese iniciado ya (piénsese en un país totalitario contemporáneo), ¿cómo lo sabríamos? Las dos niñas modificadas en China son indistinguibles de cualquier otra, esto es, un niño modificado genéticamente no lleva una lucecita roja en su nariz advirtiéndolo de la bomba de relojería que puede contener su dotación genética. Sabemos que no se ha hecho porque *deseamos que no se haya hecho*. El anuncio efectuado en China en 2018 sobre la modificación de los embriones respondió a las necesidades publicitarias del investigador, pero si hubiese querido, ¿quién se iba a enterar de que por primera vez en la historia humana habían nacido dos niñas modificadas genéticamente?

Parece obvio que las reglas han cambiado sustancialmente. Esto es, la humanidad cuenta con un instrumental para alterar en muy corto plazo la dotación genética de los seres vivos, incluidos nosotros. Ni siquiera lo veríamos venir. Plantearse que determinados regímenes, empresas o incluso particulares (estudiantes con conocimientos, los denominados *biohackers*) no van a probar, aunque sea por mera curio-

²¹ CUTTER, Asher D., «Guerrilla eugenics», *cit.*

²² Las siglas HHGE corresponden a la expresión *Heritable Human Gene Editing*, esto es, a las intervenciones en el genoma humano que se transmiten a la descendencia (por ejemplo, si se modifica un embrión, la descendencia futura de dicho embrión heredará dicha modificación).

²³ DOUDNA, Jennifer; STERNBERG, Samuel, *op. cit.*, p. 211.

sidad intelectual, es un acto de ingenuidad colectiva. No somos moscas que podamos ser contenidas en un laboratorio, sino seres humanos en un planeta con miles de clínicas de reproducción asistida dispersas, miles de científicos con conocimientos para emplear este tipo de tecnologías, miles (¿millones?) de parejas dispuestas a pagar un embrión *mejorado*, cuyo riesgo en la gestación se puede trasladar a un vientre de alquiler, regímenes políticos con capacidad para moldear la población conforme a un patrón ideológico, e infinidad de variables geopolíticas que justificarían intelectualmente este tipo de experimentos²⁴.

Kevin Esvelt, uno de los padres intelectuales de los *gene drives*, dirige una empresa denominada ampulosamente «Sculpting Evolution». En su página en internet anuncian que su objetivo es «Desarrollar herramientas capaces de intervenir con precisión en la evolución de los ecosistemas». Pues bien, ¿qué significa *con precisión*?; ¿es lo mismo esculpir un mármol que sustituir especies vivas?; ¿quién otorga los permisos?; ¿están estableciendo analogías con el *David* de Miguel Ángel?; ¿son (plenamente) conscientes de que el mármol es materia inerte y no se reproduce? Y, por último, ¿cuánto tiempo tardaremos en ver algún anuncio prometiendo «esculpir la evolución» de los hijos de algún colectivo, por ejemplo, una etnia, *pudientes* o cualquier otra tribu urbana? Después de todo, el salto del mármol al insecto no es menor que del mosquito al embrión humano. Y no hemos de olvidar que G. Church juega con la posibilidad de introducir en un único embrión un grupo de mutaciones (naturales, eso sí) ventajosas, ¿por qué no acelerar la expansión de dicho experimento...? Como dicen Boersma *et al.*, «Para ellos [se refieren a *Sculpting Evolution*], la evolución no es algo en lo que se *interviene*, sino algo que se puede *utilizar*» (las cursivas son mías).

En su ilustrador artículo, estos investigadores reformulan conceptos que damos por obvios, como «ecosistema» o «evolución», al mostrar los diferentes sentidos que adoptan estas expresiones a la luz de esta forma de intervención en la naturaleza. En esencia, debemos comprender que nunca antes nos habíamos enfrentado a este tipo de experimentos:

(...) el potencial de los impulsores genéticos radica principalmente en su uso contra poblaciones salvajes, lo que pone en primer plano la distinción ontológica y moral entre el mundo controlado por el ser

²⁴ En RUEDA, Jon *et al.*, se comenta cómo el principio de beneficencia procreativa (los padres están obligados a buscar lo mejor para sus hijos, incluida su dotación genética) podría llevar a que la reproducción sexual, en la medida en que responde a criterios azarosos y evita que los padres puedan «mejorar» a sus hijos, llegue algún día a ser considerada inmoral y sea sustituida por la reproducción artificial porque permite intervenir en la dotación genética de los embriones. Pues bien, la paradoja que quiero subrayar es que los *gene drives* podrían acelerar la reprogenética en el sentido contrario al que usualmente se ha acuñado, esto es, nos llevaría a tener que evitar la reproducción sexual, no para incorporar nuevos rasgos como propone el principio de beneficencia procreativa de Savulescu, sino para evitar que operen los impulsores génicos. RUEDA, Jon *et al.*, «The morally disruptive future of reprogenetic enhancement technologies», *Trends in Biotechnology*, 41 (5), 2022.

humano y el que no lo es (...) ¿qué es realmente lo intervenido? Las diferentes formas en que los impulsores genéticos dan lugar a la coproducción de la naturaleza vuelven a aparecer aquí, ahora vistas a través de la lente de la intervención (...) ¿hace suficiente justicia el término «ecosistema» a la presencia humana en los sistemas locales donde se van a desplegar los impulsores genéticos? (...) Los impulsores genéticos trabajarían al mismo tiempo con y contra la evolución, y por tanto no pueden entenderse tan fácilmente como lo intervenido²⁵.

III. INTELIGENCIA ARTIFICIAL COMO *IMPULSORA* DE LA BIOTECNOLOGÍA

Salvo error u omisión por mi parte, la Declaración de Bletchley es el primer documento dedicado a la Inteligencia Artificial donde se cita expresamente a la biotecnología como disciplina generadora de riesgos «difíciles de predecir».²⁶ Aun cuando sea una referencia de lo más cicatera, para valorarla en su justa medida hemos de tener en cuenta que el Reglamento (UE) sobre IA, el Convenio sobre IA del Consejo de Europa o la Declaración de la UNESCO sobre IA carecen de referencias explícitas a dicha disciplina.

En los últimos años hemos asistido a un notable incremento de las capacidades de la Inteligencia Artificial, de ahí la sobreabundancia, hasta el hastío, de documentos, informes y publicaciones. Sin embargo, un aspecto relevante que se está minusvalorando, a pesar de que cada vez cobra más protagonismo, es la interacción y retroalimentación entre la biotecnología, que ya había dado su propio salto cualitativo hace unos años, a raíz de la aparición de la técnica de edición genómica CRISPR, y la propia Inteligencia Artificial.²⁷ La habilidad de *Deepmind*, IA de Google, para predecir la estructura tridimensional de las proteínas a partir de la secuencia de los aminoácidos (2021),

²⁵ BOERSMA, Keje *et al.*, «Correction: Gene Drives as Interventions into Nature: the Coproduction of Ontology and Morality in the Gene Drive Debate», *Nanoethics* 17, 9, 2023.

²⁶ Gobierno de Gran Bretaña. Declaración de Bletchley. Cumbre de Seguridad sobre Inteligencia Artificial. 1 y 2 de noviembre de 2023. <https://www.gov.uk/government/publications/ai-safety-summit-2023-the-bletchley-declaration/dbc58681-1b68-47e0-8e3f-f91435fdf8ce>. Última visita, abril de 2024.

²⁷ En el informe de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza se recuerda cómo los avances en biología sintética y, en general, en biotecnología, se deben en parte a la «digitalización» de la información biológica, que no sólo permite «a los investigadores ver y entender los planos de un organismo en un entorno computacional, sino que también abre la puerta a diseñar, editar y modelizar componentes biológicos antes de producirlos físicamente e insertarlos en una célula o un organismo». REDFORD, Kent; BROOKS, Thomas; MACFARLANE, Nicholas; ADAMS, Jonathan, «Genetic frontiers for conservation: an assessment of synthetic biology and biodiversity conservation: technical assessment», *International Union for Conservation of Nature*, 2019, p. 6.

constituye un hito en la historia de la ciencia, así como de la creciente imbricación entre ambas disciplinas.

En esencia, y sin entrar a analizar la complejidad inherente a acotar qué significa, implica o hace realmente la Inteligencia Artificial, queremos resaltar cómo su capacidad predictiva puede coadyuvar a que los objetivos de la biotecnología, sean cuales sean, se aceleren. Si la IA es capaz de desvelarnos el profundo misterio que envuelve el plegamiento de las proteínas, entonces también facilitará a las disciplinas «bio» averiguar qué reglas rigen en última instancia la estructura de la vida, un presente inestimable para la biomedicina, pero una notable preocupación para temáticas como las que estamos analizando. La valoración de esta interacción también depende del sesgo cultural, esto es, de si nos centramos en el mercado o en el principio de precaución.

En efecto, en un interesante estudio comparativo precisamente sobre este proceso de convergencia entre la IA y la biotecnología (que fechan en tan solo los últimos cinco años), los investigadores mostraban cómo el grupo europeo entrevistado se preocupaba por la falta de perspectiva acerca del «riesgo existencial» que supone esta convergencia, frente a la opinión del grupo norteamericano y chino, centrado en cuestiones *más terrenales*²⁸.

En esencia, la IA puede diseñar estructuras biológicas inexistentes en la Naturaleza (v. gr., los *biobots*); puede correlacionar qué genes están vinculados con características fisiológicas o comportamientos humanos, incluidos los políticos; puede predecir enfermedades como el alzhéimer, la demencia o la esquizofrenia emparentando patrones presentes en nuestros teléfonos móviles, vehículos autónomos, formas de teclear, uso de emoticonos, etc., antes de que lo sepamos nosotros, y aun sin nuestra voluntad; e incluso puede informarnos sobre qué moléculas, naturales o no, son incompatibles con la vida a escala planetaria. Existe una infinidad de información en el mundo, emitida de forma voluntaria o involuntaria, que la IA puede correlacionar, interpretar y anticipar en planos tan diferenciados como la política, la economía, la salud o el riesgo existencial. Parte de esa información desvelada hallando patrones en sistemas y subsistemas nos resultará muy útil para mejorar la calidad de vida²⁹, otra parte simplemente nos pone en peligro a unos niveles completamente desconocidos en el pasado.

²⁸ ZAKARIA, Sana *et al.*, «Machine Learning and gene editing at the helm of a societal evolution», Santa Monica, CA: RAND Corporation, 2023, p. 60.

https://www.rand.org/pubs/research_reports/RRA2838-1.html. Última visita, abril de 2024.

²⁹ «(...) la IA es capaz de extraer automáticamente características termodinámicas y microestructurales de grandes conjuntos de datos a partir de simulaciones electrónicas, atómicas y continua con un alto poder predictivo, afirma Jörg Neugebauer, director del Max-Planck-Institut für Eisenforschung». SALEM, Yasmin, «Artificial intelligence for materials design», *Max-Planck-Gesellschaft*, March 31, 2023. En <https://www.mpg.de/20096180/artificial-intelligence-in-material-design>; Última visita, abril de 2024.

Urbina *et al.*, narran en su sobrecogedor artículo cómo solicitaron a una IA que predijera qué moléculas eran peligrosas para los seres humanos³⁰. El número de combinaciones sobrepasó sus previsiones. En una línea discursiva similar, Sandbrink nos recuerda cómo un terrorista japonés no pudo llevar a cabo su atentado porque, a pesar de ser doctor en virología, «no supo apreciar la diferencia entre la bacteria *Clostridium botulinum* y la toxina botulínica mortal que produce». Sin embargo, esta distancia puede ser fácilmente salvada por las IA generativas, dado que:

(...) los LLM pueden sintetizar conocimientos de muchas fuentes distintas, hacer que la información compleja sea accesible y esté adaptada a los no expertos, y pueden señalar proactivamente variables sobra las que el usuario no sabía que debía preguntar. Si la información sobre armas biológicas se presenta de este modo, los esfuerzos más pequeños en este campo podrían superar cuellos de botella clave³¹.

Como hemos examinado, existe una correlación entre la tasa de reproducción y la tasa de éxito (transmisión hereditaria) de los rasgos programados con los *gene drives*. Por eso el primer objeto de estudio fueron los mosquitos y se despreocuparon de los seres humanos. Parece obvio que el obstáculo puede ser salvado aumentando la base, esto es, incrementando el número de embriones modificados con CRISPR y empleando los impulsores genéticos. La pregunta de cuántos embriones humanos deben ser modificados para que *todos* los seres humanos del planeta hereden la misma modificación en pocas generaciones puede ser resuelta sin duda alguna por una IA. También podría abordar otras cuestiones similarmente turbadoras y peligrosas, desde qué modificaciones introducir para eliminar un grupo humano hasta cómo sustituir determinados rasgos conductuales interviniendo en las mutaciones que lo hacen posible. La IA simplemente dirá a los *gene drives* cómo optimizar el proceso^{32,33}.

RAABE, Dier; MIANDROODI, Jaber R.; NEUGEBAUER, Jörg., «Accelerating the design of compositionally complex materials via physics-informed artificial intelligence», *Nat Comput Sci*, 3, 2023, pp. 198–209.

³⁰ URBINA, Fabio *et al.*, «Dual use of artificial-intelligence-powered drug discovery», *Nature Machine Intelligence volume 4*, 2022, pp. 189–191.

³¹ SANDBRINK, Jonas B., «Artificial intelligence and biological misuse: Differentiating risks of language models and biological design tools», 2023, Repositorio Arxiv.

<https://arxiv.org/ftp/arxiv/papers/2306/2306.13952.pdf>. Última visita, abril de 2024.

³² En el artículo de VILHEKAR y RAWEKAR se analiza en un cuadro diversos ejemplos de las «diversas e impactantes aplicaciones de la genética y la IA en la asistencia sanitaria», en temáticas como el diagnóstico y el seguimiento del cáncer, la identificación de las poblaciones de riesgo, la clasificación de variaciones genéticas o la predicción de la ascendencia de los pacientes. VILHEKAR, Rohit S.; RAWEKAR, Alka, «Artificial Intelligence in Genetics», *Cureus* 10;16(1), 2024.

³³ Las siglas LLM corresponden a la expresión *Large Language Model*, esto es, a la Inteligencia Artificial Generativa (como el famoso ChatGPT). A diferencia de la futura Inteligencia Artificial Creativa (quizá hipotética), la Generativa no produce en

Hasta ahora, los únicos que se han dado cuenta son los científicos, pero lógicamente centran su atención en las implicaciones meramente ecológicas de su trabajo, no en los efectos colaterales en la política, la sociología o la antropología. Ni los sociópatas de la ingeniería social ni en general la clase política comprenden qué se ha descubierto prácticamente por casualidad (en el descubrimiento de CRISPR tuvo un papel destacado un investigador que buscaba optimizar los productos lácteos...) ³⁴, ni mucho menos el inmenso poder predictivo que están desarrollando las IIAA. No es exagerado decir que ese es el motivo por el que estos objetivos no se han puesto todavía en marcha en determinados países. Desde luego, no han sido las Declaraciones de Derechos Humanos ni la presión internacional. Esperar o adelantarnos, y si decidimos actuar, cómo lo hacemos, tal es el dilema.

IV. TAREAS PARA LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Centrándonos en la temática expuesta, los *gene drives* en seres humanos, estimo que nuestra área de conocimiento debe abordar tres tareas:

1. Debemos redefinir el concepto de «eugenesia». El artículo tres de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea prohíbe «las prácticas eugenésicas, y en particular, las que tienen por finalidad la selección de las personas». La expresión parece estar referida a las prácticas nazis durante la II Guerra Mundial, sin embargo, la aclaración *auténtica* restringe aún más su sentido, hasta el punto de excluir prácticamente la cuestión genética.

En efecto, quienes redactaron la Carta especificaron que se estaban refiriendo a «campañas de esterilización, embarazos forzados, matrimonios obligatorios según criterios étnicos», etc. ³⁵. Obviamente, las posibilidades de la edición genómica en la línea germinal humana quedan fuera del alcance de este precepto, máxime si contemplamos esta cuestión desde la creciente interacción entre CRISPR, los *gene drives* y los algoritmos de la IA (el código penal español también se ha quedado obsoleto). La cuestión es ¿qué prohibir?

En el contexto actual, un extremo de la prohibición serían las prácticas nazis, que ni siquiera hace falta explicar. En el otro estaría la «selección preimplantacional», que según la Iglesia católica es una

principio información nueva, sino que solo emplea la información con que fue entregada la IA.

³⁴ DOUDNA, Jennifer; STERNBERG, Samuel, *op. cit.*, p. 90.

³⁵ Explicación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. *Diario Oficial de la Unión Europea*. C 303/17. 12/12/2007.

[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32007X1214\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32007X1214(01)). Última visita, abril de 2024.

forma de eugenesia a pesar de ser una práctica legal que permite que las enfermedades hereditarias no se transmitan de una generación a la siguiente sin necesidad de modificar genéticamente a los embriones.

Entre uno y otro extremo podemos hallar una amplia amalgama de posibilidades, cuya especificación sería necesaria. La modificación del genoma humano para evitar que se transmitan las enfermedades monogénicas estaría justificada moralmente (la normativa europea actualmente lo prohíbe también, pero esta proscripción se estableció a finales de los noventa, cuando nadie podía prever los avances científicos. Una cuestión diferente es que técnicamente todavía no sea seguro hacerlo)³⁶. La intervención para prevenir enfermedades en las generaciones futuras conllevaría más discusión, por cuanto habría que valorar la proporcionalidad de una medida tan invasiva. La modificación para «mejorar» (*enhancement*) la especie humana parece a priori que entraría dentro del concepto de «eugenesia», pero incluso aquí tendríamos que precisar más (v. gr., valorar incluso la introducción de genes de otras especies porque nos resulten favorables desde un punto de vista terapéutico. Piénsese que esto ya se hace, pero a la inversa, en cerdos *humanizados* para facilitar un trasplante. Aunque queda lejos, si alguna vez intentamos colonizar Marte tendremos este tipo de debates). En cualquier caso, está por discutir por qué si un hipotético incremento cognitivo es eugenesia³⁷, la introducción de mutaciones favorables o ventajosas en un embrión (es una propuesta abierta a hipotéticos usuarios en internet) no lo es. La selección de preembriones con rasgos ventajosos *naturales*, producto del azar, correlacionados con Inteligencia Artificial, ya es objeto de tráfico mercantil, esto es, se hace³⁸. Los embriones se seleccionan en función del grado de «éxito» futuro, lo que puede incluir el color de la piel (v. gr., un contexto racista puede empujar a los padres a elegir al embrión más *clarito* para reducir, al

³⁶ Artículo 13 del Convenio de Oviedo. Intervenciones sobre el genoma humano. Únicamente podrá efectuarse una intervención que tenga por objeto modificar el genoma humano por razones preventivas, diagnósticas o terapéuticas y *sólo cuando no tenga por finalidad la introducción de una modificación en el genoma de la descendencia*. (Nota: las cursivas son mías). La comunidad científica está dividida entre quienes abogan por modificar este artículo para permitir la modificación de la línea germinal cuando la técnica sea suficientemente segura y quienes se oponen a cualquier intervención que se traslade a la descendencia, aun cuando sea por motivos terapéuticos.

³⁷ Algunos estudios señalan que no debe preocuparnos esta cuestión, dado que un aumento de la inteligencia desde un punto de vista genético no solo es un objetivo difuso, sino muy difícil técnicamente. REGALADO, Antonio, «Why don't have to worry about designer babies: altering intelligence is too hard», *MIT Technology Review*. 28/01/2019; REGALADO, Antonio, «We don't use CRISPR to make super-smart babies- but only because we can't», *MIT Technology Review*, 2019, 01/18.

³⁸ Véase Editorial, «The alarming rise of complex genetic testing in human embryo selection», *Nature*. 28 March, 2022; KUMAR, Akash *et al.*, «Whole-genome risk prediction of common diseases in human preimplantation embryos», *Nat Med* 28, 2022, pp. 513-516; GLEICHER, Norbert *et al.*, «The uncertain science of preimplantation and prenatal genetic testing», *Nat Med* 28, 2022, pp. 442-444.

menos hipotéticamente, los problemas al futuro hijo), o juicios meramente probabilísticos acerca de su inteligencia futura³⁹. A partir de aquí, surgen innumerables preguntas.

En este contexto, los *gene drives* constituyen una forma *singular* de eugenesia, de ahí que Cutter titulase a su artículo «Eugenesia de guerrilla», porque «la naturaleza intrínsecamente autopropagadora del impulsor genético lo distingue de las prácticas eugenésicas definidas tradicionalmente»⁴⁰. En esencia, nos advierte sobre las diferencias cualitativas entre esta forma de intervención en el genoma humano y las que justificaron en su día la utilización del término eugenesia.

En efecto, dada la celeridad con que se pueden expandir las mutaciones diseñadas *ad hoc* y la falta de control público sobre quien las pueda iniciar, parece obvio que supera el marco del individuo y nos afecta colectivamente. Podría emplearse para exterminar un determinado colectivo (una etnia), pero también para una finalidad que pueda considerarse legítima desde un punto de vista religioso (v. gr., provocar las mutaciones necesarias para evitar el ateísmo) o político (v. gr. provocar las mutaciones necesarias para evitar la religiosidad o el individualismo).

En este sentido, la Inteligencia Artificial puede jugar un papel fundamental al correlacionar rasgos comportamentales (sexualidad, predisposición a la manipulación, sentido del voto) a mutaciones presentes en determinados genes. La tentación de «corregir» las mutaciones *inadecuadas* formarán parte del arsenal del poder político, con total independencia de la correspondencia real entre las correlaciones.

La tesis de que los *gene drives* no se van a emplear con fines espurios en seres humanos por motivos políticos, sociales, religiosos, y quién sabe incluso si económicos, es pura ingenuidad. Por ello, debemos clarificar cuanto antes cuáles son las líneas rojas de lo que debe considerarse eugenesia para que después pueda concretarse en normas jurídicamente vinculantes antes de que el mercado haga esa labor por nosotros.

Otra cuestión a abordar en esta expresión es si los animales pueden ser objeto de «eugenesia» en el sentido *humano* de la expresión. La respuesta es que sí, y por ello, debemos establecer límites a la *hominización* de los animales.

Escribo *hominización* y no *humanización* de forma consciente y deliberada. En estos momentos, humanizamos órganos de cerdo insertando genes humanos en su genoma para que no se produzca rechazo en caso de trasplante. En abril de este mismo año, el primer paciente exitoso de este tipo de xenotrasplantes de riñón fue dado de alta del

³⁹ Véase a este respecto DE LECUONA, Itziar; MARFANY, Gemma (coord.), «Bioética y selección genética de embriones humanos por cálculo de riesgo poligénico», Observatorio de Bioética y Derecho, Universitat de Barcelona, 2024.

⁴⁰ CUTTER, Asher D., «Guerrilla eugenics», *cit.*

hospital (en los otros intentos, los pacientes estaban clínicamente muertos cuando se hizo el experimento). Aun cuando falleció dos meses después de la intervención, este tipo de investigaciones merecen el esfuerzo y el riesgo. Sin duda, vendrán más trasplantes y quizá la falta de órganos para el trasplante deje de ser un problema.

La reflexión debe focalizarse en la ruptura de las fronteras naturales entre las especies, en especial, entre algunos animales y nosotros. Un animal con órganos externos humanos puede resultar perturbador a la vista, pero puede tener su lógica para la investigación científica o para trasplantes. Ahora bien, en estos momentos contamos con la tecnología necesaria para poder incrementar, por accidente o intencionalmente, la capacidad cognitiva de un animal. Básicamente, no hace falta modificar su dotación genética, sino introducir la nuestra en su cerebro o su sistema nervioso⁴¹. No es un debate teórico sino una realidad, solo que a una escala todavía muy pequeña, tanto desde el punto de vista cuantitativo como cualitativo. Sin embargo, la quimera recientemente creada por investigadores occidentales en China, un embrión de mono con un porcentaje de células humanas que fue desarrollado hasta el día 19 (en Occidente, solo se permite el desarrollo de los embriones humanos para experimentación hasta el día 14), es una advertencia de las posibilidades, intenciones o azares de la investigación científica. La pregunta clave en este caso es la siguiente: ¿cuál es la naturaleza ontológica y jurídica de un simio o un cerdo con una capacidad cognitiva superior a la de los miembros de su especie o incluso equivalente a la nuestra? Al igual que se introducen genes para humanizar un riñón de cerdo, ¿qué tiempo tardaremos en hacer lo mismo para *hominizar* su cerebro, aunque sea con la legítima intención de estudiar enfermedades que nos aquejan?

Si a estas reflexiones añadimos la técnica analizada, esto es, los *gene drives*, ¿en qué medida la interacción entre la Inteligencia Artificial, con su inigualable poder de computación y análisis, la técnica CRISPR, que permite transferir genes de una especie a otra, y los *gene drives*, que incrementan los poderes taumatúrgicos de aquellas dos hasta límites insondables, ampliarán el panorama de forma inmanejable?

George Church planteaba que la mejor forma de evitar la extinción de las especies era incrementar el número de especies en el planeta (de ahí su reciente proyecto de recuperar a los mamuts). En cierta forma, es lo que ya estamos haciendo. En la medida en que mezclamos el genoma de seres vivos, incrementamos objetivamente el número de especies (los cerdos humanizados no existen en la naturaleza. Si logran que la característica humana sea hereditaria, estaremos, no ante un cerdo con genes humanos, sino ante una especie con genes especí-

⁴¹ Sobre la integración de un minicerebro humano en el cerebro de una rata, véase MARFANY, Gemma, «Minicerebro de células humanas», *El nacional.cat*. 15 de octubre de 2022, https://www.elnacional.cat/es/opinion/cerebros-hibridos_900432_102.html Última visita, abril de 2024.

ficamente humanos). Si eso mismo sucede con las neuronas, las células gliales (sistema nervioso), etc., estaremos dando un paso ciertamente arriesgado en este proceso de diversificación de la vida, aun cuando pueda ser con loables intenciones.

Hasta ahora, nos hemos centrado en los animales sintientes, de ahí la normativa sobre bienestar animal que paulatinamente se está extendiendo, pero mucho nos tememos que dicho marco jurídico se nos quede rápidamente desfasado y debamos comenzar a preparar el advenimiento de animales con neuronas humanas. Todas nuestras preocupaciones fantasiosas se centran en estos momentos en una IA General, esto es, un algoritmo que, si no sintiente, al menos sea consciente. Sin embargo, parece más probable que antes lograremos un cerdo o un simio, o una estirpe de dichos animales, con cerebros *hominizados*, planteándonos cuestiones metafísicas para las que no tenemos respuesta. Su estatuto ontológico y jurídico lo podemos concretar a posteriori, pero al menos deberíamos reflexionar sobre qué supone la interacción, imbricación y retroalimentación de las tecnologías disruptivas. La eugenesia humana en animales humanizados puede conllevar ampliar el elenco de homínidos, en un contexto donde la Inteligencia Artificial es tanto un medio (para la biotecnología) como un fin en sí mismo (acercar sus capacidades a las nuestras). Extender las reflexiones sobre la eugenesia humana a la Inteligencia Artificial quizá sea rizar el rizo (aunque algunas predicciones de quienes conocen el sector apunten en esta dirección), pero en animales simplemente ya estamos llegando tarde.

2. Género. Sin duda, las tecnologías disruptivas impactan de forma negativa en las cuestiones de género (v. gr., recuérdese los sesgos en IA, las reglas que obstaculizan la fecundación *in vitro*, el hecho de que los primeros experimentos en la línea germinal se hayan efectuado sobre niñas, etc.). Ahora bien, qué reflexión podemos hacer sobre la posibilidad de emplear los *gene drives* específicamente *contra las mujeres*. El artículo de Cutter citado, financiado por el gobierno canadiense, recuerda los procesos de esterilización masiva de mujeres indígenas precisamente en aquel país⁴². Al catálogo de horrores podríamos añadir la ablación del clítoris, la reducción de pies por motivos estéticos, el burka, y un sinfín de perturbadoras posibilidades. Pues bien, los *gene drives* constituyen una poderosa arma para la ingeniería social, dado que permiten modificar la dotación genética de grupos humanos a una velocidad inimaginable en el pasado. Actualmente, con cada mujer hay que *reiniciar* la acometida, esto es, una por una necesita ser invadida por el agresor, lo que en cierta forma limita *cuantitativamente* la embestida, la enlentece o ralentiza. Los *gene drives*, por el contrario, permitirían políticas biosociales dirigidas única y exclusivamente contra ellas, con

⁴² Sobre esta temática, véase también SANDEL; Michael, *Contra la perfección*, (título original *The Case Against perfection. Ethics in the age of genetic engineering*), trad. de Ramón Vilá Vernis, The Belknap Press of Harvard University Press, EE.UU., Marbot Ediciones, 2007, pp. 96-101.

el hándicap de que serían hereditarias, y por ende, prácticamente irreversibles (se estudian posibilidades de reversión que, por lo leído, no parecen muy prácticas). Amartya Sen demostró en los años noventa cómo *faltaban* millones de mujeres en China debido al infanticidio selectivo en un contexto de políticas de hijo único. Si los *gene drives* pueden propagar la esterilización de unas cuantas hembras de mosquito, cabe imaginar qué no podrán acelerar de forma irrefrenable.

Por ello, aunque la esterilización, la mutilación femenina, etc., forman parte del catálogo de crímenes contra la humanidad, sería razonable incluir los *gene drives* específicamente como una nueva forma agresión contra las mujeres, aun cuando por ahora solo sea una posibilidad teórica. Gran Bretaña ha optado por no regular específicamente la Inteligencia Artificial, apostando por la innovación y el progreso tecnológico. La contraparte de esta visión mercantilista es que no afronta de forma específica la forma en que la IA discrimina a las mujeres, considerando que la normativa que regulaba las máquinas de escribir, por ejemplo, *basta* para enfrentarse a las infinitas posibilidades de la IA⁴³. Esto es, estiman que la misma normativa que sirve para imputar un libelo escrito a pluma contra las mujeres es suficiente para enfrentarse a los desnudos de la IA o a los sesgos de los algoritmos. Con la biotecnología sucede igual, solo que a escala mundial, por lo que se deja a las mujeres completamente indefensas frente a la especificidad de los *gene drives*.⁴⁴

En resumidas cuentas, la biotecnología y la Inteligencia Artificial, por separado, o imbricadas, incrementan notablemente, tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo⁴⁵, la discriminación⁴⁶, el sesgo o directamente la agresión a las mujeres, de ahí que deba ser obje-

⁴³ «El planteamiento inicial no normativo del Reino Unido no creará nuevos derechos ni nuevas vías de recurso en esta fase». Gov. UK., «A pro-innovation approach to AI regulation Presented to Parliament by the Secretary of State for Science, Innovation and Technology by Command of His Majesty on 29 March 2023», p. 8. <https://www.gov.uk/government/publications/ai-regulation-a-pro-innovation-approach/white-paper>. Última visita, abril de 2024.

⁴⁴ Incluso en los usos legítimos de los *gene drives*, por ejemplo, para eliminar plagas, habría que tener en cuenta la posición de las mujeres en el seno de las comunidades indígenas a la hora de tomar decisiones que afectan a toda la etnia. Véase, a este respecto REDFORD, Kent *et al.*, p. 55.

⁴⁵ «Los individuos de ascendencia europea representan aproximadamente el 16% de la población mundial, pero suponen casi el 80% de todos los participantes incluidos en los conjuntos de datos de asociación de genoma completo». DE LOS CAMPOS, Gustavo; GIANOLA, Daniel. «Genomic Prediction in the Big Data Era», *American Scientist*, vol. 111, no. 5, 2023, sep-oct, p. 286.

⁴⁶ De los cuatro tipos de sesgo mostrados en el artículo de UPADHYAY, Umashankar *et al.*, sobrerrepresentación, infrarrepresentación, exclusión y prejuicio, a las mujeres les afectan los cuatro. El título del artículo no puede ser más significativo: «Llamamiento a la inteligencia artificial responsable en la sanidad». UPADHYAY, Umashankar *et al.*, «Call for the responsible artificial intelligence in the healthcare», *BMJ Health Care Inform* 2023, p. 30.

to de singular atención. Tras la enorme complejidad de muchas cuestiones técnicas pueden sublimarse, en unos casos, formas indirectas o tácitas de discriminación; en otros, la tecnología simplemente es un instrumento en sí mismo de embate que no solo replica, sino que amplifica nuestra historia reciente. Los estudios jurídicos de género deben ampliarse a la singularidad del momento tecnocientífico que vivimos, partiendo de una concepción transdisciplinar (incluida la ciencia) de los problemas.

3. Regulación. Debemos reflexionar sobre el paradigma jurídico aplicable a las tecnologías disruptivas. A pesar de la enorme casuística, de la disparidad de ordenamientos jurídicos, de la rapidez con que avanza la tecnología y de la dificultad inherente a hallar regularidades normativas en un panorama tan complejo y disperso, estimo que la regulación de las tecnologías disruptivas emplea actualmente dos parámetros, centrarse en la tecnología o, por el contrario, basarse en el resultado final⁴⁷.

Estados Unidos y Gran Bretaña, y quizá China en los escasos momentos en que opta por legislar, basan su normativa no en una tecnología en concreto sino en el resultado final. Así, a diferencia de Europa, Gran Bretaña ha renunciado a crear una norma *ad hoc* para la Inteligencia Artificial y pretende basar su regulación en las normas ya existentes, empleando, imaginamos, la analogía allí donde sea posible y la ingeniosa creatividad donde sea inviable⁴⁸. Basándose en el mismo paradigma, Estados Unidos ha regulado recientemente la biotecnología con una norma basada en el producto final, no en el medio que se emplea para obtenerlo⁴⁹. De esta forma, iguala al agricultor con el ingeniero biotecnólogo y a la huerta con el laboratorio

⁴⁷ En Alemania se plantean si regular la IA conforme a las propiedades o capacidades del sistema, si tener un enfoque antropocéntrico («términos comúnmente asociados a la inteligencia humana, como “conocimientos o habilidades”»), o por el contrario centrarse en «características físicas tales como magnitudes mecánicas, eléctricas y magnéticas». WAHLSTER, Wolfgang; WINTERHAITER, Christoph, *German Standardization Roadmap on Artificial Intelligence*, DKE German Commission for Electrical, Electronic & Information Technologies of DIN and VDE. Sociotechnical System. Chapter 4.5.3.2 Statu Quo; 5. Definition of IA, 2020, pp. 29 y 145.

⁴⁸ «En lugar de crear normas engorrosas aplicables a todas las tecnologías de IA, nuestro marco garantiza que las medidas reguladoras sean proporcionales al contexto y a los resultados, centrándose en el uso de la IA más que en la propia tecnología. (...) 36. Nuestro enfoque innovador de la regulación de la IA utiliza un marco basado en principios para que los reguladores lo interpreten y apliquen a la IA dentro de sus competencias. Los principios establecen los elementos clave de un diseño, desarrollo y uso responsables de la IA, y ayudarán a orientar a las empresas. Los reguladores dirigirán la aplicación del marco, por ejemplo publicando orientaciones sobre las mejores prácticas para la adhesión a estos principios. (...) Fusionar el principio de seguridad con el de protección y robustez, dado el importante solapamiento entre estos conceptos», Gov. UK. *op. cit.*, p. 8.

⁴⁹ Animal and Plant Health Inspection Service (APHIS), USDA. Final rule. *Movement of Certain Genetically Engineered Organism* (2020 Rule). 85 Federal Register. 29,790-29838. 18/05/2020.

más avanzado. Lo relevante, en última instancia, es si una manzana verde y sabrosa es comestible, no si estamos ante una simple variedad vegetal o un transgénico. En resumidas cuentas, Gran Bretaña ha optado por degradar a la IA a la categoría de ordenador de sobremesa, y por eso no recibirá un tratamiento normativo específico, mientras que Estados Unidos ha elevado el estatuto de los indígenas mesoamericanos, que ingeniosamente crearon el maíz hace milenios, al de los bioingenieros contemporáneos, que hacen *lo mismo*, solo que con bata y probeta.

Se podría extrapolar estas diferencias entre el mundo anglo y el europeo continental a la clásica dicotomía entre el *ius commune* y el *ius civile*, pero estimo que el fondo es menos complejo (Gran Bretaña ha formado parte hasta hace poco tiempo de la Unión Europea). Simplemente han apostado por el mercado, minimizando o eliminando la transición entre el laboratorio y el consumidor. Desde esta perspectiva, el principio de precaución constituye un atavismo de la época feudal, una especie de arancel cualificado moderno, una barrera injustificable para la innovación y el crecimiento económico. Si a esto se le añaden cuestiones geoestratégicas (Estados Unidos compite con China y Gran Bretaña en cierta medida con la Unión Europea), la finalidad de su normativa sectorial para la tecnología es fácil de comprender.

El segundo parámetro, regular la tecnología y no el producto final, o poner más peso en lo primero que en lo segundo, es propio de la Unión Europea. Bajo la égida del principio de precaución, aspira a ralentizar la transición entre el laboratorio y el mercado. Cuando el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se opuso en 2018 al parámetro anglo en biotecnología se amparó precisamente en una interpretación amplia del principio de precaución, para indignación de la industria biotecnológica. Esto explica que la principal normativa sobre biotecnología date de 2001 y 2003 (CRISPR es posterior), y que el Reglamento sobre Inteligencia Artificial tarde seis años, desde 2021, en entrar en vigor. En estos momentos la Unión Europea está reformando su normativa en biotecnología para acercarla a la americana, pero dada la lentitud con que se tramita cabe prever que en el ínterin vuelvan a surgir novedades tecnocientíficas imprevistas.

El mundo anglo ha apostado por la innovación, las patentes y el crecimiento económico, de forma que su población corre el riesgo por nosotros, lo que no significa que los continentales no asumamos también algunos, solo que diferentes (v. gr., colonialismo tecnológico, dependencia, etc.). Ahora bien, retomando nuestro tema, resulta lícito plantearse qué sentido tiene regular los *gene drives* a escala continental empleando como paradigma la tecnología o el producto final.

En efecto, los *gene drives* nos ilustran sobre lo ilusorio de seguir manteniendo estos dos antagónicos parámetros⁵⁰. Si una simple mosca modificada que se emancipe de su tribu basta para modificar la mitad de las moscas existentes en el mundo, ¿cómo hemos de interpretar la normativa humana basada en la tecnología o en el producto final (que en este caso *somos nosotros*)?

En definitiva, parece obvio que, por encima de todas estas tecnologías y de este abrumador casuismo, debemos hallar parámetros comunes a ambos lados del Atlántico para regular una técnica prometedora y turbadora como la analizada. Si no lo logramos, quién mejor que Carl Schmitt para recordarnos cuáles son los potenciales peligros de la tecnología:

El destino de la técnica (y por ello de los hombres que se entregan a ella) se infiere del hecho de que mediante la técnica todo se transforma en arma, más luego deja de ser arma y se transforma en un puro medio de aniquilación, no en un medio de medir las fuerzas, como es el arma, sino en un medio de la aniquilación de los valores de aniquilación⁵¹.

V. CONCLUSIONES

Los objetivos de los transhumanistas suelen ser objeto de mofa por su inconcreción (v. gr., el hombre posthumano), espiritualidad *naïf* (v. gr., singularidad) y discurso megalomaniaco (v. gr., curar la

⁵⁰ La cuestión sobre el papel que pueden jugar las comunidades indígenas, e incluso el público en general, a la hora de opinar sobre el impacto de los *gene drives*, ha sido objeto de una fuerte controversia. La dicotomía posmodernos vs científicos simplifica en extremo la cuestión de quién decide en una temática que sobrepasa nuestra idea del consentimiento informado, individualmente considerado, hasta trasladarse a las generaciones venideras por las que decidimos (lógicamente) sin su opinión (la «gobernanza anticipatoria» forma parte de este elenco de expresiones con que se trata de recoger la complejidad del debate). El informe norteamericano sobre esta temática abrió la veda de una agria polémica que aún colea. Véase al respecto. Committee on Gene Drive Research in Non-Human Organisms: Recommendations for Responsible Conduct, Board on Life Sciences, Division on Earth and Life Studies, & National Academies of Sciences; Engineering, and Medicine; «*Gene Drives on the Horizon: Advancing Science, Navigating Uncertainty, and Aligning Research with Public Values.*» National Academies Press (US). 2016; KUNTZ, Marcel, «Scientists Should Oppose the Drive of Postmodern Ideology», *Trends in biotechnology* 34(12), 2016, pp. 943-945; KOLOPACK, PA; Lavery, JV, «Informed consent in field trials of gene-drive mosquitoes», *Gates Open Res.* 2017 dec 11;1:14; Collins J. P. «Gene drives in our future: challenges of and opportunities for using a self-sustaining technology in pest and vector management», *BMC proceedings*, 12 (Suppl 8), 9, 2018; LONG, K. C. *et al.*, «Core commitments for field trials of gene drive organisms», *Science (New York, N. Y.)*, 370(6523), 2020, pp. 1417–1419.

⁵¹ SCHMITT, Carl; *Glossarium. Anotaciones desde 1947 hasta 1958*, trad. de Fernando González Viñas. Edición y notas de Gerd GESILER y Martin TIELKE. Edición española y notas adicionales de David GONZÁLEZ ROMERO, El Paseo editorial, 2021.

muerte). Sin embargo, corremos el riesgo de no advertir la seriedad de algunos debates.

Cuando pensamos en un «hombre posthumano» se nos viene a la mente la ciencia ficción, esto es, un individuo con características físicas ajenas a nuestra especie. No hace falta dar detalles. Por otro lado, desde un punto de vista estrictamente científico una especie es un conjunto de individuos que puede cruzarse y generar descendencia fértil⁵². Para pensar en el fraccionamiento biológico de la especie humana, esto es, en la generación de unos individuos que no puedan cruzarse con los ya preexistentes, necesitamos mucha *creatividad*, dado que incluso con la técnica CRISPR tendrían que combinarse diversos factores para que realmente pudiera darse una situación como esa (aislamiento poblacional, innumerables generaciones, mutaciones que afecten a la reproducción, etc.). Sin embargo, si algo podemos estar aprendiendo es que conceptos como «especie», «ecosistema» o «evolución» se tambalean con estas novedosas tecnologías, o como mínimo, adquieren un nuevo significado.

Es un lugar común entre los científicos pensar que una especie modificada con los *gene drives* constituye en cierta forma una *nueva especie*, esto es, una especie *creada* en laboratorio, o un producto de la biología sintética, pero, en cualquier caso, algo *no natural*⁵³. Cuando se formulan este tipo de reflexiones, se están refiriendo a los mosquitos o a mamíferos sobre los que se ha pensado aplicar este tipo de tecnologías.

No he hallado en ningún lugar la reflexión de que, siguiendo el mismo argumento, si esta técnica se aplicara a los seres humanos estaríamos ante una nueva especie *de seres humanos*. Es cierto que anatómicamente serían idénticos, que seguirían reproduciéndose con el resto (v. gr. salvo modificación *ad hoc*), etc. Pero la característica adquirida, esto es, la transmisión supermendeliana de los rasgos añadidos en un laboratorio, supondría un salto cualitativo, un elemento diferenciador hasta extremo insospechados (ninguna de las especies del género *Homo*, desde que nos separamos de los simios hace siete millones de años, presentaba este rasgo). Un individuo que transmite sus rasgos sí o sí, sean adaptativos y ventajosos, o por el contrario, nocivos y peligrosos, no es como nosotros, es *otra cosa*. *Qué sea*, está por discutir. Desde el punto de vista de su dignidad intrínseca o de su reconocimiento como miembro de nuestra comunidad, no genera dudas en cuanto a su humanidad, porque entre otras cuestiones que afrontar no tendríamos forma de distinguirlo. Pero desde el momento en que sus rasgos adquiridos, introducidos o

⁵² Parece que el problema de la hibridación entre neandertales y sapiens estribó justo en esa cuestión, en que la descendencia no era fértil.

⁵³ Véase NOBLE, Charleston *et al.*, «Current CRISPR gene drive systems are likely to be highly invasive in wild populations», *eLife*, 7, 2018; KOFLER, Natalie *et al.*, «Editing nature: Local roots of global governance», *Science*, 2 Nov, 2018, pp. 527-529.

producidos en fase embrionaria, se diseminan imperativamente por el resto del planeta, a una velocidad generacional que depende del número de embriones modificados inicialmente y de las mutaciones en sí mismas, *está sustituyéndonos*. Y eso merece alguna reflexión, aun cuando no sea culpa suya, sino de la megalomanía de algunos científicos o de algún régimen político que comprenda antes que los demás qué significa esto.

Parafraseando a Flaubert, inmortalizado después por Marguerite Yourcenar, podríamos decir que cuando desapareció el último neandertal hubo un momento único, apenas unos miles de años⁵⁴, en que el hombre estuvo *solo* en el planeta, esto es, no coexistió con ninguna otra especie de Homo⁵⁵. Kelsen citaba el famoso párrafo de Heráclito, «Si el sol no se mantiene en su camino prescrito, las Erinias, auxiliares de la justicia, lo corregirán», para ilustrarnos sobre la equivalencia en la época clásica entre las reglas que rigen la naturaleza y las reglas jurídicas: «que el sol no se separe de su curso, puesto que, si lo hace, los órganos del derecho intervendrán contra él»⁵⁶. Nosotros estamos aprendiendo a *separar el curso del sol*, esto es, a diversificar *otra vez* al género Homo, en un contexto donde algunos animales siguen el proceso inverso, esto es, cada vez *se acercan más* a nosotros. La cuestión es qué hacemos con el Derecho.

Desde que apareció la técnica CRISPR solo hemos tardado tres años en crear niñas modificadas genéticamente. Se calificó a estas menores como nueva «estirpe» humana en el sentido de que su (supuesta) inmunidad al SIDA se transmitiría a la descendencia (siguiendo patrones mendelianos). Ahora bien, ¿cuánto tiempo tardaremos en asistir al primer ser humano modificado con CRISPR y con los *gene drives*?⁵⁷. ¿Obviaremos el término *estirpe* y emplearemos el de *especie*, que tiene otras connotaciones, dado que la herencia supermendeliana es *contra natura*? Quizá el advenimiento de otra especie humana, si propiamente se le puede llamar así, no sea tan dramático, espectacular o mediático como imaginamos siempre, dado que prácticamente no nos daríamos cuenta de nada; quizá incluso haya comenzado ya. Sin embargo, la sustitución de la selección natural y el azar por la evolución dirigida culturalmente (los rasgos los elegimos nosotros) es una ruptura

⁵⁴ Cuando aparecimos en la Historia, quedaban cuatro especies más de homínidos en el planeta: *erectus*, neandertales, denisovanos y el Hombre de Flores. Los últimos neandertales se refugiaron en Gibraltar, desapareciendo hace unos cuarenta mil años. Solo quedamos nosotros.

⁵⁵ La frase original es esta: «Cuando los dioses ya no existían y Cristo no había aparecido aún, hubo un momento único, desde Cicerón hasta Marco Aurelio, en que sólo estuvo el hombre», YOURCENAR, Marguerite, *Memorias de Adriano*, trad. de Julio Cortázar. Editora y Distribuidora Hispano Americana SA. 1999.

⁵⁶ KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de la segunda edición del alemán por Roberto Vernengo, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1982, p. 99.

⁵⁷ Las peticiones de moratoria científica en 2016 fracasaron.

completa con la historia de la vida, incluida la nuestra, en el planeta. Máxime si tenemos en cuenta la celeridad a la que puede ocurrir, así como su irreversibilidad⁵⁸. Merece nuestra atención.

En su último libro, Habermas hacía hincapié en «los problemas abrumadoramente complejos» que debía abordar la filosofía⁵⁹. Pues bien, para poder afrontar los retos emergentes de la presente revolución tecnocientífica e industrial debemos hallar la forma de correlacionar múltiples relatos, contextos, historias y acontecimientos, buscando para ello regularidades, sentido y coherencia entre tanto casuismo. Parafraseando, otra vez, pero ahora a Bobbio, podríamos atribuir a la filosofía del derecho la función de lograr que estas tecnologías nos respeten como seres humanos, no sean empleadas de forma espuria por el Poder y no desemboquen en escenarios distópicos. Necesitamos, en definitiva, comprender los efectos *totalizadores* de las tecnologías disruptivas para poder adaptar cuanto antes nuestros ordenamientos jurídicos, so riesgo de que otros *lo comprendan* por nosotros.

⁵⁸ Los científicos también plantean que se podrían introducir nuevas mutaciones para revertir las ya inducidas. Más vale no tener que imaginarlo.

⁵⁹ HABERMAS, Jürgen, *Una historia de la filosofía. Vol. 1. La constelación occidental de fe y saber*; trad. de Josep Monter Pérez, en colaboración con Francesc Hernández i Dobon, Trotta, 2023, p. 25.

II

ESTUDIOS DE TEORÍA Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

Las estrategias para la aplicación del llamado «Síndrome de Alienación Parental»¹

Strategies for applying the so-called «Parental Alienation Syndrome

Por PAULA REYES CANO
Universidad de Granada

RESUMEN

En este artículo realizaremos una reflexión sobre el nacimiento, la evolución y la metamorfosis del llamado «síndrome de alienación parental» en nuestro país, así como su transformación hacia otros conceptos menos denostados que han disfrazado el constructo denigrado. Analizaremos el diseño de esta nueva arquitectura centrada en la forma, en el bienestar del niño, niña y adolescente, aunque, en el fondo, sustentada en los mismos pilares y en las mismas estrategias diseñadas por Richard Gardner. Para ello, a través del seguimiento de la introducción y aplicación judicial de la coordinación de parentalidad, mostraremos las coincidencias de las estrategias de intervención del pretendido síndrome de alienación parental con el modelo de intervención trazado para la coordinación de parentalidad.

Palabras clave: Síndrome de alienación parental, alta conflictividad, coordinación de parentalidad, violencia de género, infancia y adolescencia.

¹ Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de investigación PID 2019-108526RB100, denominado «Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio del gender mainstreaming», en el marco del programa estatal de generación del conocimiento científico y tecnológico del sistema I+D+i, así como del programa estatal de I+D+i orientada a los retos de la sociedad, y cuyo periodo de ejecución es desde el 1/06/2020 hasta el 31/05/2024.

ABSTRACT

This paper discusses the origin, evolution and metamorphosis of the so-called «parental alienation syndrome» in Spain, as well as its transformation into other concepts less vilified that have concealed the denigrated construct. It analyses the design of this new architecture focused on form and on the wellbeing of children and adolescents, although it is essentially based on the same cornerstones and strategies designed by Richard Gardner. To do this, by monitoring the judicial introduction and implementation of parental coordination, we will show how the intervention strategies for the alleged parental alienation syndrome coincide with the intervention model outlined for parental coordination.

Key words: Parental alienation syndrome, high conflict, parental coordination, gender violence, childhood and adolescence.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y METAMORFOSIS DEL LLAMADO «SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL».—3. ALTA CONFLICTIVIDAD, JUSTICIA TERAPÉUTICA Y COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD: OCULTANDO LA TERAPIA DE LA AMENAZA.—4. EL SISTEMA JUDICIAL ANTE LA PROHIBICIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS QUE PRESUMEN INTERFERENCIA O MANIPULACIÓN ADULTA.—5. LA CAPACITACIÓN EN TORNO A LOS CONSTRUCTOS DEL LLAMADO «SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL».—6. LAS RAÍCES PROFUNDAS DE LA IDEOLOGÍA DEL FALSO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL.—7. CONCLUSIONES.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. ORIGIN, EVOLUTION AND METAMORPHOSIS OF THE SO-CALLED PARENTAL ALIENATION SYNDROME.—3. HIGH CONFLICT, THERAPEUTIC JUSTICE AND PARENTAL COORDINATION: CONCEALING THE THREAT THERAPY.—4. THE JUDICIAL SYSTEM FACED WITH THE BAN ON THEORETICAL APPROACHES THAT PRESUME ADULT INTERFERENCE OR MANIPULATION.—5. TRAINING ON THE CONSTRUCTS OF THE ALLEGED PARENTAL ALIENATION SYNDROME.—6. THE DEEP ROOTS OF THE FALSE PARENTAL ALIENATION SYNDROME IDEOLOGY.—7. CONCLUSIONS.

1. INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia² (en adelante LO 8/2021) estableció que «los poderes públicos tomarán las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin

² Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia (BOE núm. 34, de 5 de junio de 2021).

aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado síndrome de alienación parental, puedan ser tomados en consideración». Esta regulación dio respuesta a la misma previsión establecida en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género en el año 2017, en la que, además, se aclaraba que «el SAP carece de base científica y está excluida de los catálogos de enfermedades científicamente reconocidas, por lo que será inadmisibile como acusación de una parte contra la otra en los procesos de violencia de género, separación, divorcio o atribución de custodias a menores». Como veremos a lo largo de este artículo, la incorporación de esta medida se hizo necesaria por la obstinación de la aplicación de los constructos del síndrome de alienación parental por parte del sistema judicial, a pesar del rechazo a su aplicación manifestado por el Consejo General del Poder Judicial desde el año 2013³. Transcurridos tres años, la referida joven ley ha sido sometida a consulta pública para su modificación. La convocatoria de consulta pública reconoce que nos encontramos ante una ley que no se adapta a las necesidades de la infancia y la adolescencia, por lo que el objetivo es «reformular la LOPIVI para incluir elementos que se consideran esenciales», garantizando así el cumplimiento de las recomendaciones del Comité de los Derechos del Niño y la armonización respecto al cumplimiento efectivo de las disposiciones de la Convención sobre Derechos del niño en el respeto de los derechos de la infancia y adolescencia. Una de las modificaciones que pretende abordar es la prohibición del pretendido síndrome de alienación parental⁴, ya que, aunque la Ley Orgánica 8/2021 establecía que los poderes públicos deberían tomar las medidas necesarias para impedir su aplicación, transcurridos más de tres años no se ha desarrollado medida alguna que frene en seco su uso (aunque con otras nomenclaturas) por los/as operadores jurídicos, y así lo han evidenciado diferentes organismos internacionales e investigaciones.

En este sentido, desde el año 2019 hasta el año 2021, la ONU ha pedido a España explicaciones en relación a casos concretos, por la situación de desprotección de madres, niños, niñas y adolescentes por la aplicación por parte del sistema judicial del pretendido síndrome de

³ Véase Consejo General del Poder Judicial, «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género», Madrid, 2013 y Consejo General del Poder Judicial, «Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», Madrid, 2016. De igual modo, la Asociación Española de Neuropsiquiatría, en adelante AEN, realizó una declaración, en fecha 25 de marzo de 2010 en contra del uso clínico y legal del llamado síndrome de alienación parental, así como de otros términos bajo los cuales se reproducen los mismos contenidos y las orientaciones prácticas del citado «síndrome».

⁴ «Juventud e Infancia quiere prohibir el Síndrome de Alienación Parental a través de una reforma de la Ley de Infancia», *Europa Press*, 9 de diciembre de 2024. <https://www.europapress.es/epsocial/infancia/noticia-juventud-infancia-quiere-prohibir-sindrome-alienacion-parental-traves-reforma-ley-infancia-20241209141556.html>.

alienación parental⁵. En todos los casos existieron elementos comunes: procedimientos de abusos sexuales o maltrato a la infancia archivados, sobreesfuerzos, o que culminaron en sentencia absolutoria (a pesar de la existencia de informes sanitarios y evaluaciones médicas que atestiguaban la validez del relato de los niños, niñas y de las madres); informes técnicos de los equipos psicosociales en los que se consideraban a las madres como alienadoras, o madres que interferían u obstaculizaban la relación paternofilial; atribución de la custodia al padre; separación de la madre con sus hijos/as, así como la falta de credibilidad del testimonio del niño o la niña.

En el mandato del año 2021 realizado conjuntamente por la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, el Relator Especial sobre la tortura y otros datos o penas crueles, inhumanos o degradantes, la Relatora Especial sobre Violencia Contra la Mujer, y el Grupo de Trabajo sobre Discriminación contra las Mujeres y las Niñas se consideró que en España se estaban produciendo formas de violencia institucional machista contra madres, niñas, niños y adolescentes que, por su grado severo de sufrimiento y dolor, podrían estar constituyendo tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, produciéndose vulneraciones graves y sistemáticas a los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes. De esta forma, se consideró que existen «tendencias más amplias en el sistema de justicia español que indicarían, por parte de los operadores de justicia, una interpretación discriminatoria de la legislación nacional, basada en prejuicios y estereotipos de género»⁶.

De igual manera, el *Primer informe de evaluación temática del Grupo de expertos y expertas sobre la lucha contra la violencia sobre la mujer y doméstica* (GREVIO)⁷ ha manifestado su preocupación por

⁵ Véase Naciones Unidas, «Mandato de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias» y del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas», UA España 9/2019; Naciones Unidas, «Mandatos de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias» y del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas, UA España 3/2020; Naciones Unidas, «Mandatos de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, del Relator Especial sobre la tortura y otros datos o penas crueles, inhumanos o degradantes; del Relator Especial sobre la tortura y otros datos o penas crueles, inhumanos o degradantes, de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas», AL ESP 6/2021.

⁶ Naciones Unidas, «Mandatos de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental; del Relator Especial sobre la Tortura y Otros Datos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias y del Grupo de Trabajo sobre la discriminación contra las mujeres y las niñas», AL ESP 6/2021.

⁷ GREVIO, «Primer informe de evaluación temática del Grupo de expertos y expertas sobre la lucha contra la violencia sobre la mujer y doméstica», 2024.

la falta de comprensión por parte de los/as operadores jurídicos sobre el impacto de la violencia de género en los niños, niñas y adolescentes, y de los riesgos que supone el aumento de esta violencia tras la ruptura, así como «el recurso sin control a conceptos como el llamado síndrome de alienación parental». Esta preocupación ya se evidenció en el *Primer informe de evaluación España* del GREVIO del año 2019⁸. Por ello, se advierte de que la prohibición de su uso en la LO 8/2021 no ha impedido que se esgrima para explicar el rechazo del niño o niña a tener contacto o relación con su padre en contextos de violencia de género. De esta forma, se responsabiliza a las madres de este rechazo, tildándolas de manipuladoras, sobreprotectoras o celosas. De igual forma, este informe muestra una gran preocupación por la práctica de los/as operadores jurídicos de priorizar la relación con el padre violento frente a los posibles riesgos para la seguridad del niño o de la niña, alertando de los casos en los que se le ha otorgado la custodia a estos padres, o han sido separados/as de las madres para colocarlos en instituciones de acogida, con el objetivo de separarlos/as de la influencia de la madre, por considerar que obstaculizaba la relación con el padre. Así mismo, considera que «esta práctica continuada va en contra de los importantes esfuerzos realizados por las autoridades españolas en los últimos años para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y, en particular, de los esfuerzos realizados para aumentar la confianza de las mujeres víctimas de violencia en el sistema judicial». Por ello, entiende que es perentorio realizar una evaluación exhaustiva de la aplicación de las nuevas disposiciones legislativas.

Por último, el GREVIO alerta sobre la utilización del sistema judicial de la coordinación de parentalidad como un método alternativo de resolución de conflictos que se aplica en situaciones denominadas de «alta conflictividad», esencialmente para garantizar el cumplimiento de las resoluciones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de comunicaciones y estancias. Manifiesta su preocupación por «el uso frecuente de nociones similares al llamado síndrome de alienación parental por parte de los coordinadores parentales». Ante esta realidad, considera necesario regular «el uso de la coordinación parental con vistas a garantizar que las familias con antecedentes de violencia contra la mujer no puedan ser obligadas a participar en dichos procesos».

Ante el escenario descrito, en este artículo realizaremos una reflexión sobre el nacimiento, la evolución y la metamorfosis del llamado «síndrome de alienación parental» y su transformación hacia nociones alternativas. De esta forma, analizaremos la nueva arquitectura diseñada a través de los conceptos de alta conflictividad, coordinación de parentalidad y justicia terapéutica. Por medio de este examen, pretendemos desvelar los pilares sobre los que se sustentan, con

⁸ GREVIO, «Primer informe de evaluación España», 2019.

el fin último de alertar a los poderes públicos del riesgo de su asunción de forma acrítica.

2. NACIMIENTO, EVOLUCIÓN Y METAMORFOSIS DEL LLAMADO «SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL»

La aplicación del síndrome de alienación parental por los tribunales españoles comenzó en el año 2002, si bien la sentencia que dio popularidad a este término fue la resolución del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Manresa, de fecha 4 de junio de 2007. En esta, la juzgadora aceptó su existencia y aplicó los criterios de este constructo, es decir, modificó la guarda y custodia a favor del padre, consideró que la madre había obstaculizado la relación entre el padre y la niña, y suspendió el régimen de visitas de la madre con su hija durante un periodo de seis meses. En el procedimiento existían informes en los que se evidenciaba que el rechazo de la niña al padre provenía de haber vivido en un ambiente de violencia de género, aunque existían otros que diagnosticaban la existencia del síndrome de alienación parental. Con posterioridad, la Audiencia confirmó la decisión de primera instancia, aunque consideró que no había razón suficiente para privar a la madre de contacto alguno. Así las cosas, conviene recordar las palabras (a las que después volveremos) incorporadas en la resolución de la Audiencia, en torno a las funciones de la madre custodia: «lograr, fomentar y potenciar la relación de los hijos con el otro progenitor». En consonancia con estas palabras, válida la decisión del juzgado de modificación de guarda y custodia, al estar amparado por el artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁹.

Así, la aplicación del síndrome de alienación parental se extiende por los tribunales de todo el territorio español, y se emplea incluso por parte de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y ello, por entender, según los informes de los equipos psicosociales, que el rechazo de los niños, niñas y adolescentes era consecuencia de la existencia de un síndrome de alienación parental, o por la influencia negativa o manipulación de la madre¹⁰. Como es sabido, este pretendido síndrome (así

⁹ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 17 de abril de 2008, CENDOJ. ROJ: SAP B 1590/2008. Ponente: Enric Anglada Fors. Artículo 776.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas siempre y cuando sea acorde con la evaluación del interés superior del menor realizada previamente».

¹⁰ REYES, P.; *El olvido de los derechos de la infancia en la violencia de género*, Madrid, Reus, 2019. Véase SAP de La Coruña, Sala de lo Civil, de 26 de junio de 2012, CENDOJ. ROJ: SAP C 3147/2012. Ponente: Ángel Manuel Patín Reigada. SAP de Madrid, Sala de lo Civil, de 23 de abril de 2009, CENDOJ. ROJ: SAP M 4447/2009. Ponente: María del Rosario Hernández Hernández. SAP de Pontevedra,

como los posteriores conceptos alternativos que se han venido usando) se invoca en diversos procedimientos judiciales relacionados con la guarda y custodia de los hijos e hijas para culpabilizar a las madres de la negativa de los niños y niñas a relacionarse con su padre, así como de alinear a los hijos y las hijas en contra del mismo¹¹. Para la aplicación de este diagnóstico, Gardner, y los/as distintos autores y autoras que lo han seguido, estableció los siguientes indicadores: campaña de denigración del niño o niña hacia el padre rechazado, razones insignificantes para despreciar al progenitor rechazado, carencia de ambivalencia tanto en el progenitor alienante como en el niño alineado, los hijos e hijas defienden que la decisión es suya y que no reciben la influencia de nadie, apoyo del niño o de la niña hacia el progenitor amado, ausencia de culpa hacia los sentimientos del progenitor rechazado, existencia de escenarios prestados, extensión del odio hacia la familia del progenitor negado¹². Gardner afirmó que la programación mental podría ser consciente o inconsciente, con situaciones menos explícitas. En las primeras, se trataría de mensajes expresos motivados por la venganza e ira, entre otras. En las segundas, consistiría en situaciones más sutiles, en las que el progenitor o progenitora no critican al otro u otra, sino que defienden la voluntad del hijo o hija¹³. La consecuencia de este diagnóstico es la aplicación de la terapia de la amenaza, es decir, la modificación de la guarda y custodia a favor del padre, o la amenaza con dicho cambio, a pesar de la negativa, rechazo, o miedo del niño o la niña hacia el mismo, y la existencia de violencia de género.

Es necesario destacar, tal como ya habíamos adelantado, que en el año 2013, el Consejo General del Poder Judicial, en la *Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género*, aseveró que la aparición y aplicación del síndrome de alienación parental había sido una reacción a los avances conseguidos con la promulgación de

Sala de lo Civil, de 9 de enero de 2009, CENDOJ. ROJ: SAP PO 407/2009, Ponente: Antonio Juan Gutiérrez Rodríguez-Moldes. SAP de Ourense, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2012, CENDOJ. ROJ: SAP OU 721/2012. Ponente: Fernando Alañón Olmedo. SAP de Valencia, Sala de lo Civil, de 9 de noviembre de 2015, CENDOJ. ROJ: SAP V 4863/2015. Ponente: Ana Delia Muñoz Jiménez.

¹¹ Gardner acuñó este concepto en 1985, lo definió como: «un trastorno que se presenta principalmente en el contexto de las disputas por la custodia de los hijos. Su manifestación principal es una campaña de denigración no justificada, del hijo contra un progenitor. Es el resultado de la combinación de una programación (lavado de cerebro) o adoctrinamiento de un progenitor, y de las propias contribuciones del niño a la denigración del progenitor atacado». Véase GARDNER, R.: «Parental Alienation Syndrome vs. Parental Alienation: Which Diagnosis Should Evaluators Use in Child-Custody Disputes?», *American Journal of Family Therapy*, 30, 2002, 93-115.

¹² MOLINA, A; VÁZQUEZ, N; TEJEDOR, A, «Síndrome de Alienación Parental, Alienación Parental, Interferencias Parentales. De dónde venimos y a dónde vamos», en Pérez, A. M (ed.), *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 161-173.

¹³ TEJEDOR, A; «Intervención ante el síndrome de alienación parental», *Anuario de psicología jurídica*, vol. 17, 2007, pp. 79-89.

la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, con el propósito de negar o minimizar la violencia de género. En dicha guía, el Consejo General del Poder Judicial rechazó el cambio de guarda y custodia a favor del progenitor investigado o condenado por violencia de género según el supuesto síndrome de alienación parental. De esta manera, afirmó que el rechazo de los niños, niñas y adolescentes al padre tras una ruptura puede deberse a factores previos a la separación y que «identificar todas estas circunstancias como SAP parte de una concepción estereotipada de base cultural de los roles de hombres y mujeres, y conlleva cargar de intencionalidad y acción a supuestas conductas de la madre para enfrentar a sus hijos e hijas al padre, que sólo se identifican por una sintomatología que, como hemos apuntado, habitualmente no se debe a estas conductas maternas»¹⁴. En este sentido, en estudios anteriores, ya poníamos de manifiesto cómo el síndrome de alienación parental no es neutro, existiendo un sesgo de género. Así, en diversas resoluciones que procedían de los juzgados de violencia las madres invocaron la existencia de este supuesto síndrome por parte del padre. En estos casos, se otorgó la guarda y custodia al padre por el rechazo del niño o la niña a la madre, no teniendo ninguna consecuencia la alegación del referido síndrome. Sin embargo, los equipos psicosociales atribuyeron la responsabilidad a la madre por un «sistema deficiente de cuidados», o por considerar al padre más adecuado para ostentar la guarda y custodia¹⁵.

A lo largo de todo este tiempo, diferentes instituciones se han pronunciado en contra del uso de este constructo. En este sentido, la Asociación Española de Neuropsiquiatría, el 25 de marzo de 2010, realizó una declaración en contra del uso clínico y legal del llamado «síndrome de alienación parental», así como de otros términos bajo los cuales se reproducen los mismos contenidos y las orientaciones prácticas del citado «síndrome». Tal como señalaba el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, su inclusión ha sido rechazada en los dos grandes sistemas diagnósticos de salud mental: DSM-IV, de la Asociación Americana de Psiquiatría y CIE10, de la Organización Mundial de la Salud (OMS). De igual modo, diversas resoluciones judiciales rechazaron su aplicación cuando se ha invocado en el procedimiento judicial¹⁶.

¹⁴ Consejo General del Poder Judicial, «Guía de criterios de actuación judicial frente a la violencia de género», *op. cit.* pp. 168. En el mismo sentido, «Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género», *op. cit.* pp. 274.

¹⁵ REYES, P., *op. cit.* pp. 254 y ss.

¹⁶ Véase, entre otras, SSAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 9 de julio de 2013, ROJ: SAP B 9369/2013. Ponente: Francisco Javier Perea Gómez, de 18 de diciembre de 2008: ROJ: SAP B 11489/2008. Ponente: Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón; SAP de Málaga, Sala de lo Civil, de 22 de enero de 2015, ROJ: SAP MA 414/2015. Ponente: María Soledad Jurado Rodríguez; SAP de Zaragoza, Sala de lo Civil, de 2 de junio de 2015, ROJ: SAP Z 1041/2015. Ponente: María Elia Matat Albert.

Sin embargo, otras instituciones avalaron su existencia. El Diccionario de términos médicos de la Real Academia Nacional de Medicina del año 2012, en su definición de maltrato infantil, incluyó la mención del SAP, si bien fue eliminado en el año 2020, en consonancia con el rechazo generalizado de la comunidad médica y científica¹⁷.

A lo largo de todos estos años ha existido abundante literatura científica con posicionamientos doctrinales jurídicos y del ámbito de la psicología forense favorables¹⁸ a los postulados del síndrome de alienación parental y de la terapia de la amenaza. La controversia cada vez mayor suscitada en nuestro país en torno al mismo, principalmente por el rechazo del Consejo General del Poder Judicial, así como diferentes informes e investigaciones, como el *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre el llamado Síndrome de Alienación Parental*, del año 2010, fruto de la comisión constituida por acuerdo del Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer del Ministerio de Igualdad¹⁹, trajo como consecuencia una metamorfosis del concepto hacia otros más sutiles, que parecían destinados a disfrazar el constructo denigrado. De esta manera, emerge el concepto de interferencias parentales, bajo la consideración de un problema relacional, que implica una serie de estrategias por parte del progenitor que obstaculiza, que «incluyen una amplia variedad de comportamientos específi-

¹⁷ «Diccionario de términos médicos», *Real Academia Nacional de Medicina de España*, 15 de mayo 2024, [dime.ranm.es/terminos/maltrato-infantil.html?id=20](https://terminos.ranm.es/terminos/maltrato-infantil.html?id=20). «La Real Academia de Medicina eliminará la única alusión al «síndrome de alienación parental» de su diccionario médico», *El Salto*, 24 de julio de 2019, <https://www.elsaltodiario.com/sap/real-academia-medicina-eliminara-alusion-sindrome-alienacion-parental-definicion-maltrato-infantil>.

¹⁸ BOLAÑOS, I.; «El síndrome de Alienación Parental. Descripción y Abordajes Psico-Legales», *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, 2, núm. 3, 2002, pp. 25-45. VILATA, S.; «La ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Perspectiva en los órdenes civil y penal del impago de pensiones y el incumplimiento del régimen de visitas», *Práctica de los Tribunales*, 2, pp. 5-18, 2005. AGUILAR, J. M.; S. A. P. *Síndrome de Alienación Parental: hijos manipulados por un cónyuge para odiar al otro*, Córdoba, Almuzara, 2006. TEJEDOR, M.; *El síndrome de Alienación Parental: Una forma de maltrato*, Madrid, EOS, 2006. LUENCO, D. y COCA, A.; *Hijos manipulados tras la separación: Cómo detectar y tratar la alienación parental*, Barcelona, Viena-Oxigen, 2007. TEJEDOR, M., «SAP y Maltrato», en Rodríguez et al., (Eds.), *Psicología jurídica. Familia y Victimología*, Oviedo, Gráficas Covadonga, 2008, pp. 61-69.; VÁZQUEZ, B., y CATALÁN, M.; *Casos prácticos en psicología forense*, Madrid, Editorial EOS, 2008, SARRIEGO, M.; «Reflexiones sobre el síndrome de alienación parental», *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, 44, 2009, pp. 289-296. AGUILAR, J. M.; *Síndrome de Alienación Parental*. Madrid, Síntesis, 2013. RODA, D.; *El interés del menor en el ejercicio de la patria potestad. El derecho del menor a ser oído*, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, 2014. LINARES, J. L.; *Prácticas Alienadoras Familiares. El Síndrome de alienación parental reformulado*. Barcelona, Gedisa, 2015, FERNÁNDEZ-CABANILLAS, J.; *Manual del síndrome de alienación parental. Claves para comprender el maltrato psicológico infantil en caso de divorcio: la situación en España*. Barcelona, Paidós, 2017.

¹⁹ Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, «Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre el llamado Síndrome de Alienación Parental», Madrid, 2010.

cos, que pueden ser intencionales o inconscientes, explícitos o sutiles, y se encaminan siempre a deteriorar la relación del niño con el progenitor rechazado o alineado, sea desvalorizando la imagen que sostiene el menor de su otra figura paterna, obstaculizando el contacto entre ellos o forjando una alianza patológica con el niño»²⁰.

Así las cosas, la clasificación internacional de enfermedades y otros problemas de la salud (CIE-11) de la OMS ha incluido el reconocimiento de los problemas asociados con las relaciones interpersonales en la niñez dentro del código QE52, y los problemas de relación cuidador-niño o niña con el código QE52.0. En el DMS 5 ha incluido, en el código V61.20 (Z62.820), los problemas de relación entre padres e hijos. Por este motivo, algunos autores y autoras sostienen que los constructos del síndrome de alienación parental estarían incluidos en estos problemas de relación²¹. El «lavado de cara» de este pretendido síndrome se manifiesta a través de una profusa literatura científica en la que se desarrolla el nuevo concepto, literatura que comienza a producirse principalmente a partir dos mil diez, siendo cada más exigua la utilización del antiguo término²². De la mano de las interferencias parentales irían irrumpiendo en el sistema judicial otros conceptos aparentemente neutros, con una gran relevancia en la actualidad. Hablamos de alta conflictividad, justicia terapéutica y coordinación de parentalidad. Se defiende la necesidad de programas específicos de intervención terapéutica no confidenciales y obligados por el tribunal²³. Si realizamos un análisis inmediato y somero podría parecer que estas nuevas construcciones se hubieran alejado de los postulados del síndrome de alienación parental y que, principalmente, se centran en el beneficio del interés del niño o de la niña. Sin embargo, en anteriores trabajos hemos podido comprobar, a través del seguimiento y análisis de la aplicación judicial de estos conceptos, que nos encontramos

²⁰ GONZÁLEZ, I.; «Las interferencias parentales y la alienación parental; encuesta a profesionales», en Pérez, A. M. (ed.), *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 127-160.

²¹ MOLINA, A.; VÁZQUEZ, N.; TEJEDOR, A.; «Síndrome de Alienación Parental, Alienación Parental, Interferencias Parentales. De dónde venimos y a dónde vamos», *op. cit.* pp. 167. GONZÁLEZ, I.; «Las interferencias parentales y la alienación parental: encuesta a profesionales», en Pérez, A. M. (ed.), *Estudio multidisciplinar sobre interferencias parentales*, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 127-160.

²² Véase entre otros, FARIÑA, F.; *Separación y divorcio. Interferencias parentales*, Madrid, Sevilla, Asociación Española Multidisciplinar de Investigación sobre Interferencias Parentales, D. L., 2010. CARLOS, F.; «Interferencias parentales en procedimientos de divorcio», *Psicología clínica: anuario*, núm. 3, 2009, pp. 1375-1981. TEJEDOR, A.; MOLINA, A.; VÁZQUEZ, N.; «Actualizaciones en la evaluación e intervención de las interferencias parentales», *IX Congreso Internacional de Psicología Jurídica y Forense*, 2016, pp. 182-183.

²³ MOLINA, A.; VÁZQUEZ, N.; TEJEDOR, A.; «Síndrome de Alienación Parental, Alienación Parental, Interferencias Parentales. De dónde venimos y a dónde vamos», *op. cit.* pp. 168.

con la creación de una nueva arquitectura, aunque sustentada sobre los viejos pilares²⁴.

3. ALTA CONFLICTIVIDAD, JUSTICIA TERAPÉUTICA Y COORDINACIÓN DE PARENTALIDAD: OCULTANDO LA TERAPIA DE LA AMENAZA

Adentrándonos en los antecedentes, objetivos y funciones de la coordinación de parentalidad, es necesario destacar que su desarrollo en España se levanta sobre los cimientos construidos a nivel internacional, iniciados en EE. UU. y Canadá. Por ello, debemos traer la definición dada por la *Association of Family and Conciliation Courts*, en el documento *Directrices para la Coordinación de Parentalidad* de 2005²⁵, marco de referencia internacional para esta figura profesional. Lo definió como «un proceso alternativo de resolución de disputas centrado en los niños/as en virtud del cual un profesional de la salud mental o del ámbito jurídico con formación y experiencia en mediación, asiste a progenitores en situación de alta conflictividad a implementar su plan de parentalidad, ayudándoles a resolver oportunamente sus disputas, educándolos con respecto a las necesidades de sus hijos/as y –previo consentimiento de las partes y/o del juzgado– tomando decisiones en base a los términos y condiciones establecidos por la resolución judicial, o por el acuerdo de designación del/la coordinador/a de parentalidad».

En estas directrices, dentro de su modelo de intervención, no se identifica la violencia de género como la expresión máxima de desigualdad que sufren las mujeres en nuestra sociedad. En este sentido, se definen diferentes tipos de violencia, y consideran adecuada la aplicación de la coordinación de parentalidad en familias donde ocurren estas violencias.

De una lectura superficial de la definición dada por *Association of Family and Conciliation Courts*, extraemos que el objetivo principal

²⁴ Asociación de Mujeres Juristas Themis «Segundo informe sobre coordinación de parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica», Madrid, 2021. REYES, P.; «En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, pp. 185-2014. Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional». Madrid. 2025 (en proceso de publicación).

²⁵ Association of Families and Conciliation Courts, «Directrices para la coordinación de parentalidad». (Traducidas por el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de la Sección de Alternativas de Resolución y Gestión de Conflictos del Colegio Oficial de Psicólogos de Cataluña, España, en colaboración con el Grupo de Trabajo de Coordinación de Parentalidad de Espacio Sistémico de Buenos Aires, (Argentina), 2013. Estas directrices fueron revisadas y actualizadas en 2019 para reflejar los cambios en la práctica de CP desde las directrices de 2005.

de la coordinación de parentalidad sería minimizar los efectos negativos en la salud y el desarrollo de los niños y niñas, producidos por la alta conflictividad judicial entre el padre y la madre. Para cumplir con este objetivo, el/la coordinador/a de parentalidad interviene con la familia para implementar un «plan de parentalidad» destinado al cumplimiento de la resolución judicial. Así las cosas, quienes defienden la coordinación de parentalidad, exhiben un método alternativo de resolución de conflictos a disposición de la autoridad judicial, destinado a proteger el interés superior del niño y de la niña. Desde este modelo, la acogida de esta figura por parte de los poderes públicos estaría garantizada.

En este sentido, el primer antecedente en relación a la coordinación de parentalidad lo encontramos en España en el año 2011, cuando el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, junto con la Unión de Asociaciones Familiares (UNAF), realizó un acto para la presentación de la figura de la coordinación de parentalidad. En el año 2012, en las conclusiones del encuentro organizado por el Consejo General del Poder Judicial, donde se reunieron jueces, juezas, fiscales y abogados/as de familia, se estableció la necesidad de implantar servicios colaboradores y auxiliares del enjuiciamiento y cumplimiento de las sentencias de familia, entre ellos, la introducción de la coordinación de parentalidad.

En el año 2013 se lleva a cabo la primera experiencia piloto de implantación de la coordinación de parentalidad, a través de un acuerdo de colaboración entre una entidad privada y el Juzgado de Primera Instancia número 8 de Sabadell²⁶. Esta experiencia sirvió para que, en el año 2015, se firmara un convenio público por la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña y una entidad privada para implantar la coordinación de parentalidad como una herramienta de apoyo a los tribunales en los procedimientos de familia²⁷. De esta forma, la coordinación de parentalidad encontró la aprobación por parte del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, por sentencia de 26 de febrero de 2015²⁸, al considerarla una figura adecuada para la «pacificación de los conflictos», en beneficio del interés superior del menor. Con

²⁶ Se aplica por primera vez la coordinación de parentalidad en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12, de fecha 26 de junio de 2013, cuyo ponente fue el magistrado José Pascual Ortuño Muñoz, a la que siguió una abundante jurisprudencia de esta misma audiencia y sección. Véase REYES, P., *op. cit.*, pp. 204 y ss.

²⁷ Convenio público firmado por la Fundación Filia de Amparo al Menor y el Centro de Mediación en Derecho Privado, adscrito a la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña. «Cataluña ensayará la figura del coordinador de parentalidad en casos de divorcio de “alta conflictividad”», *Noticias jurídicas*, 25 de febrero de 2015. <https://noticias.juridicas.com/actualidad/noticias/9175-cataluna-ensayara-la-figura-del-coordinador-parental-en-casos-de-divorcio-de-039; alta-conflictividad039/>.

²⁸ STSJ de Cataluña, de 26 de febrero de 2015, CENDOJ. ROJ: STJ CAT 551/2015. Ponente: María Eugenia Alegret Burgués.

posterioridad, en el año 2017, se pone en marcha un programa piloto en la Comunidad Valenciana por parte de la Consejería de Justicia.

Finalmente, en el año 2018, el Ministerio de Justicia propone a las comunidades autónomas, con competencias en esta materia, el desarrollo de programas piloto de coordinación de parentalidad para proteger a los niños y a las niñas ante situaciones de conflicto entre sus progenitores cuando se produce la ruptura. El objetivo pretendido fue extender la aplicación de esta figura por todo el territorio nacional²⁹. A pesar de que, a excepción de la Comunidad Foral de Navarra³⁰, la coordinación de parentalidad no está regulada en nuestro ordenamiento jurídico, a partir de este momento, extiende su aplicación judicial en gran parte del territorio nacional, y se introduce a través de convenios públicos que pusieron en marcha diferentes experiencias piloto. De esta forma, se ha desarrollado su aplicación en gran parte del territorio español, principalmente en Cataluña, Comunidad Valenciana, Andalucía, Comunidad de Madrid, Galicia, Navarra y Murcia. De esta manera, la introducción de la coordinación de parentalidad ha sido avalada por los gobiernos de las distintas comunidades autónomas, a través de diversas consejerías y direcciones, e incluso por universidades³¹.

El concepto de «alta conflictividad» surge bajo la premisa de que el crecimiento de las separaciones y divorcios ha supuesto un incremento de la conflictividad en los procedimientos relacionados con las rupturas familiares, con consecuencias negativas en el desarrollo y evolución de los hijos e hijas. Se entiende que estos procesos deben resolverse desde el paradigma de la justicia terapéutica. Desde este prisma, se promueve la humanización del derecho y se busca minimizar las consecuencias perjudiciales del procedimiento judicial para convertirlas en un efecto positivo y terapéutico. En situaciones de alta conflictividad, con el objetivo de proteger a las familias de los

²⁹ «Justicia ha propuesto a las CCAA un coordinador de parentalidad para mediar en caso de conflicto entre padres», *Europa Press*, 3 de octubre de 2018. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-justicia-propone-ccaa-coordinador-parentalidad-mediador-casos-conflicto-padres-20181003212215.html>.

³⁰ Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo (*BOE* núm. 137, de 8 de junio de 2019). Ley 77. Supervisión judicial de la responsabilidad parental «En todos aquellos procedimientos en los que según las leyes de la presente Compilación el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental, podrá adoptar, motivadamente, las medidas que estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pudiendo designar a tal fin un coordinador de parentalidad».

³¹ Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional», Madrid, 2025. En esta investigación establecimos, como uno de los objetivos, examinar la implantación de la figura de la coordinación de parentalidad a través de los convenios con instituciones públicas. Se extrae esta conclusión del análisis del diseño de dichos convenios.

daños presentes y futuros, se justifica la implantación de la coordinación de parentalidad³².

Por ello, la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial, en el año 2020 puso encima de la mesa la excesiva judicialización de las controversias «en el ejercicio de la parentalidad». Por este motivo, se consideró necesaria la derivación de las partes en conflicto a seguimientos o intervenciones postsentencia, en concreto, a la figura de la coordinación de parentalidad³³. De este prisma resulta primordial, para paliar los daños en los niños y niñas, el recurso a métodos alternativos de resolución de conflictos. Se afirma que, entre los conflictos más difíciles de resolver y que más niveles de ansiedad generan a los niños y a las niñas, se encuentran los relacionados con la relación de los/as progenitores con sus hijos e hijas tras la separación y divorcio³⁴.

La alta conflictividad pareciera ser una suerte de concepto jurídico indeterminado, si bien, cuando ahondamos en el desarrollo de su aplicación, se asocia a la existencia de cierta litigiosidad en relación al incumplimiento de las resoluciones judiciales, principalmente por la negativa del niño o de la niña a relacionarse con el progenitor no custodio³⁵.

El *Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia vicaria*³⁶ ha realizado recomendaciones al Ministerio de Igualdad y Ministerio de Justicia, entre el año 2019 y 2024, sobre la necesidad de prohibir por parte de los servicios públicos (entre ellos, los/as profesionales forenses de los institutos de medicina legal, los puntos de encuentro familiar) el síndrome de alienación parental o conceptos similares por parte de los servicios públicos, como el *gatekeeping* parental, entendiendo que esta nomenclatura está incluida dentro de la prohibición establecida en el artículo 11 de la Ley Orgánica 8/2021. Este concepto se define como «el conjunto de creencias, actitudes y comportamientos que cada progenitor mantiene sobre la relación de su hijo con el otro progenitor». Se distingue entre un *gatekeeping* facilitador o restrictivo. «Un *gatekeeping* facilitador apoya y propicia el contacto con

³² BIEZMA, J., FARIÑA, F.; «Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia», en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, Madrid, 2020.

³³ Consejo General del Poder Judicial, *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*, 2020.

³⁴ ARCH, M.; «Divorcio conflictivo y consecuencias en los hijos: implicaciones para las recomendaciones de guarda y custodia», *Papeles del psicólogo*, vol. 31 (2), 2010, pp. 183-190.

³⁵ Véase Delegación del Gobierno contra la Violencia de Género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional», Madrid, 2025. En esta investigación establecimos, como uno de los objetivos, examinar la implantación de la figura de la coordinación de parentalidad a través de los convenios con instituciones públicas. Se extrae esta conclusión del análisis del diseño de dichos convenios.

³⁶ Defensor del Pueblo, «Violencia vicaria de género. Las otras víctimas», Madrid, 2024.

el otro progenitor, promueve una imagen positiva del otro, es flexible en el reparto de los tiempos de permanencia y comunicación con los hijos, se esfuerza para mantener la comunicación con el otro». En contraposición, «un *gatekeeping* restrictivo, desaprueba y obstaculiza el contacto de sus hijos/as con el otro progenitor, lo/a desprecia, se niega a comunicarse con el/ella; es rígido en el reparto de los tiempos de permanencia y comunicación con los hijos/as»³⁷.

Sin embargo, de manera paradójica, en este informe, el Defensor de Pueblo recomienda al Ministerio de Justicia la regulación «de los servicios sociales de coordinación de parentalidad que lo prestan y coadyuvan a juzgados de familia». Es decir, que por un lado, propone la prohibición del uso de la alienación parental como «metodología de evaluación psicológica», y por otro lado, propone la regulación de los servicios sociales de coordinación de parentalidad, así como su difusión para su utilización en el ámbito judicial. En este sentido, considera necesario dotar a jueces y juezas de familia de instrumentos de resolución de conflictos. De esta forma, entiende que es preciso reflexionar sobre algunos servicios utilizados por el órgano judicial, en concreto la coordinación de parentalidad. Dicha introspección considera que deber ir dirigida a su regulación, para establecer el régimen legal de funcionamiento mínimo, contenido y responsabilidad de los y las profesionales, que dé garantías al juez o a la jueza y a las partes en el proceso.

Con el objetivo de realizar esta necesaria reflexión, debemos volver a conectar con las estrategias de intervención señaladas por Gardner ante el diagnóstico del síndrome de alienación parental.

En su teoría, defendió programas de mediación para prevenir la aparición del síndrome, por ello, estableció que era imprescindible el apoyo de los tribunales y que la intervención debía ser ordenada por el juez o la jueza, para así garantizar el trabajo terapéutico con las familias, y sobre todo, para fortalecer el acceso del progenitor no custodio con sus hijos e hijas. Esta terapia debía ir dirigida a que el progenitor que manipula se dé cuenta de la importancia del otro progenitor en la educación de los hijos y de las hijas. De esta manera, se considera positiva la mediación, como intervención en separaciones conflictivas, para así permitir a los niños y niñas beneficiarse de una continua relación con ambos progenitores, aunque solo para los casos en el que el diagnóstico no es grave³⁸. De esta manera, «el terapeuta tendrá un contacto directo con el juez». Su modelo prevé la utilización de estrategias terapéuticas autoritarias y un manejo de la confidencialidad que permita al terapeuta revelar al juzgado la información que sea precisa en caso de necesidad. El método requiere la

³⁷ BIEZMA, J., FARIÑA, F.; «Impacto psicológico de la ruptura de la pareja sobre los miembros de la familia», en *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida*. Madrid, 2020.

³⁸ TEJEDOR, A.; «Intervención ante el síndrome de alienación parental», *op. cit.* pp. 9.

existencia de una postura judicial clara respecto a las posibles sanciones en caso de que el progenitor alienante «boicotee el proceso». En cuanto a la intervención con los hijos e hijas, «el terapeuta debe tener una piel dura y poder tolerar las protestas y demandas de maltrato inminente que estos niños a menudo profesan»³⁹. En los casos más graves, como aquellos en los que se producen acusaciones de malos tratos o abusos sexuales, o cualquier otro comportamiento para impedir la relación de los hijos e hijas con el progenitor, serían necesario medidas legales más estrictas, como un cambio de guarda y custodia o suspensión del régimen de visitas⁴⁰.

La cuestión sobre la que es obligado indagar es ¿en qué se asemejan las estrategias de intervención diseñadas por Gardner con las estrategias de intervención trazadas para la coordinación de parentalidad?

4. EL SISTEMA JUDICIAL ANTE LA PROHIBICIÓN DE LOS PLANTEAMIENTOS TEÓRICOS QUE PRESUMEN INTERFERENCIA O MANIPULACIÓN ADULTA

Para conocer las concordancias entre las estrategias de intervención diseñadas por Gardner y las estrategias de intervención de la coordinación de parentalidad, es necesario observar con detenimiento la práctica judicial en relación a la aplicación de esta figura.

Antes de realizar este análisis, es indispensable precisar que, en concordancia con las *Directrices para la Coordinación de Parentalidad* de la *Asociation of Family and Conciliation Courts*, el *Documento base para el desarrollo de la coordinación de parentalidad*, desarrollado en la Universidad de la Laguna en el año 2019⁴¹, establece como situaciones familiares específicas para la intervención de la coordinación de parentalidad la historia de violencia familiar (violencia de género, filioparental, maltrato infantil).

Teniendo en cuenta lo anterior, tal como habíamos señalado anteriormente, Gardner estableció como estrategia de intervención en casos leves o moderados (ante la negativa del niño a niña a relacionarse con su progenitor) programas de mediación cuya «intervención sea ordenada por el juez», «para fortalecer el acceso del progenitor no custodio con sus hijos e hijas». En consonancia con esta exigencia, se evidencia que, en la gran mayoría de los convenios públicos de proyectos pilotos para implantar la coordinación de parentalidad que se

³⁹ BOLAÑOS, I.; «El síndrome de alienación parental, descripción y abordajes psico-legales, *op. cit.* pp. 34 y ss.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 34 y ss.

⁴¹ Resultado del I forum de expertos para el desarrollo de la coordinación de parentalidad y la alta conflictividad

han venido desarrollando a lo largo de estos más de diez años, se justifica dicha intervención por mandato judicial. Así pues, se relaciona el concepto de «alta conflictividad» con los incumplimientos de las resoluciones judiciales, en particular, del régimen de comunicaciones y estancias, por el rechazo del niño o niña al progenitor no custodio. Por consiguiente, la coordinación de parentalidad se convierte en una herramienta necesaria para garantizar la relación del niño o niña con el padre rechazado. En ninguno de los convenios se excluye la intervención de esta figura en supuestos de violencia de género⁴². De este modo, determinadas fundaciones privadas con las que las instituciones públicas suscribieron estos convenios han llegado a expresar que se trata de una figura «para casos de divorcios conflictivos en los que los hijos menores pierden el contacto con sus progenitores cuando estos se separan. La mayoría de los divorcios distan mucho de ser amigables y se convierten en largos procesos que se vuelven más duros aun cuando hay hijos de por medio (...) es una herramienta de venganza y manipulación para conseguir inculcarle, hacia la otra parte, el mismo odio que ellos profesan, con las terribles consecuencias que supone para estos menores. Esta situación se conoce como Síndrome de Alienación Parental»⁴³.

Así las cosas, a través de un seguimiento de la aplicación de esta figura en el ámbito judicial, venimos alertando de su uso en contextos de violencia de género, acordándose directamente por los juzgados de violencia, o en procedimientos que procedían de juzgados de violencia, así como en procedimientos en los que existían denuncias archivadas o sobreesridas de violencia psíquica, física y sexual hacia la infancia. En ambos casos, el objetivo último ha sido el restablecimiento de la relación paterno-filial⁴⁴.

⁴² Véase Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional», Madrid, 2025.

⁴³ «Cataluña crea la figura del Coordinador Parental para acabar con la alienación parental», *Coordinador parental*, 25 de febrero de 2015. <https://coordinadorparental.org/2015/02/25/proyecto-piloto-coordinador-parental/>. La Fundación Filia de Amparo al Menor es una de las entidades que más ha promovido e impulsado la figura de la coordinación de parentalidad. De esta forma, ha suscrito diversos convenios en distintos territorios españoles para la aplicación judicial de la coordinación de parentalidad. En el año 2015 suscribió convenio con el Centro de Mediación en Derecho Privado, adscrito a la Consejería de Justicia de la Generalidad de Cataluña, para el desarrollo de un programa piloto de designación de coordinación de parentalidad como figura de apoyo a los tribunales en los procesos de familia. La Fundación Filia, en el año 2019 y hasta el año 2020, suscribió un convenio con la Dirección General de Familia y el Menor de la Consejería de Políticas Sociales y Familia de la Comunidad de Madrid para la puesta en marcha del Servicio de Intervención del Coordinador Parental.

⁴⁴ Asociación de Mujeres Juristas Themis; «Segundo informe sobre coordinación de parentalidad. Perspectiva feminista jurídica y psicológica», Madrid, 2021. REYES, P.; «En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia?», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, pp. 185-2014. Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional». Madrid. 2025.

Del seguimiento de la práctica judicial, en equilibrio con el paradigma de intervención propuesto por Gardner, se extrae que esta figura se aplica mayoritariamente de forma imperativa por el juez o jueza, alertando en diversas resoluciones judiciales de las consecuencias de desobedecer el mandato judicial. Sirva de ejemplo lo manifestado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 21 de marzo de 2023⁴⁵: «... se encomienda al CP la formulación a este juzgado de cualquier propuesta que pueda suponer una mejora de las relaciones interparentales y de las relaciones parentofiliales y la comunicación de las actuaciones de los litigantes que puedan considerarse obstaculizadoras o impeditivas del logro de los objetivos propuestos, e inclusive, de estimarse procedente, el cambio del progenitor custodio si el mismo se considerase necesario para evitar el alejamiento definitivo de los menores de uno de sus progenitores».

De igual modo, y siguiendo con las similitudes de los discursos de las resoluciones judiciales con los postulados defendidos por Gardner, podemos señalar diferentes resoluciones, calificando a las madres como manipuladoras. En este sentido, referenciamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de mayo de 2022⁴⁶. La resolución hace referencia a que, en el momento de la designación de la coordinación de parentalidad, existían dos denuncias por delitos relacionados por violencia de género que habían sido sobreseídas, y un procedimiento penal en trámite por abusos sexuales cometidos por el padre hacia la hija mayor. El informe del equipo psicosocial expresa que «los hijos, en especial la chica, incorporan como propias vivencias maternas relacionadas con la esfera conyugal. Esta polarización facilita la presencia de un intenso rechazo filial hacia el progenitor y la vivencia de una figura materna acogedora de sus necesidades. En este contexto, se valora la existencia de una interferencia parental concretamente un conflicto por invalidación, en que la progenitora no puede dar una imagen válida del progenitor en el desarrollo de su rol y los hijos se adhieren a estos postulados».

En los considerados más graves, coincidiendo con acusaciones de malos tratos y abusos sexuales a los hijos e hijas, se adoptan medidas legales más estrictas, es decir cambio de guarda y custodia y suspensión del régimen de visitas. En este sentido, mencionamos la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 4 de noviembre de 2021⁴⁷. En esta resolución, la Audiencia confirmó la decisión de retirar a la madre la guarda y custodia del hijo y otorgársela a padre, y la guarda y custodia de la hija a la Dirección General de Atención a la

⁴⁵ SAP de Madrid, Sala de lo Civil, de 21 de marzo de 2023, CENDOJ. ROJ: SAP M 5452/2023. Ponente: Eugenio de Pablo Fernández.

⁴⁶ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 3 de mayo de 2022, CENDOJ. ROJ: SAP B 4780/2022. Ponente: Ana María Hortensia García Esquius.

⁴⁷ SAP de Barcelona, Sala de lo Civil, de 4 de noviembre de 2021, CENDOJ. ROJ: AAP B 11335/2021. Ponente: María Gema Espinosa Conde.

Infancia y Adolescencia, con suspensión de la patria potestad del padre y de la madre, con la fundamentación de los informes realizados por el equipo psicosocial y la coordinadora de parentalidad. En los informes se expresaban los siguientes discursos: «la madre tiene un estilo cognitivo rígido y reitera su convicción de que el padre ha infligido un daño a su hijos por lo que despliega una capacidad de protección sobre los menores que se considera disfuncional»; «la progenitora no aprecia ninguna afectación negativa en los hijos por la falta de contacto con el padre y por las continuas intervenciones a las que han sido sometidos... »; «los menores se encuentran en grave riesgo psicoemocional, y que se ha producido un bloqueo por la Sra. del objetivo de alcanzar la revinculación paternofilial»; «la madre no tiene ninguna empatía con los menores y no los preserva del conflicto ni de su odio hacia su padre».

De igual modo, podemos señalar la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 30 de marzo de 2022⁴⁸, en la que se designa la coordinación de parentalidad para la revinculación de una niña de 15 años con su padre. En este caso, existía una denuncia por malos tratos hacia la niña que había sido archivada. Vemos cómo nuevamente se responsabiliza a la madre, expresando el informe del equipo psicosocial «que el posicionamiento materno es poco proactivo para recuperar la figura materna, dejando en manos de la hija la decisión, sin tener en cuenta el perjuicio que para esta representa la pérdida de la figura paterna». Este argumento llama aún más la atención, por contradictorio, cuando en el discurso del informe se afirma que «la menor expresa el rechazo paterno por vivencias propias (reprimendas, actitud exigente y autoritaria, desprecios y conductas que percibe como amenazadoras), al parecer las mismas que tuvo con la madre en la convivencia conyugal».

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, de 25 de abril de 2023⁴⁹, en la que se designó la coordinación de parentalidad para detener la «escalada conflictiva», se observa claramente cómo, ante el diagnóstico de manipulación materna se rechaza *per se* la existencia de cualquier tipo de violencia hacia los niños/as. En este caso, existía un procedimiento penal por violencia hacia la madre que fue archivado y otro de violencia sexual que fue sobreseído y posteriormente archivado, por considerar el informe pericial forense «que no era posible una valoración psicológica de síntomas de abuso sexual del menor, ya que existía una alta conflictividad entre los progenitores en relación con la custodia». Ante este escenario, la Audiencia decide modificar la guarda y custodia exclusiva otorgada a la madre por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, por una guarda y custodia com-

⁴⁸ SAP de Tarragona, Sala de lo Civil, de 30 de marzo de 2022. CENDOJ. ROJ: SAP T 652/2022. Ponente: Manuel Horacio García Rodríguez.

⁴⁹ SAP de Pamplona, Sala de lo Civil, de 25 de abril de 2023, CENDOJ. ROJ: SAP NA 523/2023. Ponente: Daniel Rodríguez Antúñez.

partida, entre otros motivos, por considerar que la madre estaba «entorpeciendo la normalización de la ruptura y pretende alejar a los menores de la figura paterna, situación que no requiere advertencias futuras sino soluciones actuales».

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres, de 15 de octubre de 2023, se expresa de forma explícita que existen «interferencias parentales por parte de la progenitora en la relación paternofamiliar». Los informes del equipo psicosocial señalaron que existe una alta conflictividad, en un contexto en el que el padre había sido condenado por un delito continuado de amenazas leves en el domicilio de la víctima y en presencia de menores, un delito de maltrato de obra, y otro delito leve de vejaciones injustas. Por todo ello, se consideró que lo más adecuado era un «régimen de custodia exclusiva en favor de la madre hasta tanto se produzca un acercamiento entre padre e hija, estimándose absolutamente necesario que el grupo familiar acuda a algún programa de terapia familiar y/o mediación familiar...»⁵⁰.

Sin embargo, existen resoluciones que rechazan la aplicación de la coordinación de parentalidad. En las mismas, se argumentan diversos motivos: la carencia de regulación de esta figura en nuestro ordenamiento jurídico; la no cabida de método impuesto, ya que iría en contra de la voluntad de las partes, y supondría un riesgo de vulneración de la tutela judicial efectiva; o el no ser adecuada en contextos de violencia de género⁵¹.

En el estudio de la Delegación del Gobierno, *La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional*⁵² evidenciamos, a través de la voz de 34 madres entrevistadas y 6 jóvenes, los objetivos que les trasladan los/as profesionales al inicio de la intervención (a pesar de los antecedentes de violencia de género con condenas, en la mayoría de los casos): «cambiar tu actitud hacia el padre de tus hijos»; «acercar a tus hijos al padre...»; «tienes que poner de tu parte y hacer que tus hijos vayan con su padre»; «te estás jugando la custodia de tus hijos»; «tú elegiste al padre de tus hijos». De igual modo, en los 14 informes analizados de coordinación de parentalidad se establece de forma reiterada como objetivo principal la revinculación

⁵⁰ SAP de Cáceres, Sala de lo Civil, de 15 de octubre de 2024, CENDOJ. ROJ: SAP CC 838/2024. Ponente: María Luz Charco Gómez.

⁵¹ Véase, entre otras, la SAP de Cartagena, Sala de lo Civil, de 29 de noviembre de 2022, CENDOJ. ROJ: SAP MU 2954/2022. Ponente: Jacinto Arente Sancho; SAP de la Audiencia Provincial de Valencia, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2023, CENDOJ. ROJ: SAP 108/2023. Ponente: Mercedes Miñana Arnao.

⁵² Véase Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional». Madrid. 2025. Con el objetivo de indagar si la aplicación de la coordinación de parentalidad está suponiendo daños para la salud y el desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, así como daños para las madres, se realizaron 34 entrevistas a madres y 6 jóvenes inmersas en procesos de coordinación de parentalidad. Además, se analizaron 14 informes realizados por profesionales de la coordinación de parentalidad con el objetivo de examinar similitudes descriptivas sobre sus objetivos iniciales, proceso y determinaciones.

de los niños, niñas y adolescentes con el padre. De esta manera, se hace referencia a rupturas de alta conflictividad, ocultando y negando la violencia de género. En casi un 80 %, el diagnóstico de los y las profesionales es la existencia de instrumentalización del niño o de la niña por parte de la madre, por lo que en un 47 % se identifica que existen factores de vulnerabilidad o desprotección que tienen como consecuencia que el proceso de coordinación de parentalidad se ralentice. En un 67 % aparecen expresiones tales como «reacciones ansioso reactivas absolutamente sobredimensionadas/exageradas, sacadas de la realidad».

Los/as jóvenes entrevistado/as que se vieron obligado/as a someterse a la intervención de la coordinación de parentalidad expresaron así su experiencia: «el simple hecho de que una persona/profesional te imponga, sin escucharte, sin preguntarte, te obligue a retomar forzosamente una relación que te causó daño es traumático»; «no me escuchaba»; «llegué a levantarme e irme; no me hacía caso a lo que yo quería explicarle; nunca me preguntó por qué no quería estar con mi padre; alucinaba de las órdenes y amenazas que me hacía, o yo lo sentía así; empecé a dudar de mí misma y de mis recuerdos hacia él; salí de allí llorando».

Por otra parte, el seguimiento de la aplicación judicial de la coordinación de parentalidad ha evidenciado que esta se aplica en los procedimientos en los que se le ha otorgado a la madre la guarda y custodia, o cuando se establece la guarda y custodia compartida. En el estudio anteriormente referenciado pusimos de manifiesto cómo, de 26 casos en los que en el procedimiento inicial se le había otorgado la custodia exclusiva a la madre, tras la intervención de la coordinación de parentalidad, y en un posterior procedimiento, se modificó por una guarda y custodia compartida. Y ello, a pesar de la existencia de antecedentes de violencia de género. De esta forma, se vulnera otra de las prohibiciones establecidas en la LO 8/2021, cuando señala que «en ningún caso las actuaciones para promover la parentalidad positiva deben ser utilizadas con otros objetivos en caso de conflicto entre progenitores, separaciones o divorcios, ni para la imposición de la custodia compartida no acordada. Tampoco debe ser relacionada con situaciones sin aval científico como el síndrome de alienación parental».

La aplicación judicial de la terapia de la amenaza, entre otras formas, a través de la coordinación de parentalidad, está produciendo un grave daño en la salud y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, que se ven sometidos/as a esta intervención coactiva. Así, durante el proceso se produce un empeoramiento en su salud mental, ya afectada por la situación de violencia de género vivida: estado ansioso depresivo, autolesiones, estado de alerta continuado, insomnio continuado, catalepsia, desórdenes alimenticios, retraso escolar, conductas disruptivas, aislamiento, enuresis, entre otras⁵³.

⁵³ Véase Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional», Madrid. 2025

Por todo ello, en las conclusiones del *XVII Seminario de fiscales delegados en violencia sobre la mujer*, celebrado en el año 2022, se recuerda que «la coordinación de parentalidad no tiene cabida en el ámbito de violencia de género al ser un instrumento próximo a la mediación excluida por el art. 87 ter 5 LOPJ y por el art. 48 del Convenio de Estambul». Además, en las mismas, se evidencia que la coordinación de parentalidad es un método alternativo de resolución de conflictos obligatorio y coercitivo que, en su paradigma de intervención, explica el rechazo del niño o la niña al progenitor a través de los constructos del falso síndrome de alienación parental o conceptos alternativos. De igual modo, se reconoce que (a pesar de que en las conclusiones del seminario de fiscales especialistas del año 2018 se acordó que la coordinación de parentalidad no tiene cabida en el ámbito de la violencia de género) se está aplicando en estos contextos con el objetivo de restablecer la relación de padre que ejerce violencia de género con sus hijos e hijas⁵⁴. Por ello, en las mismas, se insiste en que los/as fiscales «deben oponerse a su aplicación en este ámbito, aun cuando el procedimiento penal haya finalizado por sobreseimiento provisional o sentencia absolutoria por falta de prueba»⁵⁵. Y ello, porque la *Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida* del Consejo General del Poder Judicial del año 2020 considera que la intervención de la coordinación de parentalidad puede ser apropiada en contextos de violencia de género, cuando se ha dictado sentencia absolutoria o se ha sobreseído la causa penal, sobre todo si se adoptaron medidas cautelares en las que se suspendió el régimen de comunicaciones y estancias, y se han dejado sin efecto, reconociendo que en estos supuestos «la coordinación de parentalidad puede reconducir el conflicto y ayudar a la mejora de la comunicación entre los padres y la recuperación de la relación con los hijos»⁵⁶.

⁵⁴ Fiscal de Sala Unidad de Violencia sobre la Mujer, «Conclusiones del XVII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer», Madrid, 2022, Fiscalía General del Estado. En este sentido, nos pronunciábamos en anteriores trabajos e informes. Véase REYES, P.; «En torno a la coordinación de parentalidad: ¿garantía o desprotección de los derechos de la infancia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 38, 2022, pp. 185-214. Asociación de Mujeres Juristas Themis, «Segundo informe de Coordinación de Parentalidad». Perspectiva feminista jurídica y psicológica, Madrid, 2021.

⁵⁵ Fiscal de Sala Unidad de Violencia sobre la Mujer, «Conclusiones del XVII Seminario de Fiscales Delegados en Violencia sobre la Mujer», Madrid, 2022, Fiscalía General del Estado.

⁵⁶ Véase «Guía de criterios de actuación judicial en materia de custodia compartida», Consejo General del Poder Judicial, Madrid, *op. cit.* pp. 240. En esta guía se realizan propuestas de reforma legal, entre las que se incluye la regulación de la coordinación de parentalidad: «Se considera igualmente necesario incorporar a la Ley de Enjuiciamiento Civil normas concretas que contemplen y regulen la derivación de las partes en conflicto a seguimientos y/o intervenciones post-sentencia que permitan que el conflicto familiar se canalice de una manera adecuada, evitando la reiteración de procesos de ejecución».

5. LA CAPACITACIÓN EN TORNO A LOS CONSTRUCTOS DEL LLAMADO «SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL»

En el *Informe del Defensor del Pueblo sobre violencia vicaria* del año 2024⁵⁷ se realizan una serie de recomendaciones encaminadas a la protección de la infancia y adolescencia frente al uso del falso síndrome de alienación parental. De esta forma, se establece como objetivo la necesidad de asegurar la formación y cualificación de los y las profesionales que evalúan a los niños y niñas, a sus padres y madres, como los institutos de medicina legal, los puntos de encuentro familiar, los servicios de medicación, entre otros, para dotarlos de las herramientas necesarias para detectar situaciones de abuso contra el niño, niña y adolescentes, así como prácticas prohibidas como el uso del falso síndrome de alienación parental, a través de este nombre u otras nomenclaturas.

Este objetivo colisiona con la oferta de másteres, expertos y cursos, que se encuentran en el mercado, ofrecidos por instituciones públicas y privadas, que capacitan en torno a las estrategias de intervención del falso síndrome de alienación parental. Y esto, a pesar de la exigencia de la LO 8/2021 de que los poderes públicos tomaran las medidas necesarias para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta, como el llamado «síndrome de alienación parental» puedan ser tomados en consideración. Esta capacitación se halla fundamentalmente en los másteres, expertos y cursos dirigidos a formar a profesionales para ejercer como coordinadores y coordinadoras de parentalidad.

De esta forma, veremos que la capacitación existente en coordinación de parentalidad está relacionada con las estrategias de intervención defendidas por Gardner⁵⁸. Se observa que, desde que en el año 2018 el Ministerio de Justicia propusiese a las comunidades autónomas con competencias en esta materia el desarrollo de programas piloto de coordinación de parentalidad comenzaron a proliferar másteres, expertos y cursos para la capacitación en coordinación de parentalidad, provenientes de universidades públicas y privadas⁵⁹, muchos

⁵⁷ Defensor del Pueblo, «Violencia vicaria de género. Las otras víctimas», Madrid, 2024.

⁵⁸ Véase Delegación del Gobierno contra la violencia de género; «La coordinación de parentalidad como nueva forma de violencia institucional», Madrid, 2025. En esta investigación establecimos, como otro objetivo, conocer la oferta formativa en coordinación de parentalidad, los objetivos, contenido, profesionales a las que va dirigida, así como los organismos que las imparten, con el fin último de indagar si en los contenidos se incluye capacitación en torno al falso síndrome de alienación parental, o conceptos alternativos a este.

⁵⁹ *Ibidem*, Universidad a Distancia de Madrid, Universidad Europea de Miguel Hernández, Universidad Rey Juan Carlos, Universidad Católica de Murcia, Universi-

de ellos en colaboración con entidades privadas⁶⁰, así como cursos de especialización impartidos por colegios profesionales en psicología, abogacía, trabajo y educación social, fundaciones y asociaciones⁶¹.

Las distintas formaciones se justifican por la necesidad de formar a profesionales en el acompañamiento y gestión de los conflictos de parentalidad, y ello, por la gran conflictividad existente en los procedimientos de familia existentes en los juzgados, convirtiéndose en un instrumento efectivo para el cumplimiento de las resoluciones judiciales. Se justifica la creación de la figura de coordinación de parentalidad, frente a la ineficacia de la mediación, dado que esta última necesita la voluntariedad de las partes. Se capacita a los y las profesionales para identificar situaciones de alta conflictividad en separaciones y divorcios.

En dichas formaciones, la capacitación en síndrome de alienación parental o interferencias parentales se muestra de forma explícita en el contenido ofertado, o de forma implícita, a través de las posiciones teóricas del profesorado, las cuales pueden extraerse de sus correspondientes publicaciones. Así, de forma expresa, se abordan en el contenido conceptos tales como interferencias parentales, conductas de obstrucción, alienación parental, violencia psicológica, triangulaciones perversas, conflicto de lealtades patológico⁶². De forma implícita, en las publicaciones del profesorado de los distintos másteres y expertos, se defiende ante el posible diagnóstico del síndrome de alienación parental la intervención con la terapia de la amenaza⁶³.

dad de Málaga, Universidad de Barcelona, Universidad de San Jorge de Zaragoza, Universidad de Cádiz, Universidad Pontificia de Salamanca, Colegio Oficial de Psicología de Madrid, Escuela Internacional de Mediación, la Academia de Trabajo Social.

⁶⁰ *Ibidem*. Fundación Filia, Asociación Española de Coordinadores de Parentalidad (ASECOP), Asociación Nacional de Coordinación de Parentalidad (ANCOPA), Colegio Oficial de Psicología de Andalucía Occidental, Instituto de Altos Estudios Especializados (SERCA).

⁶¹ *Ibidem*. Centro asociado de la UNED de Pontevedra y Lugo, Colegio Oficial de Psicología de la Comunidad Valenciana, de Madrid, Castilla León y Navarra, Colegio Provincial de la Abogacía de Alicante, Colegio de Trabajo Social de la Comunidad Valenciana, Colegio de Abogados de Granada, Colegio de Educadores de la Región de Murcia, Instituto Navarro de las Administraciones Públicas, entre otros.

⁶² *Ibidem*. Véase «II Experto Universitario en Coordinación de Parentalidad», *Universidad de Málaga*, Facultad de Psicología y Logopedia, 19 de enero de 2022. <https://www.uma.es/facultad-de-psicologia/noticias/ii-experto-universitario-en-coordinacion-de-parentalidad/>. «Experto en Mediación Familiar y Coordinación de Parentalidad», *Universidad Pontificia de Salamanca*, https://adminpro.upsa.es/uploads/EXPERTO_MEDIACION_COORDINADOR_PARENTALIDAD_curso_2022_23_6a6acf3706.pdf. «Experto semipresencial en Coordinación de Parentalidad», Colegio Oficial de la Psicología de Madrid, 29 de junio de 2024. <https://www.copmadrid.org/web/formacion/actividades/20200716101814678360/x2009-experto-semipresencial-coordinacion-la-parentalidad>.

⁶³ *Ibidem*. Publicaciones de docentes de los expertos y másteres de la Fundación Filia, véase COCA, A.; *Mireia ya no tiene miedo de papá*, Barcelona, Rúbrica, 2012; COCA, A.; *El Síndrome de Alienación Parental. 80 preguntas y respuestas*, Barcelona,

Estas formaciones ofrecen diferentes salidas profesionales, en entidades privadas, sistema judicial, juzgados o equipos psicosociales, equipos multidisciplinares de los servicios sociales, salud mental, coordinación de proyectos y servicios, diseño de programas de intervención con familias, diseño de programas de intervención con redes de profesionales, diseño y dirección de escuelas de padres e instituciones educativas, así como docencia e investigación⁶⁴.

6. LAS RAICES PROFUNDAS DE LA IDEOLOGÍA DEL FALSO SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL

Como hemos podido evidenciar, la ideología del síndrome de alienación parental se encuentra viva, y perdura en el sistema judicial debido a que coincide con los valores que fueron cimentados en la construcción de nuestro modelo social. En consecuencia, aunque el ordenamiento jurídico intente ponerle freno, buscará diferentes estrategias para no morir. Los poderes públicos están obligados a desprenderse de estos valores. Además, deben ser conscientes y estar alerta sobre estas estrategias para detectarlas y ponerles límite, una y otra vez.

En este sentido, traemos las palabras de Juana María Gil cuando indica que «el no hacer mención expresa de la situación de subordinación estructural que arrastran desde siempre las mujeres impulsa a un modelo de ciudadanía excluyente y exclusivo de los varones»⁶⁵. Debemos traer a la memoria este modelo de ciudadanía excluyente, cuyos orígenes se sitúan en el contrato social diseñado en la ilustración. Dicho contrato fue precedido de un contrato sexual, a través del cual se diseñó un modelo de mujer supeditada al hombre. Desde entonces,

Viena, 2009, 144. AGUILAR, J. M.; *SAP. Síndrome de Alienación Parental. Hijos manipulados por un cónyuge para odiar a otro*. Córdoba, Almuzara, 2006, pp. 200 (publicada la 6.ª edición en 2021). TEJEDOR, M. A., MOLINA, A. y VÁZQUEZ, N.; *Programa de intervención para víctimas de interferencias parentales*, PI VIP. Madrid. EOS, 2013, 238 pp. TEJEDOR, M. A.; *El Síndrome de alienación parental. Una forma de maltrato*. 2a ed. Madrid: EOS, 2015, pp. 179. COCA, A.; «La terapia familiar en casos de SAP: cuatro permisos a trabajar». *Revista de Análisis Transaccional y Psicología Humanista*, 2016, pp. 40-49. COCA, A.; *Hijos alienados. Cómo actuar cuando tu hijo ha sido manipulado. Manual de supervivencia para el día a día*, Córdoba, 2021, 120 pp.

Publicaciones de docentes del máster de la Universidad de Barcelona. Véase DABATE, D.; «Implementación de una coordinación de crianza, proyecto piloto en Montreal, Canadá: ¿Qué aprendimos?», *Anuario de Psicología*, Universidad de Barcelona, 49 (2019), pp. 164-170. SEJO, D. et al.; «Repercusiones del proceso de separación y divorcio. Recomendaciones programáticas para la intervención con menores y progenitores desde el ámbito escolar y la administración de justicia», *Publicaciones, Facultad de Educación y Humanidades del Campus de Melilla*, 32, 2002, pp. 199-2018.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ GIL, J.; *Los diferentes rostros de la violencia de género*, Madrid, Dykinson, 2007.

determinadas características y funciones asignadas a las mujeres se mantienen vivas, y están tan imbuidas en nuestro sistema patriarcal que se perciben como naturales y no como prejuicios, por lo que desviarse de ellas podría traer graves consecuencias.

La nueva arquitectura creada para sustituir el denostado síndrome de alienación parental se presenta como neutra y focalizada en el beneficio de la infancia. Sin embargo, esconde valores patriarcales y adultocentristas que se nutren de estereotipos de género y de infancia. Algunas de las características y funciones asignadas a las mujeres en el contrato social diseñado en la ilustración, sobre las que se han sustentado nuestra sociedad patriarcal, nos resonarán a las ideas defendidas por Gardner y sus sucesores/as, aunque se encuentren revestidas de neutralidad.

La coordinación de parentalidad se presenta neutra cuando establece que su objetivo fundamental es garantizar, en situaciones de alta conflictividad, la relación de los niños y niñas con ambos progenitores, con el fin último de minimizar los daños en las criaturas.

Sin embargo, del seguimiento judicial se desprende que la coordinación de parentalidad se acuerda principalmente en los procedimientos judiciales en los que se otorga a la madre la guarda y custodia, por lo que se demuestra que el objetivo será garantizar la presencia del progenitor no custodio, es decir, la presencia del padre. Este objetivo se convierte en prioritario, porque, desde este paradigma, será la forma de proteger el «verdadero» interés del niño, niña o adolescente, aunque existan contextos de violencia de género y violencia hacia la infancia. El gran problema es que a quien se le exige que garantice esta presencia paterna en la vida de los hijos y de las hijas es a la madre, independientemente de la conducta del padre, excluyéndolo de cualquier tipo de responsabilidad. Recordemos algunos de los discursos de los/as profesionales de los equipos psicosociales y de las/os coordinadores/as de parentalidad, a pesar de la existencia de contextos de violencia de género: «el posicionamiento materno es poco proactivo para recuperar la figura materna, dejando en manos de la hija la decisión, sin tener en cuenta el perjuicio que para esta representa la pérdida de la figura paterna», «tienes que poner de tu parte y hacer que tus hijos vayan con su padre», «tienes que cambiar tu actitud hacia el padre de tus hijos», «acercar a tus hijos al padre».

Estas palabras responden a los papeles asignados a hombres y mujeres en nuestra construcción social y, en concreto, a las exigencias hacia las mujeres como madres. Así, estos discursos se encuentran muy cercanos a aquellos pronunciados en la ilustración por los teóricos que diseñaron el nuevo contrato social cuando, al referirse a la madre, se expresaba: «sirve de unión entre ellos y su padre, ella sola se los hace amar y le da la confianza de llamarlos suyos», «aquel al que la naturaleza ha encargado es quien debe responder al otro de ese

depósito de los niños»⁶⁶. De esta forma, la maternidad se encuentra construida con referencia a un padre, un marido, un hombre, por lo que tras la separación nos encontraremos con familias que han dejado de ser «intactas», en consecuencia con realidades incompletas, fragmentadas y deficitarias⁶⁷. En estas nuevas realidades, a las mujeres se les exigirá que sigan cumpliendo con una más de sus tantas obligaciones como madres, en este caso, garantizar la buena imagen y autoridad del padre, así como la relación de este con «sus» hijos e hijas. De esta manera, aseguraremos que no se produzca un declive del poder del hombre y padre dentro de la institución familiar.

Para garantizar que no se produzca este declive del padre dentro de la institución de la familia surgen conceptos que sirven para aleccionar a las madres de las consecuencias de no cumplir con el papel asignado en el originario contrato sexual-social, desde el síndrome de alienación parental, las interferencias parentales, *gatekeeping*, justicia terapéutica, hasta llegar a la coordinación de parentalidad. Estos conceptos se encuentran amparados en nuestro ordenamiento jurídico implícitamente, a través de mecanismos jurídicos para asegurar el cumplimiento del régimen de comunicaciones y estancias.

En ese sentido, es oportuno traer la sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de septiembre de 2024. En esta resolución, nuestro más alto tribunal resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por no haber satisfecho la obligación de motivación reforzada, al pronunciarse sobre el régimen de visitas en un contexto de violencia de género.

La madre solicita amparo, por vulneración de la tutela judicial efectiva, debido al procedimiento de ejecución instado por el padre, a través del cual el juzgado de violencia sobre la mujer le requería para el cumplimiento del régimen de comunicaciones y estancias establecido en sentencia. El punto de encuentro familiar suspendió las visitas del padre, por la negativa de la niña, de cuatro años. Por ello, el progenitor instó demanda ejecutiva para que la madre cumpliera con el régimen de visitas, amparándose en el artículo 776.3.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁶⁸. Este se refiere a la ejecución forzosa en los pronunciamientos sobre medidas acordados en los procedimientos de familia, y prevé las medidas que han de acordarse en caso de incumplimiento del régimen de comunicaciones y estan-

⁶⁶ ROUSSEAU, J.; *Emilio o de la Educación* (M. Armiño, Trad.), Madrid, Alianza, 2011.

⁶⁷ BARRÓN, S.; «Ruptura de la conyugalidad e individuación materna: crisis y continuidad», en DE LA CONCHA, A.; OSBORNE, R. (coords.). *Las mujeres y los niños primero*, Barcelona, Icaria, 2004, pp. 201-229.

⁶⁸ «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador, podrá dar lugar a la modificación por el Tribunal del régimen de guarda y visitas siempre y cuando sea acorde con la evaluación del interés superior del menor realizada previamente».

cias, como son la posibilidad de imponer multas coercitivas mensuales durante el tiempo que sea necesario y la de modificar el régimen de guarda y visitas en caso de incumplimiento reiterado. En relación con esta norma, a la madre se le requiere para que cumpla con el régimen de visitas establecido en la resolución dictada en el procedimiento de familia y se le apercibe de que, «en caso de incumplimiento, podrá incurrir en un delito de desobediencia grave a la autoridad judicial y se le podrán imponer multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario pudiendo, incluso, determinar la modificación de la guarda y custodia».

Esta situación se plantea en un contexto de violencia de género (condena por dos delitos de maltrato, un delito leve de vejaciones), en el que constaba informe de la pediatra en el que señalaba que «tras la visita de ocho horas la menor experimentó un cambio en su conducta: se despertaba en mitad de la noche gritando y llorando, diciendo que quería estar con su mamá; además comenzó a tener bruxismo, mordiéndose incluso las uñas de los pies».

Ante este escenario, el juzgado de violencia sobre la mujer le exige a la madre una «actitud de cooperación» que no ejerce, y expresó lo siguiente: «sí puede apreciarse una actitud de incumplimiento en la madre al no realizar, ni directa ni indirectamente, una suficiente actividad de refuerzo y motivación en la menor para la ejecución efectiva de las estancias paternofiliales judicialmente establecidas, aceptando, de este modo, la pasividad que, en esta labor, despliega la persona designada por ella para sustituirla en el ejercicio de la misma». Este auto fue recurrido ante la audiencia provincial, que mantiene que la madre debe cumplir con el mandato judicial, que establece el régimen de visitas de la niña con el padre, «para propiciar la continuación de sus relaciones, y su importancia para fortalecer el vínculo filial y el desarrollo afectivo de la personalidad de ambos», considerando inadecuado que el cumplimiento del régimen de visitas se deje a voluntad de una niña de cuatro años.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional considera que la resolución no estuvo motivada, ya que no se tuvo en cuenta el contexto de violencia de género, en el que la madre y niña eran víctimas, y su conexión con el derecho de igualdad y a la no discriminación, recordando que las normas deben de ser interpretadas y aplicadas buscando la igualdad entre mujeres y hombres y la ruptura con la perpetuación de los roles de género. Recuerda a los jueces y juezas «que deben ser muy conscientes de las dinámicas de sometimiento inherentes a la violencia de género que impactan negativamente en las mujeres que han sido víctimas, no pudiendo asumir que el interés superior del menor es equivalente siempre a tener relación con ambos progenitores».

Por último, resaltamos las palabras del alto tribunal cuando expresa que en las «resoluciones impugnadas se exige de la mujer una actitud decidida que fomente la relación de la menor con su padre, exi-

gencia que, con independencia de la concurrencia o no de incidentes de violencia de género, desborda las obligaciones de la madre en el cumplimiento del régimen de parentalidad».

El Tribunal Constitucional exhorta al sistema judicial para que se desprenda del estereotipo por medio del cual se espera que las madres sean las que garanticen la presencia del padre en la vida de sus hijos e hijas. Es urgente dejar de poner el foco en las madres y comenzar a responsabilizar a los padres de las consecuencias de sus violencias en la salud y desarrollo de sus hijos e hijas.

7. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos podido comprobar cómo los poderes públicos han promovido y asumido la necesidad de la instauración y aplicación de la figura de la coordinación de parentalidad. En este contexto, entendemos que esto se ha producido por dos razones principales. La primera de ellas, por haber asumido esta figura de forma acrítica, al ser exhibida por sus defensores y defensoras como un modelo alternativo de resolución de conflictos centrado en el interés superior del menor. La segunda, por no haberse desprendido de los valores que cimentaron nuestra construcción social, en los que se otorga una preeminencia a la figura del padre en la familia, y a través de los cuales, se asigna a las mujeres la obligación de asegurar la presencia paterna en la vida de sus hijos e hijas, responsabilizándolas del incumplimiento del régimen de comunicaciones y estancias en el caso de la negativa del niño o de la niña a relacionarse con su padre, independientemente de las situaciones de violencia de género.

En tales circunstancias, en el año 2011, se presenta la figura por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, mientras que en el año 2018, el Ministerio de Justicia propone a las comunidades autónomas el desarrollo de programas piloto de coordinación de parentalidad. A partir de este momento, se introduce a través de convenios públicos, que pusieron en marcha diferentes experiencias piloto. De igual modo, comienzan a desarrollarse diferentes programas formativos por todo el territorio nacional. Por lo tanto, este «método alternativo de resolución de conflictos» ha sido avalado por los gobiernos de las distintas comunidades autónomas y por diferentes instituciones públicas y privadas. Dado que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, salvo en Navarra, el Consejo General del Poder Judicial, en el año 2020, propuso su regulación y, muy recientemente, el Defensor del Pueblo, en el informe sobre violencia vicaria. En este sentido, el GREVIO, en el informe temático realizado en el año 2024, ha considerado necesario regular el uso de la coordinación de parentalidad, con el fin de garantizar que las familias con antece-

dentes de violencia contra la mujer no puedan ser obligadas a participar en dichos procesos.

Sin embargo, debemos alertar sobre la regulación de esta figura, aunque se excluya de su intervención a las familias con antecedentes de violencia de género. Tras el análisis realizado, hemos podido constatar cómo las estrategias de intervención de la coordinación de parentalidad coinciden con las estrategias diseñadas por Gardner. Lo que quiere decir que, ante el rechazo del niño o la niña hacia el padre, la responsable será la madre y deberán emplearse métodos coactivos para garantizar esta relación. Del mismo modo, hemos podido comprobar cómo los distintos másteres, expertos y cursos capacitan en torno al ideario del síndrome de alienación parental, y que en su modelo de intervención se niega la existencia de la violencia de género como expresión máxima de la desigualdad estructural existente hacia las mujeres. Ante este paradigma, la detección de situaciones de violencia de género no denunciada sería inviable.

En este escenario, una de las medidas que, entendemos, corresponde adoptar a los poderes públicos, para impedir que planteamientos teóricos o criterios sin aval científico que presuman interferencia o manipulación adulta puedan ser tomados en consideración, es la prohibición expresa de la aplicación de la coordinación de parentalidad. Así mismo, sería necesario adoptar las medidas necesarias para que las instituciones públicas no colaboren en la capacitación de coordinadores y coordinadoras de parentalidad. En ese sentido, no debe pasar inadvertido, que a través de esta capacitación, corremos el riesgo de que se extienda su aplicación fuera del ámbito judicial, ya que se ofrecen distintas salidas profesionales: equipos multidisciplinares de los servicios sociales, salud mental, diseño de programas de intervención con familias, entre otros.

A través de la imposición de la coordinación de parentalidad se está poniendo en grave riesgo la integridad de los niños, niñas y adolescentes, y la de sus madres ya que, en la mayoría de los casos analizados, el objetivo de la intervención es conseguir la revinculación o normalización de la relación del padre con los hijos e hijas, o bien la imposición de la guarda y custodia compartida. De esta manera, los poderes públicos, por un lado, adoptan disposiciones tendentes a la protección de los niños y niñas víctimas de violencia de género y, por otro, consienten y consolidan en la práctica un «método alternativo de resolución de conflictos» coercitivo, que niega y oculta la violencia de género, y que no escucha ni cree las violencias sufridas y expresadas por los niños, niñas y adolescentes, bajo el pretexto de que existe una alta conflictividad.

Por último, es necesario detenerse a reflexionar sobre la regulación que permanece desapercibida en nuestro ordenamiento jurídico, colaboradora de estos instrumentos de coacción dirigidos a las madres que trasgreden las obligaciones asignadas a través de modelo social. Nos referimos al artículo 776.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que

prevé que el incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas podrá dar lugar a multas coercitivas o a la modificación de la guarda y custodia compartida. En consonancia con la aludida sentencia del Tribunal Constitucional, de 23 de septiembre de 2024, es ineludible y urgente excluir esta posibilidad en contextos de violencia de género.

Recordemos que el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica de 2011 (Convenio de Estambul) obliga a los poderes públicos a abstenerse de cometer cualquier acto de violencia contra las mujeres, así como a asegurar que las autoridades, los/as funcionarios, los agentes y las instituciones estatales cumplan con esta obligación.

Jesús Ballesteros como filósofo anti-gnóstico:
implicaciones de la antropología y epistemología
subyacentes a su concepto de derecho como
no-discriminación y no-violencia

*Jesús Ballesteros as an anti-gnostic philosopher:
implications of the Anthropology and Epistemology
underlying his concept of law as non-discrimination
and non-violence*

por LUKAS ROMERO-WENZ¹
Universitat de València

RESUMEN

Se presenta el pensamiento de Jesús Ballesteros como proviniendo de su idea de Derecho como no-discriminación y no-violencia. Ballesteros entiende la violencia como originándose en un discurso, en un grupo de ideas o filosofía, que deforman la realidad del otro, de manera que este queda reducido desde su estatus de persona igual a otras personas hasta el de objeto de uso, que puede ser faltado al respeto (o sea objeto de violencia). Ballesteros siempre denuncia estos esquemas de filosofía que reducen la dignidad del otro, y el correcto entendimiento de las relaciones entre personas y con el entorno natural. Por su reivindicación de una epistemología realista, que anteponga la realidad al conocimiento, puede entenderse su filosofía como anti-gnóstica, por contraria a los discursos y favorable a lo real.

¹ Lukas.romero@uv.es Departament de Filosofia del Dret i política – Facultat de Dret UV. Avda. Naranjos s/n 46022 – Valencia. ORCID 0000-0001-7381-9437.

Palabras clave: Jesús Ballesteros, no-discriminación, no-violencia, epistemología, reduccionismo, realismo

ABSTRACT

The thought of Jesús Ballesteros is presented as coming from his idea of Law as non-discrimination and non-violence. Ballesteros understands violence as originating in a discourse, in a group of ideas or philosophy, that deforms the reality of the other, so that the latter is reduced from the status of a person equal to other persons to that of an object of use, which can be disrespected (i.e., object of violence). Ballesteros always denounces these philosophical schemes that reduce the dignity of the other, and the correct understanding of relationships between people and with the natural environment. Because of his vindication of a realistic epistemology, which puts reality before knowledge, his philosophy can be understood as anti-gnostic, because it is contrary to rhetoric and in favor of the real.

Keywords: Jesús Ballesteros, non-discrimination, nonviolence, epistemology, reductionism, realism

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. DERECHO COMO NO-DISCRIMINACIÓN Y NO-VIOLENCIA.—3. *La raíz de la violencia en un pensamiento incorrecto.* 3.1 Sobre el sentido del Derecho. 3.2 Postmodernidad: decadencia o resistencia. 3.3. Otras monografías de Ballesteros.—4. EL PENSAMIENTO Y ANTROPOLOGÍA CORRECTOS.—5. CONCLUSIÓN: BALLESTEROS COMO FILÓSOFO ANTI-GNÓSTICO.

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.—2. LAW AS NON-DISCRIMINATION AND NON-VIOLENCE.—3. *The root of violence in incorrect thinking.* 3.1 On the meaning of law. 3.2 Postmodernity: decadence or resistance. 3.3. Other monographs by Ballesteros.—4. CORRECT ANTHROPOLOGY AND THOUGHT.—5. CONCLUSION: BALLESTEROS AS AN ANTI-GNOSTIC PHILOSOPHER.

1. INTRODUCCIÓN²

El profesor Jesús Ballesteros (València, 1943) es catedrático de Filosofía del Derecho y Política, y ejerció como tal en la Universitat de València, de forma oficial hasta su jubilación en 2019, y mante-

² Este es el artículo que hubiera escrito para el libro homenaje al profesor Ballesteros: De Lucas Martín, Javier; Vidal Gil, Ernesto Jaime; Fernández Ruiz-Gálvez,

niendo tanto su presencia como su influencia y producción científica hasta la fecha de escritura de este artículo. Su influencia es reconocida por numerosos académicos, como lo prueba el extenso libro homenaje que se publicara en 2018, de más de dos mil páginas, y en la que además se incluyó una extensa tabla gratulatoria en que se incluyó a todos aquellos que no pudieron participar.

Su pensamiento sobre el Derecho y la política es muy extenso, pero conserva una unidad coherente. Esto es posible gracias a lo que García Neumann llama su «apertura epistemológica»:

«[C]abe destacar (...) la “apertura epistemológica” casi natural de Ballesteros para integrar lo que el pensamiento académico predominante suele concebir separada y parcialmente en la realidad humano social. De esta manera, manteniendo y enriqueciendo la fidelidad a sus convicciones más profundas, ha podido abordar igualmente los fundamentos de lo jurídico, la filosofía de la postmodernidad, los alcances de los derechos humanos, las distintas formas de violencia incluido el terrorismo, los enfoques ecológicos, los riesgos y desafíos de la biotecnología, las raíces filosóficas de la crisis económica y sus alternativas o el nuevo reto del transhumanismo, entre otros temas»³.

Se puede entender esa «apertura epistemológica» en el sentido en que queda explicada en la *Semblanza* que se realiza del profesor al inicio de su libro homenaje, y que no reseña su autor o autores. Ahí se nos dice que la visión de la razón humana de Ballesteros incluye su capacidad de ser razón práctica, es decir, capaz de encontrar principios y valores universales, pero sin caer en el platonismo y la abstracción que tanto gusta a los idealismos, hermanos del racionalismo. Su filosofía se orienta a la praxis y adopta una visión integral e integradora, para lo que necesita, inevitablemente, conceptualizar la razón con un acercamiento integrador y paradójico, que se niega a declarar como contradicciones lo que, en verdad, son sólo oposiciones. Puede considerarse que su filosofía es en ese punto aristotélica, por la cuestión de la analogía y el pluralismo metodológico. Con esa conceptualización de la razón, además, el profesor niega el primado de la razón calculadora que ha provocado primero el antropo-

Encarnación; Bellver Capella, Vicente (coords.), *Pensar el tiempo presente. Homenaje al profesor Jesús Ballesteros Llompарт*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

No pude escribirlo en dicha publicación porque, en el momento de estar realizándose los trabajos para dicho libro (años 2017 y 2018 aproximadamente), yo no estaba aún incorporado a la vida académica.

Escribirlo ahora me da una ventaja evidente, porque yo tengo a mano dicho libro, que es un compendio fantástico de trabajos sobre el profesor valenciano. Por ello, creo oportuno hacer constar mi agradecimiento a todos/as los/as autores/as, y la utilidad que ha tenido dicho libro para la redacción de este artículo.

³ GARCÍA NEUMANN, Jaime, «¿Fin de la dominación crematística global?» en DE LUCAS MARTÍN, Javier, et al. (coords.), *Pensar el tiempo presente...*, op. cit., pp. 1934-1935.

centrismo tecnocrático (*diseccare naturam*) y, posteriormente, el posthumanismo propio de la posmodernidad decadente (*diseccare hominem*).⁴

Esta razón investiga tantos temas y puede ser tan abierta porque tiene un tema de fondo, un *leitmotiv* que aparece en todos sus escritos, actuando de eje vertebrador. El profesor Marcone lo resume como sigue:

«El centro de su discurso [el de Ballesteros] es el innegable papel de la dignidad humana, y el cuidado de la naturaleza, como ejes centrales de su pensamiento, desde una renovada interpretación iusnaturalista del sentido y alcance de las normas e instituciones jurídicas»⁵.

En este artículo, pretendo plantear una hermenéutica concreta para todo el pensamiento *ballesteriano*, enfocándolo como un despliegue de su idea del Derecho como no-discriminación y no-violencia. Por la forma en que el profesor entiende la violencia, esta implica una potente antropología. La violencia (lo vemos más abajo) consiste siempre en un esquema de ideas que abstraen, reducen y subvierten la realidad del ser humano y sus relaciones con el entorno natural, ignorando la realidad en favor del discurso, de la idea. Al combatir esto en una apuesta decidida por una epistemología que inicie en la realidad y vuelva a ella para comprobarse, Ballesteros hace el camino inverso al gnosticismo, que ignora la materia, lo real, para centrarse en el conocimiento, la idea, lo abstracto. Así pues, este artículo presenta a Ballesteros como un filósofo anti-gnóstico.

En línea con esa razón integradora de Ballesteros, este artículo no pretende «enmendar» otras interpretaciones de su pensamiento⁶, sino más bien pretende sumarse a aquellas. Entiendo que plantear «de cierta forma» un análisis, la nueva perspectiva nos ayuda a ver cuestiones que pueden quedar ensombrecidas desde otros puntos de vista. En este

⁴ Cfr. [Sin autor referenciado], «Semblanza del Profesor Jesús Ballesteros Llompart», en De Lucas Martín, Javier, *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 22.

⁵ MARCONE LO PRESTI, Rodolfo «Jesús Ballesteros, Domeñar las finanzas, cuidar la naturaleza, Tirant Humanidades, Valencia, 2021, 468 pp.» [Recensión]. *Persona y Derecho*, (88), 2023, p. 246.

⁶ Una interpretación diferente es la que entiende al profesor en dos etapas: la primera, dedicada a la reflexión iusfilosófica, y que concluye con la monografía *Sobre el sentido del Derecho* (1984), y una segunda, de pensamiento más político, que tiene como punto de partida *Posmodernidad: decadencia o resistencia* (1989), entendiendo que en ese segundo libro se encuentra, *in nuce*, todo el pensamiento del «segundo Ballesteros». Este es el esquema seguido por Alejandro Salcedo en su tesis sobre Jesús Ballesteros, Cfr. SALCEDO ROMO, Alejandro, *Gratitud y resistencia: la filosofía práctica de Jesús Ballesteros*, Tesis doctoral, UV, Valencia. 2019, [https://www.educacion.gob.es/teseo/imprimirFicheroTesis.do?idFichero=dwyE5o%2BK%2B6c%3D]. La idea de que hay un segundo Ballesteros queda recogida en señalar *Postmodernidad* como la obra que resume toda la obra posterior de Ballesteros, cosa que señalan también los profesores J. A. SANTOS y V. BELLVER. Cfr. Santos, José Antonio, «El hombre tecnológico como fetiche de la modernidad ampliada. Acuerdos y desacuerdos con la posmodernidad como resistencia de Jesús Ballesteros», en *Dikaion*, 26, 1, 2017, p. 16; BELLVER CAPELLA, Vicente, «De la cultura del descarte al imperativo del cuidado», en De Lucas Martín, Javier, *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 1325.

caso, plantear así a Ballesteros nos ayuda a entenderle como un autor unitario que tiene una intuición filosófica y la despliega, atento a todas las manifestaciones que dicha intuición tiene en su realidad circundante, en su «tiempo presente».

El artículo realiza su recorrido (1) examinando el concepto primero de no-discriminación y no-violencia; (2) recorriendo las monografías principales de Ballesteros, que compendian sus intereses académicos principales, observando un esquema que se repite en ellas: el de empezar analizando el pensamiento para detectar la causa de la violencia; (3) damos una breve nota sobre la epistemología realista y la antropología en Ballesteros, (4) concluimos explicitando la sugerencia de entender a Ballesteros como un autor anti-gnóstico.

2. DERECHO COMO NO DISCRIMINACIÓN Y NO VIOLENCIA

Ballesteros define el Derecho como no discriminación y no violencia, estructurando su análisis de la realidad (jurídica y más allá) en torno a ese esquema: la confrontación entre la violencia y discriminación del otro/ los otros, por un lado, y el imperativo del respeto, el cuidado y la alteridad que encuentra su mejor garantía en mecanismos del Derecho, por otro. Son muchos los autores que han observado esto en Ballesteros. Por ejemplo, Encarnación Fernández, en el libro homenaje de 2018, dice:

«Sin ignorar que la pura facticidad jurídica puede ser y es a menudo aberrante, Ballesteros sostiene que, desde el punto de vista de su estructura esencial, el Derecho es un orden que excluye la violencia, que nos protege de la violencia en sus diversas formas y que además lo hace en términos no discriminatorios, y que estos rasgos son los que hacen que el Derecho tenga sentido en la existencia humana, pues el Derecho sólo puede tener un significado humanamente positivo en cuanto respeto universal al otro, si aparece como no discriminación y no violencia»⁷.

Por su parte, el profesor Javier de Lucas señala, en su propio artículo en el mismo libro homenaje, comentando el pensamiento del profesor valenciano:

«La igualdad entre los seres humanos (la mejor igualdad, que es igualdad en las libertades y los derechos) y la paz (que no es sólo ausencia de violencia) son esas aspiraciones o ideales que permiti-

⁷ FERNÁNDEZ RUIZ GÁLVEZ, Encarnación, «El Derecho como no discriminación y no violencia» en DE LUCAS MARTÍN, Javier *et al.* (coords.), *op. cit.*, pp. 141-142.

rían, en definitiva, acercar el Derecho a la Justicia. De ahí que la lucha del jurista, del Derecho, sea siempre lucha contra toda forma de discriminación y de violencia»⁸.

Esta es una de las ideas más tempranas del profesor valenciano, y aparece en uno de sus primeros artículos, *El Derecho como no discriminación y no violencia* (1973). En él, Ballesteros ofrece ya esta idea que es, a mi entender, la estructura seminal, no solamente de toda su reflexión sobre el Derecho, sino en general de toda su antropología. A continuación, examinamos casi punto por punto dicho artículo.

En primer lugar, el (entonces joven) profesor empieza señalando lo peligrosa que es la acusación que se ha dirigido «en nuestro tiempo» contra el Derecho: que este «no solo es impotente para contener la violencia, sino que él mismo la perpetúa y mantiene»⁹. El profesor se propone desmontar esa acusación, para descubrir en las raíces del Derecho una vocación a eliminar la violencia, un espíritu de confrontación contra ella.

Ballesteros se aproxima al concepto de violencia emparentándola con el uso de la fuerza actual o potencial, pero con una clara distinción entre fuerza y violencia: para hablar de violencia, (1) se debe causar un perjuicio real a la otra persona, un daño real (la muerte o la lesión física, la integridad psicológica o la libertad del otro); (2) dicho daño ha de ser injustificado¹⁰.

Ballesteros continúa describiendo las causas de la violencia, dividiéndolas entre las causas que se encuentran en el entorno del individuo, y aquellas que nacen de su talante moral. Las primeras, explica, puede resumirse en: la falta de libertad, de influencias y enseñanzas positivas, de condiciones materiales básicas para una vida digna, así como en la existencia de amenazas, el ser tratado como medio y, finalmente, la imposibilidad de participación activa y responsable del individuo en su comunidad. Pero, advierte Ballesteros, estas causas no son las que provocan la violencia, sino solo son condicionantes. Es más difícil renunciar a la violencia en entornos así (podría decirse: es más difícil renunciar a la violencia en entornos violentos, pues eso es al fin y a la postre lo que esas condiciones son). Pero el hombre nunca «queda determinado a elegir el camino de la violencia. La renuncia a la violencia será, por tanto, más difícil en estos casos, pero no imposible»¹¹.

Donde Ballesteros sitúa con mayor fuerza la raíz de la violencia es en sus móviles subjetivos, en el talante moral de la persona. Estos serían: el deseo de venganza, la ira, la envidia, el resentimiento, el

⁸ DE LUCAS MARTÍN, Javier, «Derecho, discriminación, violencia. Recordando a Atticus Finch» en De Lucas Martín, Javier *et al.* (coords.), *op. cit.*, p. 101.

⁹ BALLESTEROS, Jesús, «El Derecho como no-discriminación y no-violencia», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 17, 1973-1974, p. 159.

¹⁰ Cfr. *ibid.*

¹¹ *Ibid.*, p. 160.

miedo y la desesperación ante la falta de perspectivas, la soberbia y el narcisismo. De estas causas, el profesor de Valencia presta mayor atención al narcisismo, que además relaciona el fuero individual y la dimensión social. Ballesteros habla de un narcisismo colectivo, en el que identifica y denuncia el fenómeno de la personificación del mal como causa primordial de la violencia (y que afecta tanto a la relación social como a la interioridad de la persona, su intimidad psicológica), ya que, mediante el espíritu de abstracción y el deseo de estereotipar al otro o encasillarlo en determinado grupo, se posibilita la condena del otro, más allá del *alter* mismo –pues se condena una generalidad sin considerar al individuo– por lo que la culpa y la responsabilidad de los propios males –individuales, interpersonales o sociales– son atribuidos al otro o a los otros mediante mecanismos de proyección. La persona o el grupo ven así al otro/ otros en función de sí mismos, reduciéndolo(s) a un objeto con el que expiarse¹².

El Derecho puede ayudar a erradicar la violencia, dice Ballesteros, y puede hacerlo pese a que no sea asunto suyo «pretender modificar directamente el contorno de lo interpersonal, ni el talante moral del sujeto, dado que no le es lícito inmiscuirse en la intimidad de las personas mientras el comportamiento de estas sea correcto»¹³. El Derecho se centra en las causas socio-políticas de la violencia, es decir, los factores más ambientales, aunque Ballesteros le reconoce también la posibilidad de influir indirectamente en la psicología del individuo (remarcando el carácter indirecto de esa influencia)¹⁴.

Ballesteros le señala al Derecho tres elementos que configuran o perfilan esa vocación a la no violencia: (1) la presunción de inocencia de todo individuo (Ballesteros remarca el «todo»), y cita a su autor de tesis, Giuseppe Capograssi, señalando que el italiano veía en dicha presunción «la diferencia entre la civilización y la barbarie, entre el Derecho y la violencia»¹⁵. (2) El principio del respeto universal al otro, recogido en la máxima de Ulpiano «*neminem laedere*», y que Ballesteros entiende con una dimensión positiva y no únicamente negativa, no solo como ver en el Derecho «una actividad simplemente limitativa de las libertades humanas, con vistas a evitar el daño al otro, sino en la dimensión de la universalidad del respeto que él mismo impone»¹⁶. (3) El reconocimiento del otro, de cualquier otro, como un igual a uno mismo. «La experiencia jurídica puede y debe ser considerada como la experiencia que establece el respeto universal al otro indeterminado y que, en consecuencia, exige una igualdad mínima entre todos los hombres»¹⁷.

¹² Cfr. *ibid.*, pp. 160-161.

¹³ *Ibid.*, p. 161.

¹⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 161-162.

¹⁵ *Ibid.*, p. 162.

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ *Ibid.*

Ballesteros continúa su reflexión señalando que sólo es posible que el Derecho tenga esa función si no está subordinado a la política, momento en que se convierte en mero instrumento al servicio de quien, en cada momento, haya conquistado el poder. Y reflexiona sobre la acusación lanzada al Derecho como violencia preguntándose si su error no consistirá precisamente en confundir las degradaciones del fenómeno jurídico, tantas veces convertido impropriamente en instrumento político, con el verdadero fenómeno jurídico, que no puede reducirse a sus peores y más instrumentalizadas expresiones. En esos casos «no estamos ante el Derecho –como es obvio–, sino ante su negación»¹⁸.

En este breve artículo, por tanto, surgen varios elementos de una enorme importancia: en primer lugar, la ilegitimidad de la violencia y, dentro de su multicausalidad, la importancia de abstraer al otro, hasta que queda reducido, mediante cierto discurso, a algo que puedo usar yo (ahí lo del espíritu de abstracción y el narcisismo colectivo, que culpabiliza al otro/otros). Por otro lado, aparece el Derecho como garante del respeto: el otro como igual a mí, que merece respeto, y esto en un sentido superior a la mera «no agresión», sino en un sentido positivo y amplio de reconocimiento de la persona que tengo enfrente.

Toda la primera etapa del profesor Ballesteros, a partir de este artículo, queda dedicada a analizar el fenómeno jurídico, desde esa idea de su vocación a la no discriminación¹⁹. Habrá una ampliación de su concepto de violencia en otros trabajos, aunque este ya lo recoja de forma seminal. En ese sentido, es especialmente importante la que realiza en el trabajo: *La violencia hoy. Sus tipos, sus raíces*, escrito en 1981, pero recogido después como *introito* de su libro *Repensar la paz* (2006), que es de donde lo cito aquí.

«La violencia aparece como negación del reconocimiento debido a la persona por el mero hecho de ser tal, como negación de lo que en la persona hay de sagrado e inviolable: su vida y su dignidad personal»²⁰. Así define la violencia Ballesteros al inicio de dicho texto. El latino *violo*, sigue diciendo, tiene un sentido contrario a *parco*, que implica cuidado. La violación de una persona o un contrato remite a la idea de falta de respeto, de no haber tenido el respeto que cabía exigir. La violencia es negación, ausencia de reconocimiento: la persona queda reducida, de una u otra manera, a objeto que se puede usar para algo²¹.

Esto permite al profesor añadir aun otra forma en que se puede manifestar la violencia, que es en la domesticación de la víctima, eliminando su resistencia: «Junto a la negación del respeto, la violencia

¹⁸ *Ibid.*, p. 164. Para todo el párrafo, Cfr. pp. 162-164.

¹⁹ Una investigación paso a paso de la idea de Ballesteros sobre la violencia, y cómo se va desarrollando hasta *Sobre el sentido del Derecho*, puede encontrarse en la tesis de Alejandro Salcedo. Cfr. SALCEDO ROMO, Alejandro, *op. cit.*, pp. 35-60.

²⁰ BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, Madrid, EIUNSA, 2006, pp. 17-18.

²¹ Cfr. *ibid.*, p. 17.

se manifiesta también como intento de eliminación de la resistencia del otro: la violencia pretende hacer a los hombres animales domesticables, y por ello debe eliminar toda rebeldía»²².

Esto recuerda a las «técnicas de envilecimiento» de que hablara el filósofo Gabriel Marcel, definiéndolas como un

«[C]onjunto de procedimientos llevados a cabo para atacar y destruir, en individuos que pertenecen a una categoría determinada, el respeto que de sí mismos pueden tener y, ello, a fin de transformarlos poco a poco en un desecho que se aprehende a sí mismo como tal y al que, a fin de cuentas, no le queda sino desesperar de sí mismo [...]»²³.

Jesús Ballesteros distingue tres formas principales de esta violencia que reduce a la persona a la vez que trata de domesticarla, de aceptar la violencia de que es víctima: la violencia económica (que reduce a la persona a una mera herramienta de producción), la violencia lúdica (que reduce a la persona a un medio para el goce personal del otro) y la violencia política (que instrumentaliza a la persona al servicio de la búsqueda o mantenimiento del poder del violento)²⁴. La violencia es una forma enfermiza de encontrarse con el otro, es (en expresión de Pedro Talavera) una patología de la alteridad, un modo patológico de relacionarse con el otro²⁵.

El propio Ballesteros menciona la cuestión patológica, si bien sin utilizar la feliz expresión del profesor Talavera, en su *Sobre el sentido del Derecho*, en la parte final. Ahí analiza la relación entre alteridad y derecho, desde los conceptos del psicoanálisis. Explica cómo la personalidad inmadura nunca puede reconocer al otro ni en su extensión (reconocer universalmente al otro, a todos los otros) ni en su intensidad (ver al otro como semejante a mí hasta el don de mí mismo y el perdón). De ahí la violencia y la discriminación y marginación, nacidas de la incapacidad del inmaduro de entender al otro como un igual que resulta un límite a sus deseos, como alguien que no puede ser utilizado como mero objeto²⁶.

En ese texto aparece también el papel del Derecho frente a ese narcisismo. La dinámica más profunda de la alteridad (relacionada con la caridad, el perdón, la donación de sí) no compete al Derecho, pues entraría en los márgenes del fuero interno. Sin embargo, sí puede afirmar unos mínimos:

²² *Ibid.*, p. 19.

²³ MARCEL, Gabriel, *Los hombres contra lo humano*, trad. de Jesús María Ayuso Díez, Madrid, Caparrós Editores, 2001, p. 44.

²⁴ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, op. cit., pp. 20-60.

²⁵ Cfr. TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro, «Violencia, derecho y religión en el pensamiento de BALLESTEROS, ŽIŽEK y HAN. Acuerdos y desacuerdos.» en *Ars Iuris* (53), 2018, pp. 29-30.

²⁶ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido del Derecho*, 2.ª ed., Madrid, Tecnos, 1986, pp. 127-128.

«Su fórmula [la del Derecho], como ya dijimos, viene a ser la del respeto universal al otro, la vieja idea de *humanitas* que ya aparece en Kant: la exigencia de tratar al otro como fin, y nunca sólo como medio. Ello naturalmente supone que el derecho no puede alcanzar el nivel de la caridad, de la donación de sí mismo y el perdón, pero impone rigurosamente al menos:

- a) la exclusión de la discriminación en lo que se refiere a la extensión del vínculo con los otros;
- b) la exclusión de la violencia en sus diversas formas, en lo que se refiere a la intensidad del mismo»²⁷.

La exigencia es, pues, la de poner unas bases mínimas para reconocer al otro como igual y digno de respeto. Está claro que con esto no basta para construir una sociedad con relaciones de calidad, pero es que ese no es el objeto del fenómeno jurídico, sino solo evitar la parte destructiva, proteger a cualquiera de la negativa al respeto y el reconocimiento por parte de cualquier vecino. Como comenta el propio profesor Ballesteros, al cierre de aquel primer artículo suyo, *El derecho como no-discriminación y no violencia*:

«Así, por ejemplo, la total eliminación de la personificación del mal en un determinado grupo, la discriminación, no podrá lograrse por el simple reconocimiento jurídico de iguales derechos a todos los hombres, sino únicamente mediante la existencia de contactos personales verdaderamente afectivos entre los miembros de los diferentes grupos sociales. Aparece aquí de manifiesto una de las insuficiencias de lo jurídico como norma reguladora de la vida humana, insuficiencia que reclama la presencia de la experiencia moral»²⁸.

3. LA RAÍZ DE LA VIOLENCIA EN UN PENSAMIENTO INCORRECTO

Hemos visto, hasta ahora, la característica de la violencia como una ausencia de respeto y reconocimiento del otro, que le reduce desde quien es a un recorte que se realiza con la idea de instrumentalizarle. En la medida en que ese pensamiento se vuelve *mainstream*, es decir, se vuelve el principal razonamiento en una sociedad, se vuelve invisible y arraiga en las estructuras. Por eso la profesora Fernández, comentando la violencia en Ballesteros, puede afirmar de esta que es «estructural» y se manifiesta en formas muy variadas, de las que realiza una lista no exhaustiva: «miseria, explotación económica, marginación, violencia lúdica, represión política, violencia

²⁷ *Ibid.*, p. 128.

²⁸ BALLESTEROS, Jesús, «El Derecho como no-discriminación...», *cit.*, p. 165.

terrorista, nuevas guerras, guerras asimétricas, violencia contra las mujeres, etc.»²⁹.

Ballesteros analiza la presencia de la violencia encontrando esos pensamientos incorrectos que permiten legitimar formas de violencia y discriminación, por ser la fuente de ellos. Pensar incorrectamente al otro es lo que permite la relación patológica e irrespetuosa con el mismo. Analizar la violencia precisa la profundización en las raíces, porque, por poco práctico que parezca, es lo único realmente práctico, ya que ello permite la erradicación del pensamiento incorrecto, y su sustitución por uno correcto, respetuoso, y no por otra versión incorrecta, como pasa con la denuncia de la posmodernidad a la modernidad, que es una denuncia acertada pero incapaz de erradicar la violencia. Podría decirse que en este punto Ballesteros acepta la irónica expresión de Chesterton de que lo más práctico es conocer la teoría y filosofía que sigue alguien:

«[H]ay personas –entre las que me cuento– que creen que lo más práctico e importante de los hombres sigue siendo su concepción del universo. Creemos que para la propietaria de una casa de huéspedes que esté pensando en aceptar a un nuevo inquilino es importante conocer sus ingresos, pero más importante aún es conocer su filosofía»³⁰.

La propuesta de este artículo es entender todo su pensamiento siguiendo ese esquema, en el que lo primero que hace el profesor es analizar las ideas, la filosofía, señalando sus errores. Para hacer eso, a continuación recorreremos sus monografías, los libros que ha publicado, mostrando cómo su análisis siempre busca esas formas de pensamiento reduccionistas³¹. Dada la importancia de las obras *Sobre el Sentido del Derecho* y *Posmodernidad, decadencia o resistencia*, nos vamos a centrar con algo más de atención en ellas que en el resto.

²⁹ FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *cit.*, p. 142.

³⁰ CHESTERTON, Gilbert Keith, *Herejes*, 1.ª ed., trad. de Juanjo Estrella, Madrid, El Cobre Ediciones, 2007, p. 16

³¹ Recorrer los libros escritos permite abordar los temas más importantes de Ballesteros de forma muy funcional. Su libro homenaje estructura el pensamiento de Ballesteros en torno a siete temas: (1) El sentido del Derecho; (2) Los Derechos Humanos; (3) Modernidad y posmodernidad; (4) Ecología política; (5) Bioderecho y bioética; (6) Paz y seguridad humana; (7) Pobreza y capitalismo financiero.

Si aceptamos estas como las temáticas *ballesterianas*, y cogemos el listado de lo que en ese mismo libro homenaje se consideran monografías suyas (y que incluye el discurso dado en la Real Academia de Cultura Valenciana), nos encontramos con que quedan todas cubiertas: *Sobre el Sentido del Derecho* cubre el punto 1; *Postmodernidad, decadencia o resistencia* los puntos 2 y 3, principalmente; *Ecologismo personalista* el punto 4, aunque no solamente; *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los Derechos Humanos*, que es el discurso dado en la Academia Valenciana, cubre el punto 3; *Repensar la paz* el punto 6; y *Domeñar las finanzas, cuidar de la naturaleza* (libro recopilatorio que no recoge su libro homenaje porque es de publicación posterior) cubre los puntos 4, 5 y 7, entre otros.

3.1. *Sobre el sentido del Derecho*

Sobre el sentido del Derecho es la primera monografía de Ballesteros donde realiza una reflexión temática (la anterior, y *opera prima* real del profesor, es la publicación de su tesis doctoral, y versa sobre el pensamiento de Giuseppe Capograssi). Es una obra donde no vamos a encontrar una reflexión de cómo la violencia incide *fuera* del Derecho, puesto que es una reflexión completamente ceñida al Derecho, a cuál es su sentido. Ballesteros pretende mostrar las insuficiencias del modelo positivista, para reivindicar la recuperación de la ontología y de la antropología filosófica en el Derecho, reconociendo la fuente del fenómeno jurídico en el derecho natural.

Pese a que no pretenda analizar consecuencias sociales, sin embargo, este esquema *ballesteriano* de comenzar siempre por la base filosófica aparece con fuerza. De hecho, el profesor va a analizar la mentalidad moderna y racionalista, que conducirá al positivismo. Su consideración del positivismo ya muestra una visión muy amplia, que indaga en las raíces filosóficas del mismo:

«el positivismo no es simplemente una escuela [...], sino un movimiento que se caracteriza por la consideración de la filosofía como *ancilla scientiae*, o en otros términos que preconiza el predominio del pensar calculante (*rechnende Denken*), por decirlo con Heidegger [...], sobre el pensar genuino, el pensamiento que busca el sentido, el pensamiento meditativo (el *bessindliche Denken*)»³².

Ballesteros explica el rechazo que el pensamiento moderno realiza de la verdad en favor del método. La importancia no es el ajuste del entendimiento a la cosa, definición clásica de verdad, sino la certeza de los conocimientos recabados mediante cierto método. De esta manera, lo formal supera a lo real (lo que importa es el método concreto usado, sin que importe tanto el resultado sino cómo se consigue la información). Esto conlleva un decaimiento del interés por la metafísica en favor de la matemática y la lógica. Este giro formal tiene consecuencias terribles ya que, como dice Ballesteros, «esta pérdida del arraigo en lo real llevará a la sustitución del problema, por el sistema —que es la forma de pensamiento que desconoce el límite— y, en definitiva, la utopía»³³.

El desprecio de la ontología, resultado del giro epistemológico que se ha dado, conlleva a su vez un rechazo de la exploración de la *fisis*, la naturaleza, de las cosas, en favor de las leyes con que operan. Se va a focalizar la atención en las cualidades medibles, que arrojen datos que nos permitan conocer cómo operan las cosas, para volver previsi-

³² BALLESTEROS, Jesús, *Sobre el sentido...*, op. cit., p. 19.

³³ *Ibid.*, p. 22.

ble el comportamiento del mundo natural. Con dicha mentalidad y método, la realidad se matematiza, y se desprecian las cualidades de lo real que no sean cuantificables³⁴.

Esto va a producir que el hombre se observe expulsado del centro de lo real, convertido en espectador pasivo y externo de la realidad. Lo real ha pasado a ser lo matemático y medible, y el ser humano no encaja en esas categorías. En palabras de Ballesteros:

«Aparece así la contraposición entre dos mundos, por un lado el reino primario o matemático, por otro el reino del hombre. Todo cuanto tiene valor es atribuido al primero. Así por primera vez en la historia del pensamiento el hombre aparece como espectador y efecto insignificante del gran sistema matemático que constituye la sustancia de lo real»³⁵.

Esta reducción ontológica lanza al hombre a buscar de nuevo su importancia a través del dominio técnico:

«El principio baconiano del *dissecare naturam* ha conducido a en definitiva al *homunculismo*, al *dissecare hominem* (...). Perdido en el plano ontológico, tratará de recuperarlo en el plano de la producción, en el plano de la *poiesis*, en el plano de lo artificial»³⁶.

Así, al abandonar el ser, aparece la fabricación. El saber científico procura predecir el comportamiento del mundo que nos rodea de la forma más exacta posible, es decir, la ciencia va a empezar a alinearse con la previsión y, de esta manera, con el dominio: se trata de saber qué pasará y de fabricar los instrumentos que nos permitan modificar el entorno. Además, ese entorno es modificable de cualquier manera, se cae en un optimismo ingenuo respecto a la exploración científica, que se piensa que permitirá ejercer cualquier cambio que se quiera. En el dominio de lo natural desaparece el límite que lo real impone: se puede ir a donde sea, se puede realizar lo que sea con tal de que se quiera. Consecuencia inevitable de la priorización de lo formal sobre lo real.

Esto, inevitablemente, trae una serie de consecuencias en el plano ético y político-jurídico. Esta concepción matematizada y dataísta del ser humano, sumada al materialismo, va a arraigar la idea de que, del mismo modo que no hay límite para el dominio de la naturaleza, no hay límite para lo que el hombre puede ser y proyectar sobre sí mismo, ni sobre la sociedad que quiere diseñar. Esto se denota en las propuestas políticas-sociales modernas (muchas de ellas, por cierto, autoproclamadas científicas), de las cuales la mayor de ellas es la ideología del progreso continuo de corte hegeliano. Para Ballesteros, ese progreso necesario hace trivial, en la filosofía de la Historia, el uso de la

³⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 24-26.

³⁵ *Ibid.*, p. 27.

³⁶ *Ibid.*

violencia, en tanto esta sea parte del necesario progreso histórico. Esta idea de la Historia como progreso necesario tiene dos fases: 1, la de la Ilustración e Idealismo alemán, de carácter más político, que conllevará la generalización entusiasta del ciudadano en detrimento del ser humano (es más importante pertenecer al estado que a la Humanidad); y 2, la del positivismo de Saint-Simon y Comte, que mitifica la Revolución Industrial.³⁷

Otro elemento del plano de lo político donde este esquema se aplica también es en la voluntad racionalista de crear principios abstractos y *a priori* con los que poder predecir toda la realidad. En lo político, se acaba desembocando en el estatismo: puesto que los principios son abstractos porque son mentales, la realidad política puede entenderse como la mera imposición de esos principios pensados antes. Se cae así en el voluntarismo: la política consiste en que el gobernante imponga ciertos principios, pensados antes, a la sociedad. El ejercicio de la política pasa a considerarse la conquista del poder para vehicular la propia voluntad.³⁸

Lo descrito pertenece a la primera parte del libro, que analiza la epistemología que llevará a las características de la filosofía del Derecho positivista: el Derecho como imitación de la ciencia, que se vuelve *a-valorativo*, y niega la posibilidad de juicios de valor, del «deber ser» en el Derecho, para centrarse en cuestiones de validez, y que reduce el Derecho al Ordenamiento de un Estado concreto, con una carga fuertemente voluntarista (el Estado puede regular de *cualquier forma* su territorio, al menos desde el punto de vista de lo jurídico). El Derecho es puramente técnico, y desaparece la posibilidad de preguntarse por su dimensión axiológica.³⁹

Así, pues, queda visto cómo el análisis de Ballesteros, ya en esta primera obra en que no analiza nada *externo* a lo jurídico, sino que presta atención exclusivamente al Derecho, busca las raíces de la violencia en el pensamiento de fondo. El problema del positivismo es el pensamiento incorrecto del que viene, y eso es terrible por sus consecuencias en la sociedad. La profundización hasta recuperar una epistemología realista se vuelve necesaria, no para realizar abstracciones bizantinas, sino para evitar las consecuencias reales y sensibles en la vida de las personas víctimas de la violencia.

Pero donde este esquema se plenifica es en la que, quizás, sea la obra más importante de Ballesteros: *Postmodernidad: decadencia o resistencia*. Veámosla.

³⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 35-38.

³⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 30-35.

³⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 43-48.

3.2. *Postmodernidad: decadencia o resistencia*

En esta obra, Ballesteros va a realizar la mayor profundización de este esquema que busca las causas de la violencia en cierto pensamiento. La obra profundiza en las bases de pensamiento de la Modernidad, y también analiza las bases de lo que se da en llamar «postmodernidad», que Ballesteros apellida «decadente». La obra denuncia los errores de los esquemas de pensamiento tanto moderno como postmoderno, para proponer una nueva postmodernidad que Ballesteros llama «resistente», que mantenga lo mejor del proyecto moderno, pero evite lo peor, incluyendo la versión degradada del mismo que es la postmodernidad.

El análisis realizado en *Sobre el sentido del Derecho*, de desprecio de la realidad en favor del método, vuelve con toda su fuerza en este libro. Ballesteros explica cómo la transición de la Edad Media a la Moderna es también la transición a valorar exclusivamente lo visual (despreciando el oído, el gusto y otros sentidos con capacidades menos exactas y claras de transmitir), lo cuantitativo (menospreciando el conocimiento cualitativo, y por tanto el lenguaje valorativo que no se exprese en términos numéricos), lo exacto y lo disyuntivo (que se expresa siempre en forma de dilemas, ignorando las posibilidades de la combinación paradójica y de la analogía, claves en tantas realidades humanas)⁴⁰. Esto conlleva una serie de consecuencias tremendas, no solamente por la devaluación de muchas realidades humanas, que pasan a ser consideradas «de segunda», sino por las consecuencias economicistas que conlleva:

«El tránsito de lo oral a lo visual, de lo cualitativo a lo cuantitativo y de lo analógico a lo disyuntivo conduce a la devaluación de los aspectos relacionados con la cultura y la política en favor de los estrictamente económicos, que pasan a ser considerados como la base de la civilización»⁴¹.

Consecuencia de ese esquema completamente racional va a ser reducir el entorno natural. La naturaleza se va a ver como una megamáquina con unos funcionamientos muy complicados, pero comprensibles por la ciencia y, a través de ese conocimiento, controlables. Así, este pensamiento se va a colocar ante la realidad como despreciando lo que tiene de sagrado, así como el imperativo del cuidado, para pasar a buscar la explotación y el control de la Naturaleza. Respecto a la economía, esta va a degenerar en crematística, ignorando las distinciones aristotélicas entre economía (buen cuidado de las cosas, con vistas a una buena administración) y crematística (acumulación de bienes,

⁴⁰ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Postmodernidad: decadencia o resistencia*, 1.ª ed. 1.ª reimpr., Madrid, Tecnos, 1989, pp. 17-25.

⁴¹ *Ibid.*, p. 26.

razonable y aceptable en contextos al por menor y siempre sin dañar el bien común), para celebrar la acumulación por la acumulación, sin límite alguno y ciega a la imposibilidad de crecimiento indefinido sobre la realidad natural, que nos suministra las materias primas⁴².

«La negación de diferencias y jerarquías entre las necesidades humanas conduce a la confusión entre verdadera necesidad y deseo desmesurado. Ello origina la aparición del *homo oeconomicus*. Lo que cuenta es el enriquecimiento indefinido de los individuos, abstractamente considerados, ya que de él se generará el bienestar general, gracias a la famosa «mano invisible» de la que hablaron sin cesar los economistas burgueses desde Adam Smith (1723-1790)⁴³, y que no es otra cosa que la utilización ideológica y profana de la idea de Providencia cristiana, con vistas a desarraigar el sentimiento de compasión ante la miseria circundante»⁴⁴.

Otra ideología moderna, la del progreso continuo de corte hegeliano, da también como resultado la violencia y la marginación. Ballesteros señala dos consecuencias nefastas de dicha ideología: 1) que la inevitabilidad del progreso conlleva el desvanecimiento de las ideas del bien y del mal, para hacer contar exclusivamente el resultado del proceso, para el cual no importa si por el camino haya habido guerras, tiranías, o cualquier otra manifestación del mal, que queda consagrado si, en última instancia, acaba trayendo un bien mayor. 2) Esta visión del progreso es además etnocéntrica (con la excepción de Kant). Así, produce la marginación de cualquier cultura que no sea la europea, vista como menos desarrollada. El bien del progreso, sólo posible en la visión de Hegel dentro de la cultura europea, ha de ser trasladada a pueblos menos civilizados. Hay que «convertirlos por su bien», aun a costa de ellos⁴⁵.

Ballesteros señala como dos notas epistémicas de la Modernidad el individualismo y el cuantitativismo, y explica cómo estas notas impiden una lucha efectiva contra la marginación. Distingue dos tipos de marginación, la *heteromarginación*, que proviene de fuera (y que se subdivide a su vez en tres actitudes marginadoras: el etnocentrismo, que expulsa a otras culturas considerándolas inferiores; el economicismo, que expulsa a los carentes de recursos; la exaltación de la autonomía y

⁴² Cfr. *ibid.*, pp. 25-34.

⁴³ Respecto a Smith, en obra posterior Ballesteros reconduce su crítica, exculpando al famoso economista inglés, y reconociendo que el error es más bien de una mala comprensión y desarrollo posteriores de su teoría de la «mano invisible». El inglés sí defendería la necesidad de un control del mercado y, de hecho, hablaría en más ocasiones de la «mano visible» del mercado (el control estatal) que de la famosa «mano invisible». Para una presentación más matizada de Smith, Cfr. p. ej. Ballesteros, Jesús, «Escuela Neoclásica, valores y derechos», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, n.º 26, 2012, pp. 250-267.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁵ Cfr. *ibid.*, pp. 36-41.

la habilidad, del *homo labilis*, que desprecia la dimensión de los cuidados y a quienes precisan que se les prodiguen) y la automarginación, que tiene como elemento principal la anomia, la ausencia de sentido o de proyecto⁴⁶.

Otras dos ideas políticas jurídicas surgidas en esta época, y que contienen errores fuertes que perpetúan violencia y discriminación, son las ideas de derechos subjetivos, gran hallazgo pero que se centra en proteger al individuo como propietario, sin aceptar la reflexión de la necesidad de bienes mínimos y de derechos asistenciales, sino basándose exclusivamente en la autonomía. Otra idea, muy en relación, es la libertad en la cuestión política, que tiene el problema de entenderse como disyuntiva frente a la igualdad, en vez de como copulativa (sin igualdad no puede haber libertad, esta no se afirma en el espacio que le deja aquella y viceversa, sino que se precisan mutuamente)⁴⁷.

En un último análisis de estructuras de ideas, Ballesteros entra a analizar la respuesta postmoderna, que él llama «postmodernidad como decadencia». Aunque los postmodernos entienden y denuncian acertadamente los atropellos que el proyecto moderno había realizado, no aciertan en encontrar una respuesta porque rechazan *toda* intento racional y *toda* libertad. El ser humano queda reducido a impulsos y máscaras, negándose la unidad esencial del mismo, y por tanto haciendo imposible hablar de racionalidad o libertad. Se deshace, de esta manera, toda posibilidad de instancia crítica, por ejemplo, al atropello económico, ya que, si se es un conjunto de impulsos, es necesario ampliar al máximo el mercado, para tener suficiente oferta para saciar dichos impulsos. Desaparece también el elemento necesario para el Derecho, la responsabilidad, imposible si la identidad es una fragmentaria sucesión de máscaras. Todo se vuelve, entonces, desarraigo y juego, y no hay manera de acabar con la violencia propia del relato moderno porque este no se sustituye por ninguna idea fuerte, sino solo por impulsos y pensamientos débiles, incapaces de proponer con fuerza un cambio⁴⁸.

En esta obra, Ballesteros, pues, señala una serie de elementos mentales, de estructuras de pensamiento, que aparecen en la Modernidad, y que conllevan violencias. No es una enmienda a la totalidad de la Modernidad, sin embargo, sino un análisis de aquellos elementos mentales que considera incorrectos en la Modernidad (y en la respuesta postmoderna que, pese a ver los fallos modernos, no es capaz de solucionarlos porque no propone una epistemología realista frente a aquella). La propuesta de Ballesteros de postmodernidad resistente consistirá en pedir cambios en la forma de pensar que lleve a cambios en la manera de entender los derechos y la política, es decir, las relaciones

⁴⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 43-54.

⁴⁷ Cfr. *ibid.*, pp. 54-84.

⁴⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 85-100.

entre las personas (y con el entorno). De un pensamiento incorrecto no puede surgir sino una relación equivocada, reduccionista, violenta.

3.3. Otras monografías de Ballesteros

Si *Sobre el sentido y Postmodernidad* son, sin duda, sus obras más importantes, es igualmente cierto que en otras obras Ballesteros profundiza y se hace más consciente de esta forma de análisis suyo. Así, en su siguiente monografía, *Ecologismo personalista. Cuidar la naturaleza, cuidar al hombre*, se ven dos elementos muy interesantes: (1) aunque ya estaba *in nuce* en *Postmodernidad*, aquí Ballesteros enfrenta la cuestión de la violencia también como agresión al entorno natural, como hábitat del hombre y con el que este tiene un deber de cuidado⁴⁹. (2) Vemos de forma muy clara que Ballesteros es consciente de estar analizando esquemas de pensamiento, de forma más explícita que en obras anteriores: toda la primera parte de la monografía consiste en analizar, para rechazar, dos visiones sobre la Naturaleza contrapuestas y reductivas: aquella que la entiende como una mera máquina y un stock de recursos que aprovechar, negando el imperativo del cuidado, por un lado; aquella que pretende reducir al hombre a un ente más de la naturaleza, que agrede injustamente al resto de entes, y que acaba resultando en un ecologismo anti-humano que despoja a la persona de su dignidad y exige políticas de control poblacional, por otro⁵⁰. Como resume certeramente el profesor Sánchez Cámara:

«Acerca de las relaciones entre el hombre y la Naturaleza, existen dos posiciones extremas (y equivocadas). Para la primera, el hombre sería el centro y dueño absoluto de la creación. Una consecuencia sería el entendimiento de la propiedad como el derecho de usar y abusar de la cosa propia. Para la segunda, el hombre sería un animal más, en ocasiones más desarrollado que los demás, en otras incluso peor o menos digno. La consecuencia natural es la defensa de los derechos de los animales. La superioridad del hombre se puede justificar incluso sin recurrir a argumentos metafísicos. El hombre es el único animal que puede agredir a la Naturaleza, incluso destruirla. Wittgenstein dijo que un perro no puede mentir, pero tampoco puede decir la verdad»⁵¹.

En su siguiente «monografía», el Discurso leído en su recepción como Académico de Número en la Real Academia de Cultura Valen-

⁴⁹ Encarnación Fernández explica en pocas y acertadas líneas esa consciencia de violencia contra el hábitat como parte de la violencia contra el ser humano, Cfr. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ, Encarnación, *cit.*, p. 143

⁵⁰ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Ecologismo personalista. Cuidar la Naturaleza, cuidar al hombre*, Madrid, Tecnos, 1995, pp. 14-34

⁵¹ SÁNCHEZ CÁMARA, Ignacio, «Sobre el fundamento personalista de la ecología», en De Lucas Martín, Javier *et al.* (eds.), *op. cit.*, p. 1429

ciana⁵², Ballesteros analiza la fundamentación de la universalidad de los Derechos Humanos, y lo hace reivindicando el deber de proteger el «hogar planetario» y revindicando la apertura a la trascendencia del ser humano como un rasgo distintivo del mismo, fundamental para entender la nota de universalidad de los Derechos Humanos⁵³. Para realizar esto, sin embargo, el discurso del profesor Ballesteros vuelve a insistir en la parte ideológica reductiva, en este caso hablando explícitamente de tres reduccionismos: el dualismo cuerpo-mente, que coloca la dignidad humana en la capacidad consciente y acaba negando derechos a los no conscientes; el utilitarismo, que acaba priorizando los animales sentientes sobre seres humanos no sentientes; y la discriminación genética de los seres humanos, entendido el ser humano como reducido a su genoma y determinado por este.⁵⁴

El siguiente libro firmado por el profesor valenciano es *Repensar la paz*. Es un estudio de las causas de la guerra y la violencia en el mundo, en el enfoque de la filosofía de la paz y en el contexto de relaciones internacionales. Trata desde el Islam y el fundamentalismo hasta la amenaza del neoconservadurismo americano. Sin embargo, pese a un enfoque aparentemente tan empírico, Ballesteros no abandona el ejercicio de analizar el sustrato filosófico que subyace a las distintas actitudes y situaciones que analiza. Esto se puede ver no solo en el hecho de insertar su artículo sobre las causas de la violencia (ya analizado *supra*) como una extensa introducción de 60 páginas (en un libro de 130 en total), sino, por ejemplo, en su crítica a la tesis del conflicto de civilizaciones y su defensa del Islam como religión de paz, distinguiendo esta religión del islamismo, que sería su perversión ideológica reduccionista, una «enfermedad» del Islam⁵⁵. También en su análisis del discurso semi-místico del neoconservadurismo americano, en el que laten de fondo conceptos como el «destino manifiesto» de la nación americana, o el de la violencia como redención (con la guerra se acabarán el resto de las violencias, por eso ha de hacerse y con toda su eficacia)⁵⁶.

La última monografía de Ballesteros es *Domeñar las finanzas, cuidar de la Naturaleza*. En cierto sentido, no puede ser tratada como las anteriores, ya que se trata de un libro compilatorio y, por tanto, no es una argumentación comenzada en la primera página y acabada en la última. Este libro profundiza principalmente en cuestiones de economía y ecología, aunque también, a través de la crítica al transhumanis-

⁵² El texto tiene una extensión más propia de un artículo que de una monografía. Se recoge como tal porque se ha seguido la clasificación del libro homenaje, como se comenta más arriba.

⁵³ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Sobre la fundamentación antropológica de la universalidad de los Derechos Humanos*, Discurso leído en su recepción como académico de número, Valencia, Real Academia de Cultura Valenciana, 1999, pp. 17-26.

⁵⁴ Cfr. *ibid.*, pp. 7-17.

⁵⁵ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Repensar la paz*, op. cit., pp. 71-83.

⁵⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 87-100.

mo y la obsolescencia humana, toca temas de bioética y bioderecho. Sin poder entrar a abordar todos sus capítulos, se puede observar este mismo interés del profesor en buscar las raíces filosóficas incorrectas para denunciar las violencias concretas que ve en las diferentes realidades económicas, ecológicas o bioéticas. Por espacio, ponemos solo dos ejemplos, aunque prácticamente cada capítulo podría analizarse así: (1) el capítulo 2, «Escuela neoclásica, valores y Derechos» realiza un análisis de una escuela económica. Pero el capítulo ocupa casi todo su espacio en una crítica al subjetivismo en los valores; al atomismo social al que ha llevado el individualismo liberal; a la hegemonía de la razón instrumental, que se niega a valorar lo cualitativo; y a la ideología de la disponibilidad abstracta o ilimitada, que niega el límite al crecimiento económico.⁵⁷ (2) El capítulo 13, «Cultura de la duración y desarrollo humano», inicia criticando el consumismo como una negación de la duración, debido al instantaneísmo y la ausencia del límite del deseo. Contra ello, el capítulo sigue haciendo una defensa de la duración y explicando los valores ecológicos como profundamente arraigados en un presupuesto antropológico paradójico: el hombre es un ser cultural, que crea y trabaja su entorno, y no se adapta sencillamente a él, sino que lo adapta para sí. Pero es un ser en la Naturaleza, así que esa capacidad transformadora tiene un límite, consistente en la correcta relación con lo natural, que no está ahí simplemente para ser destruido, asimilado o consumido.⁵⁸

De este recorrido por las obras monográficas de Ballesteros podemos, pues, concluir que a lo largo del pensamiento del profesor se repite el esquema de localizar la violencia por la vía de localizar la filosofía reduccionista que recorta la realidad que el ser humano tiene enfrente, haciéndole caer en una relación extraña, impropia, irrespetuosa con la persona que tiene delante y con el entorno natural que le circunda.

4. EL PENSAMIENTO Y LA ANTROPOLOGÍA CORRECTOS

Dicho esto, ¿cómo podemos, sin embargo, recuperar la realidad? Si un esquema de pensamiento, si un relato, reduce la realidad que tenemos delante hasta instrumentalizarla, ¿cómo sabemos que el relato que opongamos no hará lo mismo? Esta pregunta no es inútil, y menos teniendo en cuenta que negar la posibilidad de un relato correcto es la posición fuerte, ahora mismo, de toda la corriente postmoderna⁵⁹.

⁵⁷ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Domeñar las finanzas, cuidar la naturaleza*, Valencia, Tirant Humanidades, 2021, pp. 35-63

⁵⁸ Cfr. *ibid.*, pp. 333-351

⁵⁹ No deja de ser irónico, por cierto, que haya una «corriente fuerte» consistente en negar las corrientes fuertes y afirmadora del pensamiento débil.

La respuesta en Ballesteros es proponer una epistemología realista, que no recorte la realidad sino que se encuentre abierta a ella. En lugar de reducir el pensamiento a una sola idea, al estilo del pensamiento disyuntivo moderno, propone un pensamiento copulativo, capaz de acercarse a la realidad desde muchas fuentes, siempre atento a ser corregido por esta. En *Postmodernidad: decadencia o resistencia* concluye reivindicando la sinceridad y respeto por la realidad como claves para la no violencia, y una «epistemología ecuménica» o «pensamiento copulativo» como claves para superar las falsas disyuntivas modernas («libertad o igualdad» «deber o felicidad»...) con un enfoque paradójico que, además, reconozca los aportes de cada cultura, pero sin caer en el relativismo cultural⁶⁰.

La propuesta es instaurar un pensamiento siempre abierto, que no caiga en reduccionismos, que sepa acoger lo que aprehende de la realidad sin caer en la tiranía del método, que recorta la realidad para someterla al único conocimiento aceptable (por ejemplo, la lógica para los racionalistas, o el método científico para los científicistas)⁶¹. Ballesteros ya reivindica como el método adecuado, al comentar a Capograssi, aquel que observa sin prejuicios filosóficos o científicos previos, a la vez que con un profundo compromiso con el objeto que estamos observando, que es el hombre mismo, es decir, con profunda honestidad también al observar nuestra propia interioridad. Intentar acceder a la realidad humana sin prejuicio, a la vez que con un profundo compromiso cordial con ella (de la que formamos parte) son observados como claves en el método *capograssiano*⁶².

Este apegarse a la realidad es el único método que puede permitir que el pensamiento no se deforme y pueda ser útil para transformar de alguna manera la sociedad, nos explica García Neumann:

«Para que el pensamiento filo-jurídico, sociológico o ético no sea autorreferencial, o no se convierta en una suerte de filigrana de abstracciones interconectadas ajenas a la realidad, debe estar referido a la circunstancia humana y social, volver a ella para constatar su validez. (...) De otro modo, la filosofía corre el peligro de convertirse en sofistería y el pensamiento académico pierde validez como

⁶⁰ Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *Posmodernidad: decadencia...*, op. cit., pp. 112-118

⁶¹ Un análisis más detallado de este asunto lo realicé en: ROMERO-WENZ, Lukas, *La paradoja de Chesterton como pensamiento abierto. Superación de los reduccionismos metodológicos en las cuestiones sociales y político-jurídicas*, Madrid, Dykinson, 2023, pp. 67-125.

⁶² Cfr. BALLESTEROS, Jesús, *La filosofía jurídica de Giuseppe Capograssi*, Madrid-Roma, Instituto Jurídico Español de Roma, CSIC, 1973, pp. 26-27.

Los profesores Javier de Lucas y Alejandro de J. Flores también destacan esta influencia de Capograssi en la característica del pensamiento *ballesteriano* de comenzar pegado a la realidad del ser humano y su entorno. Cfr. DE LUCAS MARTÍN, Javier, cit., nota 3; también DE J. FLORES, Alejandro, «Lecturas de Giuseppe Capograssi en España: la Filosofía Jurídica de Jesús Ballesteros», en De Lucas Martín, Javier, et al. (eds.), op. cit., p. 169.

herramienta potencial para transformar en alguna medida, de una u otra forma, la realidad circundante»⁶³.

Pues bien, esa observación de la realidad lleva a Ballesteros a formular una antropología concreta, que conceptúa al ser humano de manera completa, intentando escapar de los reduccionismos. Las notas de su antropología son numerosas⁶⁴, pero aquí vamos a ver brevemente solo cuatro de ellas: la alteridad, la resistencia, la vulnerabilidad y la trascendencia.

Respecto a la primera, la alteridad es sin duda fundamental por cuanto que es la negación de la violencia. Como ya ha quedado dicho, esta es la versión patológica de aquella. Negar al otro como igual a mí, a la vez que necesitado de mí (aquí la alteridad se vincula inevitablemente a la nota de cuidado) es la forma fundamental de violencia y discriminación. Como lo expresa el profesor Ramírez, comentando a Ballesteros, la clave para entender la presencia del Derecho en la vida humana está en el reconocimiento de que la apertura existencial a la alteridad, como verdad del ser humano, no es un dato teórico, sino que es un motivo radical para la acción. De esta manera el derecho justifica su existencia, y encuentra la causa de validez última de las normas que lo componen, en la medida en que motiva la realización de conductas con las que se respeta, incondicionalmente, al otro⁶⁵.

Pasando a la resistencia, nos indica Salcedo Romo:

«[L]a *re-sistencia* implica reafirmación del ex-sistir humano –desde su esencial capacidad de apertura a la realidad, hasta su capacidad de proyectarse más allá de su entorno y de su ser actual– específicamente ante las manifestaciones inadecuadas de alteridad, ante la injusticia, la discriminación y la violencia –en sus diversas manifestaciones–»⁶⁶.

Por esto, la resistencia está profundamente conectada a la tercera característica antropológica, la vulnerabilidad humana⁶⁷. Esta se revela

⁶³ GARCÍA NEUMANN, Jaime, *cit.*, p. 1932.

⁶⁴ Salcedo Romo enumera en su tesis las siguientes: (1) Ser humano como existente, tanto en el sentido (a) de estar abierto a la realidad como (b) de tener intencionalidad, proyecto. (2) Vulnerabilidad, tanto en el sentido de la indigencia física como moral. (3) Alteridad. (4) Cuidado. (5) Temporalidad. (6) Resistencia. (7) Trascendencia. Cfr. SALCEDO ROMO, Alejandro, *op. cit.*, pp. 115-164.

⁶⁵ RAMÍREZ GARCÍA, Hugo S., «*Pro persona*: primacía jurídica de la humanidad. Una aproximación desde el pensamiento de Jesús Ballesteros», en De Lucas Martín, Javier, *et al.*, *op. cit.*, p. 310.

⁶⁶ Cfr. SALCEDO ROMO, Alejandro, *op. cit.*, p. 158.

⁶⁷ García Ruiz considera la vulnerabilidad en Ballesteros una respuesta al individualismo jurídico, que explica como un esquema reduccionista de la persona que solo reconoce como sujeto de derechos al autónomo («*elijo (tengo autonomía), luego tengo derechos*»), es decir, a quien es capaz de decidir, de expresarse y de luchar por sus derechos. La vulnerabilidad sustituiría a la autonomía, pues es un concepto verdaderamente universal, frente a la autonomía que no todos tienen. Cfr. GARCÍA RUIZ,

como vulnerabilidad física, nos explica Salcedo, pero también como vulnerabilidad moral, es decir, como la posibilidad del mal. Aparece aquí un tema que toca mucho Ballesteros, y es la necesidad del pensamiento reflexivo para diferenciar aquellas vulnerabilidades evitables (la miseria, por ejemplo) de aquellas que no lo son (la enfermedad, aunque quizás no «algunas» enfermedades curables, y la muerte). La resistencia aparece como forma de rebelarse contra los males evitables, nacidos de esa capacidad dicotómica humana de realizar tanto el bien como el mal. No es inteligente, sin embargo, desviar esa capacidad de resistencia desde rechazar los males evitables (que es donde cobra sentido) a rechazar las limitaciones inherentes a la existencia, tales como la muerte o la limitación de la corporeidad física⁶⁸.

La última característica antropológica, de enorme importancia para Ballesteros, es la capacidad de trascendencia, que abre y posibilita la espiritualidad. En su discurso en la Academia Valenciana, ya anunciaba con fuerza:

«La tesis que nos proponemos defender es la de la imposibilidad de justificar la verdadera unidad de la especie humana (el mon-anthropismo) y por tanto la universalidad de sus derechos, sin defender la condición espiritual del hombre, su capacidad de trascenderse a sí mismo»⁶⁹.

Más adelante señala la importancia de una espiritualidad concreta, la cristiana, para entender la complejidad humana «a través del pensamiento de la Encarnación y de la Redención»:

«El primer momento podría unilateralmente interpretarse como antropocentrismo, al proponer la tesis de un Dios que se hace hombre. El segundo momento, visto unilateralmente, podría interpretarse como si el hombre fuese miserable, en cuanto no podría salvarse a sí mismo. La unión de ambos momentos, exigida por la esencia del mensaje, pone de relieve conjuntamente la miseria y la grandeza del hombre, como nunca había sido alcanzada hasta entonces»⁷⁰.

Respecto al cristianismo, en un artículo dedicado al pensamiento político del santo y maestro de espiritualidad Jose María Escrivá, el profesor describe la importancia de la espiritualidad para defender la intimidad del ser humano. Es la capacidad de ver al hombre como espiritual la que protege su intimidad, evitando el totalitarismo políti-

Leopoldo, «Crítica del individualismo liberal y fundamento de los derechos humanos en el pensamiento de Jesús Ballesteros», en DE LUCAS MARTÍN, Javier *et al.* (eds.), *op. cit.*, pp. 717 y 730.

⁶⁸ Al respecto de la diferencia entre deficiencias evitables e inevitables, Cfr. BALLESTEROS, JESÚS, «La nueva gnosis como negación de las diferencias ontológicas y las deficiencias inevitables», en BALLESTEROS, Jesús, *Domeñar las finanzas...*, *op. cit.*, pp. 233-246.

⁶⁹ BALLESTEROS, Jesús, *Sobre la fundamentación antropológica...*, *op. cit.*, p. 6.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 26.

co: hay cosas que pertenecen a la conciencia personal y no quedan sujetas al flujo de lo comunitario, de la *polis*. Así, la doble mirada sobre el hombre, reconociendo su «ciudadanía de dos ciudades» (que señalara san Agustín, y Ballesteros menciona) equilibran la famosa libertad de los antiguos y los modernos, es decir, la participación política y la libertad personal, centrada en la libertad de conciencia⁷¹.

5. CONCLUSIÓN: BALLESTEROS COMO FILÓSOFO ANTI-GNÓSTICO

El recorrido que hemos hecho ha permitido señalar al profesor como alguien preocupado por la violencia, y que entiende el origen y causa de esta siempre en un tipo de pensamiento que, en vez de entender la realidad, se coloca como un velo de la mente e impide acceder a ella, deformándola y recortándola. El ser humano, las relaciones que establece con otros y con su entorno, la manera que tiene de entenderse... se reducen hasta menos de lo que son, considerados desde una perspectiva abierta y realista. Hemos visto, también, un esbozo y propuesta para sustituir ese pensamiento reduccionista por un pensamiento abierto, y alguna nota de una antropología que considere al hombre de forma más plena y multifacética, incidiendo especialmente en las notas de estar abierto a otros y ser vulnerable.

El sentido en que esto puede quedar señalado como anti-gnóstico parte de entender el gnosticismo como ese dualismo que desprecia lo carnal y físico (lo «real»), a cambio de lo espiritual y mental (lo «formal»). En ese sentido, gnosticismo y narcisismo se tocan: ambos dan prioridad a un conocimiento alcanzado *por uno mismo*, y que menosprecia como inferior aquello real que tiene delante, y con que debería entrar en relación. La abstracción moderna, así como el narcisismo infantil postmoderno que reduce a la persona a impulsos, como también el voluntarismo que declara que cada cual puede ser y hacerse como quiera, y tantos otros esquemas mentales... son en este sentido muestras no solo de narcisismo, sino de gnosticismo, del perverso impulso de reducir toda la verdad a uno mismo⁷².

⁷¹ BALLESTEROS, Jesús, «Vida ordinaria, moral y Derecho en Josemaría Escrivá» en *Persona y Derecho. Revista de Fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, vol. 46, 2002, p. 30

⁷² Ballesteros habla del gnosticismo clásico diciendo que lo propio de esa postura era su oposición a la idea de creación, por considerar el mundo creado por un demiurgo perverso. Señala que hay una «nueva gnosis», en su caso hablando del transhumanismo, en la que el ser humano se salvará de su cuerpo, de nuevo, mediante el elemento «espiritual»: el conocimiento, aplicado a la tecnología, que permitirá superar las deficiencias del blando e imperfecto cuerpo físico. Cfr. BALLESTEROS, Jesús, «La nueva gnosis como negación de las diferencias...», *cit.*, p. 233.

Ballesteros, al reivindicar la realidad, al reclamar que se reconozca al hombre en su vulnerabilidad (tan física, aunque no solamente) y no en su autonomía (tan poco física), apuesta decididamente por el hombre de carne, el real, declarándole a él, a las personas con que se rodea, al ambiente natural en que se encuentra, como algo «bueno» (resonando en la atronadora declaración divina de Génesis 1:31). Este ser humano necesita la razón práctica ejercida en el Derecho, en la política, en la moral, para poder vivir adecuadamente, sí. Su vida es social, y esto requiere de mucho esfuerzo y pensamiento para solucionar los conflictos y alcanzar la armonía. Pero ese pensamiento ha de estar al servicio de esa persona real, que no tiene que ser abstraída, ni convertida en otra cosa: en una pieza de un sistema político pretendidamente perfecto, en un producto de goce, en un animalito sin proyecto que ni lo tiene ni puede tenerlo porque su identidad está fragmentada en máscaras, o en un engranaje de un sistema económico que le esclaviza. Y, al reivindicar a ese tremendo y grandioso hombre completo, al reivindicar su realidad, sus relaciones y su carne, Ballesteros se opone a los espiritualismos y abstracciones, y es, por ello y con todo derecho, un filósofo anti-gnóstico.

Bienes fundamentales, bienes comunes y lo común en el Estado constitucional¹

Fundamental goods, common goods and the common in the constitutional State

Por HÉCTOR SILVEIRA²
Universidad de Barcelona

RESUMEN

Los bienes fundamentales ocupan un lugar central en la propuesta de Constitución de la Tierra que realiza el gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli. Con esta nueva categoría jurídica abre un debate, no sólo con la doctrina constitucionalista y los defensores de la cultura de los derechos humanos, sino también con aquellas que apuestan por los bienes comunes y lo común como principio, para impulsar procesos de transformación social. Para Ferrajoli, los bienes comunes deben ser reconocidos, entre otros, como bienes fundamentales por el Estado constitucional. Este paso es importante por dos motivos. En primer lugar, para evitar equívocos con otros usos del término bienes comunes y, en segundo lugar, para conseguir una protección más eficaz, desde el punto de vista jurídico, de estos bienes, que son vitales para todas las personas. En este texto, en aras también de tener una mayor o mejor comprensión de la propuesta del jurista italiano, abundaremos en estas dos razones. Para ello, deberemos adentrarnos en el mundo complejo

¹ Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto I+D+i «Administración compartida y bienes comunes: derecho, y políticas públicas mediante gobernanza colaborativa», PID2020-114735GB-100, coordinado por los profesores Vicenç Aguado y Joan Antón Mellón de la UB y financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

² Profesor Agregado Serra Húnter de Filosofía del Derecho de la Universidad de Barcelona.

de los discursos y teorías sobre los bienes comunes, los cuales, en este artículo, vamos a analizar, dividiéndolos en dos grandes contenedores: los bienes comunes jurídicos (3) y lo común y los bienes económico-políticos y, este último, a su vez, en otros dos: los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional (5.1) y lo común como principio político instituyente (5.3). Acabaremos defendiendo la necesidad de crear un «cuarto poder cívico» en el Estado constitucional, con el fin de impulsar la propuesta de Ferrajoli sobre los bienes fundamentales.

Palabras clave: bienes fundamentales, bien común, común, bienes comunes, cuarto poder cívico.

ABSTRACT

Fundamental goods occupy a central place in the proposal for a Constitution of the Earth made by the great Italian jurist, Luigi Ferrajoli. With this new legal category, he opens a debate, not only with constitutionalist doctrine and the defenders of the culture of human rights, but also with those who support common goods and the common as a principle, to promote processes of social transformation. For Ferrajoli, common goods must be recognized, among others, as fundamental goods by the constitutional State. This step is important for two reasons. Firstly, to avoid misunderstandings with other uses of the term common goods and, secondly, to achieve more effective protection, from a legal point of view, of these goods, which are vital for all people. In this text, also in order to have a greater or better understanding of the proposal of the Italian jurist, we will elaborate on these two reasons. To do this, we will have to delve into the complex world of discourses and theories on common goods, which, in this article, we will analyze, dividing them into two large containers: legal common goods (3) and the common and economic-political goods and, the latter, in turn, into two others: common goods as agents of change in the constitutional State (5.1) and the common as an instituting political principle (5.3). We will end by defending the need to create a «fourth civic power» in the constitutional State in order to promote Ferrajoli's proposal.

Key words: fundamental goods, common good, common, common goods, public good, «fourth civic power», constitutional state.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.— 2. BIENES COMUNES COMO BIENES FUNDAMENTALES. 2.1 *Los bienes comunes jurídicos.* a) *Las res communes omnium;* b) *De cosas comunes a cosas «comunales»:* de las Partidas y su evolución posterior; c) *Las res publicae* o «comunales» de uso público; d) *Los bienes comunes urbanos italianos;* e) *El patrimonio común de la humanidad y los bienes comunes globales.*— 3. EL «BIEN COMÚN» DE LA COMUNIDAD.— 4. LO COMÚN Y LOS BIENES COMUNES ECONÓMICO-POLÍTICOS. 4.1 *Los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado cons-*

titucional. 4.2 *Los bienes fundamentales para obligar a los poderes públicos y privados a respetar los bienes vitales y ganar eficacia jurídica.*

4.3 *Lo común como principio político instituyente.*— 5. LA NECESIDAD DE CREAR UN «CUARTO PODER CÍVICO» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

SUMMARY: 1. INTRODUCTION.— 2. COMMON GOODS AS FUNDAMENTAL GOODS. 2.1 *Legal common goods:* a) the *res communes omnium*; b) from common things to «communal» things: The Partidas and their subsequent evolution; c) the *res publicae* or «commons» for public use; d) Italian urban common goods; e) the Common Heritage of Humanity and global common goods.— 3. THE «COMMON GOOD» OF THE COMMUNITY.— 4. THE COMMON AND THE ECONOMIC-POLITICAL COMMON GOODS. 4.1 *Common goods as agents of change in the Constitutional State.* 4.2 *Fundamental goods to oblige public and private powers to respect vital goods and gain legal effectiveness.* 4.3 *The common as an instituting political principle.*— 5. THE NEED TO CREATE A «FOURTH CIVIC POWER» IN THE CONSTITUTIONAL STATE.

1. BIENES COMUNES COMO BIENES FUNDAMENTALES

El gran jurista italiano, Luigi Ferrajoli, maestro de tantos, nos propone estipular una constitución de la tierra para hacer frente, con nuevas instituciones jurídicas, políticas y económicas, a los colosales desafíos que tiene la humanidad: el cambio climático, el hambre y la pobreza, las guerras, la desigualdad y los flujos migratorios masivos, la crisis política y de la democracia representativa, entre otros. Con este fin, y para abrir e incentivar el debate entre la doctrina científica y en la opinión pública, él mismo ha elaborado y puesto sobre la mesa un proyecto de constitución de la tierra, donde recoge de manera resumida y articulada, en cien artículos, sus propuestas de principios, derechos, bienes y de instituciones globales de gobierno, de garantías y económico-financieras³.

En este proyecto de constitución ocupan un lugar central una nueva categoría de bienes, la de los *bienes fundamentales*, cuya tutela y accesibilidad, nos dice, deberían estar garantizados a todas las personas por ser esenciales para la vida. Bajo el paraguas de estos bienes, Ferrajoli coloca tres subtipos: los personalísimos, los comunes y los sociales. Entre ellos hay diferencias estructurales importantes. Los personalísimos, como los órganos del cuerpo humano y los datos relativos a la identidad personal, serían objeto de «libertades frente a», es decir, de inmunidades *erga omnes*, y serían accesibles y utilizables

³ FERRAJOLI, L.; *Por una Constitución de la Tierra. La Humanidad en la encrucijada*, Trotta, Madrid, 2022, pp. 155.

sólo por quien los posee. En cambio, los comunes, bienes vitales naturales como, por ejemplo, el agua potable, el aire, los grandes bosques, la biodiversidad y la Antártida, serían objeto de «libertades de», esto es, de libertades-facultad consistentes en el derecho de todos a acceder a su uso y disfrute. Y los bienes sociales, bienes vitales artificiales como, por ejemplo, los alimentos básicos, los medicamentos esenciales, las vacunas y las redes de internet, serían objeto de derechos sociales cuya prestación estaría a cargo de los poderes públicos⁴. Todos estos bienes, como bienes vitales para la vida, que garantizan la igualdad y el libre desarrollo de la persona, no deberían, subraya Ferrajoli, estar en manos privadas y formar parte de procesos de mercantilización y de apropiación privada. Al contrario, deberían estar blindados en las constituciones como bienes fundamentales universales, de todas las personas sin exclusión, indisponibles e inapropiables, y deberían ser, además, el objeto de protección y garantía de los derechos fundamentales primarios⁵.

Esta propuesta del jurista italiano nos interpela a realizar cambios relevantes en nuestras concepciones sobre los bienes y las instituciones de gobierno y de garantías del Estado constitucional. Cambios que serían relevantes porque, por ejemplo, los alimentos y los medicamentos esenciales para la vida, hoy por hoy, forman parte de los bienes patrimoniales, están disponibles en el mercado como mercancías; son producidos y distribuidos por empresas privadas de los sectores alimentario y farmacéutico. La conversión como *bienes fundamentales*, de los «fármacos esenciales, las vacunas, [y] los productos sanos y no contaminados, necesarios para la alimentación básica» (art. 48.4 PCT⁶), como propone Ferrajoli, implicaría un cambio importante en las reglas de juego entre los poderes públicos y los poderes privados. Es más, su reconocimiento como bienes sociales fundamentales, requiere de la intervención del Estado, que mediante el dictado de nuevas leyes, los reconozca y garantice como derechos fundamentales de las personas. Así, según Ferrajoli, los bienes personalísimos y los comunes deberían ser objeto de derechos individuales negativos (como, por ejemplo, derechos biológicos a la integridad personal y derechos ecológicos o del medio ambiente) consistentes en expectativas negativas, a las que corresponden, como garantías, límites fundamentales regulados por prohibiciones *erga omnes* de lesión. En cam-

⁴ FERRAJOLI, L; *op.cit.*, pp. 155-156, Id., *Principia Iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid, 2011, p. 734.

⁵ Para Ferrajoli, los derechos primarios (o sustanciales) son aquellos «cuya titularidad corresponde a todos en cuanto personas naturales o en cuanto ciudadanos». Tienen por contenido «necesidades o intereses sustanciales reconocidos como vitales, como el derecho a la vida y a la integridad personal, los derechos de libertad y los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la subsistencia, a la educación y similares» (FERRAJOLI, L; *op. cit.*, pp. 692-693, 733).

⁶ Proyecto de Constitución de la Tierra, de ahora en adelante PCT, en FERRAJOLI, L; *Por una Constitución de la Tierra...*, p. 156.

bio, los bienes sociales deberían ser objeto de derechos positivos, esto es, de expectativas positivas que deben ir acompañadas, como garantías, de leyes que regulen las obligaciones públicas, también *erga omnes*, para proporcionar las prestaciones que corresponden a todas las personas⁷.

En suma, con la propuesta de los *bienes fundamentales*, Ferrajoli, busca que los tres poderes del Estado constitucional hagan frente, de una vez por todas, a algunos de los principales desafíos que tienen por delante como, por ejemplo, eliminar la pobreza y el hambre o no dejar a nadie sin las vacunas esenciales por motivos económicos. Y que, además, se haga frente a estas cuestiones con una eficacia mayor de la conseguida, hasta ahora, en el cumplimiento y realización de los derechos fundamentales. Estamos, por tanto, ante una propuesta importante, ambiciosa en sus objetivos, que incide de lleno en el Estado constitucional y en su cultura jurídica⁸. Esta se ve interpelada directamente porque la categoría que propone, la de los *bienes fundamentales*, no forma parte de su lenguaje habitual. Es una categoría nueva, que se añadiría, por un lado, a la de los bienes y, por otro, a la cultura de los derechos fundamentales. Están los bienes muebles e inmuebles, públicos y privados, patrimoniales y comunes, pero no los *bienes fundamentales*, que no están ni citados en los textos constitucionales. Es más, su propuesta rompe también con la clásica división jurídica entre bienes públicos, privados y comunes. A estos, se sumarían los bienes fundamentales, pero con la peculiaridad de que los bienes comunes pasan a estar subsumidos en aquélla, perdiendo visibilidad y la carga simbólica que actualmente tienen y que los distinguía de los otros bienes: la de ser de todos y estar disponibles para todos. Asimismo, los *bienes fundamentales* inciden también de lleno en el espacio propio de la cultura de los derechos humanos, hegemónica en las luchas por los derechos de las personas que llevan adelante las organizaciones defensoras de los derechos humanos en nuestra sociedad.

En su *Proyecto de Constitución de la Tierra*, Ferrajoli define a los bienes comunes como aquellos bienes que son patrimonio común de la humanidad y de todos los demás seres vivos. Son bienes vitales naturales como, por ejemplo, el aire, el agua potable y sus fuentes, los ríos, los mares, los grandes bosques, los grandes glaciares, la biodiversidad, los fondos marinos, la Antártida, los espacios aéreos, las ondas electromagnéticas, los espacios ultraterrestres, la Luna y los demás cuerpos celestes» (arts. 49.1 y 48.2 PCT). A los clásicos bienes comunes romanos, Ferrajoli, les suma aquellos que la cultura jurídica ha ido reconociendo como patrimonio común de la humanidad. Al ser de todos los seres vivos, el acceso a estos bienes debe estar garantiza-

⁷ *Ibidem*, p. 735.

⁸ Ver al respecto, GARCÍA SÁEZ, J. A.; «Bienes comunes: conceptos y discusiones a partir de Por una Constitución de la Tierra de Ferrajoli», en *Teoría & Derecho. Revista de pensamiento jurídico*, núm. 36, 2024, pp. 104-123.

do a todos y deben, además, estar sustraídos a la apropiación privada y a la comercialización (art. 49.2 PCT). Asimismo, estos bienes comunes, deben ser también, para Ferrajoli, denominados y reconocidos como *bienes fundamentales* por el Estado constitucional. Este paso es importante, para el jurista italiano, principalmente, por dos motivos. En primer lugar, para evitar equívocos con otros usos del término bienes comunes y, en segundo lugar, para conseguir una protección más eficaz, desde el punto de vista jurídico, de estos bienes, que son vitales para todas las personas. Por ello, a continuación, nos proponemos revisar con más detenimiento estas dos razones, en aras también de tener una comprensión mayor o mejor de la propuesta de Ferrajoli de integrar a los bienes comunes en una categoría superior, denominada *bienes fundamentales*, en el Estado constitucional.

2. BIENES COMUNES COMO *BIENES FUNDAMENTALES*

Como decíamos, Ferrajoli propone introducir la categoría de los *bienes fundamentales* en el Estado constitucional y, en especial, en la doctrina constitucionalista, para evitar, en primer lugar, cualquier equívoco que se pueda producir con el uso del término bienes comunes. La «mística de los bienes comunes, escribe Vitale, se convierte en el peor enemigo interno de un constitucionalismo del derecho privado que sepa de verdad poner límites a la pura lógica del beneficio»⁹. Por mística de los bienes comunes, Vitale alude a la explosión de teorías, de todo tipo, económicas, sociológicas, políticas, jurídicas, que, en los últimos años, vienen haciendo uso del término bienes comunes y de otros relacionados con lo común¹⁰. Esto va a suponer, por un lado, un enriquecimiento de las teorías sobre la vida en común, en concreto, en relación con las teorías relacionadas con la democracia y el capitalismo. Pero, por otro lado, también ha dado lugar a un uso diverso, con significados, a veces contradictorios, sobre este concepto y otros relacionados con la idea de lo común, creando confusión y desconcierto. Para adentrarnos en este mundo complejo y muy diverso sobre los distintos discursos de los bienes comunes, vamos a hacerlo, dividiéndolos en dos grandes contenedores: el jurídico y el político-económico¹¹. En el primero, estarían algunos de los distintos usos jurídicos relacionados con los bienes comunes. Usos que no buscan ir más allá de presentar las características y las transformaciones de unos bienes,

⁹ VITALE, E; *Contro i beni comuni*, Laterza, Roma, 2013, p. XI.

¹⁰ Sobre Vitale y los bienes comunes Cfr. LLOREDO ALIX, L.; «Los bienes comunes como aproximación materialista al problema del bien común: una réplica a Ermanno Vitale», en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 45, 2021, pp. 250-283.

¹¹ Para una taxonomía distinta sobre los bienes comunes ver LLOREDO ALIX, L., «Bienes comunes», en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 19, 2020, pp. 214-236.

que no son ni públicos ni privados, que tienen su un fundamento en lo que es común a todos y que deberían estar a disposición de todas las personas. En el segundo ámbito, en el político-económico, estarían aquellos usos que, además de destacar la relevancia de los bienes comunes, los convierten en un instrumento de transformación social, con el objetivo de conseguir cambios de orden político y económico, incluso radicales, en el Estado constitucional. En estos casos, nos encontraríamos con un uso instrumental de los bienes comunes¹².

2.1 Los bienes comunes jurídicos

En este ámbito vamos a presentar el concepto jurídico de los bienes comunes, realizando, además, un recorrido en el tiempo, hasta llegar al presente, donde presentaremos algunas de sus actuales denominaciones y usos como, por ejemplo, «bienes comunes urbanos», el «patrimonio común de la humanidad» o los «bienes públicos globales». Acabaremos esta parte presentando brevemente el concepto de «bien común».

a) LAS RES COMMUNES OMNIUM

Desde el punto de vista jurídico, el término comunes aparece citado por primera vez en el derecho romano en la división de las cosas, que realiza Marciano en el libro III de sus *Instituciones*, y que está recogido en el *Digesto* (1.8,2): «Algunas cosas son comunes a todos por derecho natural, otras son de la universalidad, otras no son de nadie, y la mayor parte son de cada uno, las cuales se adquieren para cada cual por varias causas». Para luego especificar que las cosas comunes por derecho natural son: «el aire, el agua corriente y el mar, y consiguientemente las costas del mar» (D.1.8,2.1). También encontramos referencia a las cosas comunes en las *Instituciones* de Justiniano que recoge al pie de la letra la clasificación de Marciano pero añadiendo las *res publicae* (cosas públicas): «Hay unas cosas que están en nuestro patrimonio y otras que se hallan fuera de él. En efecto, mientras unas son por Derecho Natural comunes a todos, otras son públicas o propiedad de alguna corporación o no tienen dueño; pero la mayoría son propiedad de particulares...» (Inst.2.1.1).

Una de las maneras que tenían los romanos de clasificar a las cosas era distinguiendo entre aquellas que estaban fuera del comercio (*res extra commercium*) y las que estaban dentro (*res intra commercium*). Las primeras estaban excluidas del dominio particular y del tráfico mercantil y no podían ser enajenadas ni adquiridas. Entre éstas estaban las cosas de derecho divino (*res divinis iuris*), las cosas públicas

¹² BARCELONA, M., *op. cit.*, p. 166.

de uso público (*res publicae in uso publico*) y las cosas comunes (*res communes omnium*). Las *res divinis iuris* podían estar consagradas a los dioses –*res sacrae*– o situadas bajo la protección de los mismos dioses (*res sanctae*), como era el caso de los muros y puertas de las ciudades. Las *res publicae in uso publico* son los bienes públicos que pertenecían al pueblo romano en cuanto miembros de la comunidad romana. Hay *res publicae* por su propia naturaleza o por Derecho de gentes, como es el caso de los ríos y sus costas, o bien, también por el dictado de una autoridad, que mediante un edicto (*publicatio*) regulaba su uso público, como en el caso de las calles, los puentes, los foros, los teatros o las termas. Con la expansión de Roma por el mundo se integraron en esta categoría de *res publicae* las cosas de las que eran titulares colonias, municipios y otras colectividades –*res universalis*–, también destinadas al uso público. Por último, los romanos colocaban también fuera del dominio de los particulares y del tráfico mercantil, a las *res communes omnium*, las cosas comunes a todos los *seres vivos* por derecho natural, como el aire, el agua corriente (*aqua profluens*) y el mar con sus costas. En estos casos, cualquier individuo puede hacer uso de estos bienes comunes mientras no impida, a su vez, su uso por parte de otros. La diferencia principal entre las cosas comunes –*res communes omnium*– y las cosas públicas (*res publicae in uso publico*) es que, a las primeras, los romanos las consideraban cosas de todos los seres vivos, en cambio, a las *res publicae* las consideraban sólo de los integrantes de una determinada comunidad política. Ambas cosas podían ser usadas por todos, sin distinción, no excluían a nadie y todos podían hacer uso de ellas y eran de interés de todos, pero unas pertenecen a todos los seres vivos y otras a una colectividad determinada. Por otro lado, estaban las cosas que formaban parte de la esfera comercial, las *res intra commercium*, entre las cuales estaban: las cosas de los particulares (*res privatae*), las que no pertenecían a nadie (*res nullius*), pero que cualquier persona podía adquirir por ocupación, como los animales salvajes, o las cosas halladas en el litoral, y, en tercer lugar, las cosas públicas que pertenecían al pueblo romano pero que podían ser vendidas o compradas por particulares. Entre estas últimas estaban las que formaban el erario o patrimonio público (*res publicae in erario populi*), como los esclavos y las tierras (*ager publicus*) y botines de guerra, y las que en la época del Imperio pasaron a formar parte del fisco o patrimonio del César (*fiscus Caesaris*), las *res publicae in patrimonio populi o in pecunio populi o in patrimonio fisci*¹³. Estas últimas se consideraban también bienes del pueblo romano pero no eran de uso público porque estaban destinadas a financiar los gastos del Estado, formaban parte de la institución imperial y, en consecuencia, se transmitían al sucesor en el cargo, y como *res intra*

¹³ Con el tiempo las *res publicae in patrimonio populi* absorbieron a las *res publicae in erario populi*.

commercium podían ser vendidas al igual que las *res privatae* de los particulares¹⁴.

b) DE COSAS COMUNES A COSAS «COMUNALES»: DE LAS PARTIDAS Y SU EVOLUCIÓN POSTERIOR

Las *Partidas* (1256-1265) asumieron la división romana de las cosas, pero ahora haciendo uso del término «comunales», para hacer referencia a las cosas que son de todos los seres vivos y de todos los hombres y mujeres integrantes de una comunidad¹⁵, que las usan y aprovechan en común. En el libro III, se dice que son «cosas comunales» las que pertenecen: a) a todos los *seres vivos*, como el aire, las aguas de lluvia, el mar y sus riberas, imprescindibles para la vida de todos los seres vivos; b) a todos *los hombres* y que pueden hacer un uso público como los ríos, caminos, puertos y riberas; c) a una *población* y destinadas al uso común de los vecinos, como fuentes, plazas, montes y pastos; d) a una *población* determinada pero que no son de uso público ya que están destinadas a proporcionar una renta al conjunto de los vecinos, como los huertos, olivares, viñas o el ganado y, en consecuencia, forman parte del tráfico mercantil y las ciudades las poseen a título de patrimonio privado¹⁶.

Desde entonces, y por un largo período de tiempo, dejamos de encontrar referencias sobre las *res communis omnium* en las leyes y en la doctrina jurídica. Los bienes comunes eran considerados de escaso interés para la comunidad, por ser cosas de imposible apropiación y quedar fuera del tráfico mercantil. Será ya en la época contemporánea, en la segunda mitad del siglo XX, cuando volverán a ser de interés para la opinión pública y la cultura jurídica, bajo los conceptos de «patrimonio común de la humanidad» y «bienes comunes globales» (*global commons*). El Derecho Internacional Público vuelve a colocar a las cosas comunes en el centro de atención cuando la comunidad internacional, especialmente tras la Segunda Guerra, se ve ante la necesidad de proteger unos bienes considerados imprescindibles y fundamentales para la humanidad, convertida, a partir de entonces, en un nuevo sujeto jurídico¹⁷. Esto, en cuanto, a las *res communis omnium*.

¹⁴ LÓPEZ RAMÓN, F; *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 27-28; SERNA VALLEJO, M; «Los bienes públicos: Formación de su régimen jurídico» en *Anuario de Historia del Derecho Español*, núm. 75, 2005, pp. 969-972.

¹⁵ En el libro III, título XXVIII de las *Partidas*, encontramos que las cosas se dividen entre aquellas que: «comunalmente pertenescen á todas las criaturas del mundo» (3); «pueden usar todo los homes comunalmente» (6) o las que «sean comunales á todos los moradores de las cibdat ó della villa» (10), etc.

¹⁶ *Partidas* III, XXVIII, 3, 6, 9 y 10.

¹⁷ GÓMEZ ISA, F; «Patrimonio común de la Humanidad», en *Estudios de Deusto. Revista de Derecho Público*, núm. 41, 1993, pp. 134-140.

c) LAS *RES PUBLICAE* O «COMUNALES» DE USO PÚBLICO

En cambio, las *res publicae* o «comunales de uso público», pertenecientes sólo a los miembros de una comunidad, fueron sufriendo cambios importantes como consecuencia de los procesos de patrimonialización del poder, realizados durante la Edad Media y Moderna, en los distintos ámbitos territoriales de las comunidades políticas (ciudades, regiones y estados). Bienes que, hasta entonces, se consideraban pertenecientes a los vecinos y ciudadanos, y que eran de uso también común, fueron pasando a otras manos, a veces a los monarcas (regalías), otras a las ciudades y municipios, bajo la nueva categoría de bienes de dominio público, o a los comuneros en el ámbito rural. Hay que tener presente que ya en el siglo xv los municipios comenzaron a dejar de ser considerados comunidades de vecinos para pasar a tener una personalidad propia, esto es, a ser una entidad propia y diferenciada del conjunto de los ciudadanos¹⁸. Más adelante, ya en el xix, las revoluciones liberal burguesas consolidaron el proceso de patrimonialización de los bienes públicos y comunales y promovieron, a su vez, su integración en el tráfico mercantil. La defensa del derecho de propiedad y de la libertad contractual dieron fundamento a legislaciones desamortizadoras¹⁹, las cuales abrieron la puerta a la desvinculación de grandes cantidades de bienes inmuebles y de derechos, que hasta entonces formaban parte del patrimonio de la Corona, del clero y de las órdenes religiosas, o bien de los municipios y de las comunidades de vecinos, para convertirlos en bienes patrimoniales y *res intracommercium*. Las regulaciones que tenían su origen en los fueros medievales, y que incluían derechos sobre aguas, minas, caminos, vías y pesquerías, fueron desplazadas por nuevas leyes que traspasaron su titularidad a la Administración del Estado, o bien quedaron bajo la tutela de distintos servicios administrativos. En España, con la desamortización promovida por la Ley Madoz (1855), innumerables bienes comunales, de aprovechamiento por comunidades de vecinos, perdieron su carácter de bienes inalienables y *extra commercium*, para

¹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F; *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁹ En España, la desamortización eclesiástica promovida por Mendizabal duró unos veinticinco años (1835-1860) y permitió que muchos terrenos eclesiásticos se convirtieran en parques urbanos, nuevos barrios y en sedes de instituciones públicas. La desamortización civil, en cambio, duró más tiempo y provocó grandes cambios en los antiguos patrimonios públicos. Tuvo su momento álgido con la Ley Madoz de 1855, en 1917 se suspendió su aplicación, pero no fue expresamente derogada, para los bienes y derechos estatales, hasta la aprobación de la Ley del Patrimonio del Estado de 1964. Por ejemplo, en la provincia de Zaragoza se puso en venta el 42,6% de la superficie provincial, en toda España 3,5 millones de hectáreas de montes públicos, muchos pertenecientes a los pueblos, fueron declarados enajenables, y en las provincias de Badajoz, Cáceres o Ciudad Real se formaron grandes latifundios tras la venta de miles de hectáreas comunales (*ibidem*, p. 30).

convertirse en bienes patrimoniales de los pueblos²⁰ e *intra commercium*²¹. Por su parte, la codificación simplificó la división de los bienes imponiendo el binomio bienes de dominio público²² y bienes de propiedad privada²³. El Código Civil dejó claro que los bienes sólo pueden ser de dos maneras: de dominio público (art. 339) o de propiedad privada (art. 340). Y esto se impone también para las provincias y los pueblos, donde existían, hasta entonces, muchos bienes de tipo comunal (art. 343 Cc)²⁴. De este modo, todo bien que no fuera de dominio público pasaba a ser de propiedad privada. Los bienes municipales quedaron integrados en dos grandes clases: por un lado, en las ciudades, los bienes de dominio público, relacionados con la vida cotidiana (mercados, casas, mataderos, escuelas, calles plazas, parques) y, por otros, en los pueblos, con los bienes de gestión agraria, pecuario o forestal, pertenecientes al municipio –bienes de propios o patrimoniales– y los que, de forma excepcional, eran de uso colectivo –aprovechamiento– por los vecinos (bienes comunales). Durante un tiempo, con la desamortización, los bienes comunales quedaron fuera de los bienes de dominio

²⁰ La calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales de los pueblos se deduce de la interpretación de los arts. 343 y 344 del Código Civil (Cc), y la recoge expresamente la legislación hipotecaria de esos años (SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, p. 1006).

²¹ *Ibidem*, 996. El artículo 2 de la ley exceptuaba de la desamortización a los bienes que en el momento de aprobación de la ley fueran de «aprovechamiento común». Pero la falta de una definición clara sobre qué significaba «aprovechamiento» dejó en manos de los jueces su interpretación y la que estos hicieron –exigieron veinte años de uso continuado– dificultó que los vecinos pudieran defender sus bienes comunales e impedir su conversión en bienes patrimoniales y enajenables. El Tribunal Supremo interpretó «aprovechamiento» a partir del artículo 53 de la Instrucción de 31 de mayo de 1855 y limitó las excepciones al entender que el factor del aprovechamiento comunal debía de haberse producido de forma ininterrumpida desde al menos veinte años antes de la aprobación de la ley (*ibidem*, pp. 1005).

²² En el proceso de patrimonialización de los bienes públicos y comunales jugó también un papel importante la importación desde Francia de la categoría del dominio público. Así, en la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 1866 se distinguía por primera vez entre el dominio público y el dominio particular de la Nación. Esta, se dice, tiene dominio público «sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a eu se hallan destinadas: tales son, por ejemplo, las playas, los ríos, caminos, muelles y puertos públicos, su carácter principal es ser inenajenable e imprescriptible». Y el dominio particular del Estado, el que a éste compete «sobre «aquellas cosas destinadas a su servicio, o sea a la satisfacción de sus necesidades colectivas, y no al uso común, cosas de las que dispone como los particulares de las que constituyen su patrimonio: tales son, entre otras muchos, los montes, minas, arsenales, fortalezas y edificios militares» (cit. en LÓPEZ RAMON, F; *op. cit.*, p. 31).

²³ El Código civil distingue entre bien y cosa. Se entiende por bien la relación directa y exclusiva de las personas con las cosas u objetos de la realidad apropiables y útiles para aquéllas. Y las cosas son el objeto de las relaciones jurídicas (ver art. 333 CC).

²⁴ El Estatuto Municipal de 1924 estableció que el patrimonio municipal estaba integrado por bienes de dominio público y privado. Lo mismo hizo el Reglamento de bienes de 1955 y el de 1986 (LÓPEZ RAMÓN, F; *op. cit.*, p. 32).

público, aunque luego, ya en el siglo xx, pasarán a estar bajo la tutela de éstos²⁵.

Desde el punto de vista jurídico, en España, los bienes comunales volverán a salir a la luz con la Constitución de 1978. La ley, dice el constituyente, «regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación» (art. 132.1 CE). En este artículo, dice Alejandro Nieto, la Constitución presenta su veta romántica, que «la ha inducido a aludir –ya que no a proteger– sectores económicos deprimidos, como es el caso, junto con los bienes comunales, de la artesanía y las zonas de alta montaña que aparecen en el artículo 130»²⁶. Años después, el legislador español vuelve a incluir a los bienes comunales en los bienes de dominio público, declarándolos también inalienables, inembargables e imprescriptibles (arts. 79 y 80 de la Ley de Bases de Régimen Local de 1985)²⁷. Sin embargo, será en un país vecino, en Italia, donde los bienes comunales de las administraciones locales van a tener un verdadero reconocimiento, no sólo jurídico, sino también y, especialmente, por la política y la sociedad civil, con los denominados *beni comuni urbani*. Vale la pena detenernos un momento en ellos.

d) LOS BIENES COMUNES URBANOS ITALIANOS

Bajo el nombre de *beni comuni urbani*, un número considerable de municipios italianos han introducido en sus legislaciones una nueva categoría jurídica para hacer referencia a un conjunto de bienes que la

²⁵ En la Ley de Régimen Local, texto refundido de 1955, se mantiene la calificación de los bienes comunales como bienes patrimoniales pero se proclama su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable (art. 118) (SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, pp. 1006-1007).

²⁶ NIETO, A; «La nueva regulación de los bienes comunales», en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 233, 1987, p. 10. Es interesante tener presente la discusión que se plantea en la doctrina administrativa y civil sobre la cuestión de la propiedad, si los bienes comunales son objeto o no de propiedad. La ambigüedad del Código Civil da pie a toda clase de posiciones. La postura dominante considera al dominio público como objeto de propiedad (FERNÁNDEZ DE VELASCO, ÁLVAREZ GENDÍN, GARRIDO). Otros en cambio niegan una relación de propiedad y considera, como COBIAN, que las cosas de dominio público «no pertenecen en propiedad a nadie, ni aún al Estado, que sólo ejerce una protección en nombre y en interés público» (cit. en NIETO, A; *op. cit.*, pp. 14-15). Siguen esta línea en la doctrina administrativista PALASÍ, PAREJO GÁMIR, PAREJO ALFONSO, etc. NIETO defiende la tesis de que los bienes comunales tienen una «titularidad compartida», entre los vecinos, a quienes corresponde el uso y aprovechamiento, y el Municipio, al que corresponde la administración. Tesis que también ha admitido el Tribunal Supremo (*ibidem*, p. 15).

²⁷ *Ibidem*, p. 11; SERNA VALLEJO, M; *op. cit.*, pp. 1006-1007. Sobre los bienes comunales y su historia legal ver la importante obra de NIETO, A; *Bienes comunales*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1964; y también NIETO, A; *Bienes comunales de los Montes de Toledo*, Civitas, 1991.

ciudadanía, bajo distintas formas, ha pasado a cuidar, usar y gestionar bajo su responsabilidad. Bienes que pueden tener tanto una procedencia pública como privada. Pero lo relevante de estos bienes es el uso que se hace de ellos y no a quienes pertenecen. Para Arena, son los miembros de la comunidad, los que al establecer vínculos de interés, cuidado y responsabilidad con los bienes, los convierten en bienes comunes²⁸. En el caso de los bienes privados, la propiedad sigue siendo privada, pero el propietario pone a disposición de la comunidad el bien, que asume la responsabilidad de ocuparse de aquél, en aras del interés general y de su uso colectivo. Y con los bienes públicos sucede algo similar. Por un lado, están los bienes que son usados por las administraciones con fines públicos, pero que también son objeto de atención e interés por los ciudadanos, y que hacen uso de ellos, con el fin de aportar servicios a la comunidad. Ambas intervenciones, la de la administración y la de la ciudadanía, son complementarias, y cada uno asume unas responsabilidades y las usa con una finalidad u otra. De este modo, hay una ciudadanía activa y unas administraciones locales que se abren al público, y que colaboran entre ellos con el fin de ofrecer servicios de mejor calidad a la comunidad. Por otro lado, en el caso de los bienes públicos abandonados o infrautilizados por las administraciones, pasan a ser bienes comunes desde el momento en que la ciudadanía los hace suyos y los reconoce como bienes de todos. Dejan de ser estrictamente públicos, para convertirse en bienes comunes de todos y a disposición de todos²⁹.

Uno de los rasgos más relevantes de la experiencia italiana sobre estos bienes es que han conseguido tener un reconocimiento legal. En la Ley Constitucional de 18 octubre de 2001, el legislador italiano introdujo el principio de subsidiariedad horizontal, con el fin de reconocer explícitamente y, a su vez, favorecer, la participación de los ciudadanos en los asuntos de interés general de sus comunidades. De este modo, se reconocía la relevancia y, a su vez, la necesidad de la implicación y de la colaboración de los distintos poderes públicos, desde el Estado central hasta el más pequeño ente local, con la ciudadanía³⁰. Pero es más, este principio no se ha quedado en una mera formulación constitucional, ya que las instituciones locales italianas lo han llevado a la práctica adoptando un nuevo modelo organizativo a nivel administrativo: el de la denominada «administración compartida». Ésta, a su vez, ha estado

²⁸ ARENA, G; «Un nuevo derecho para la administración compartida de los bienes comunes. La experiencia italiana», en *Revista de Administración Pública*, núm. 203, 2017, p. 436.

²⁹ ARENA, G; *op. cit.*, pp. 437-438.

³⁰ «Estado, Regiones, Ciudades Metropolitanas, Provincias y Municipios favorecen la iniciativa autónoma de los ciudadanos, solos o asociados, para el desarrollo de actividades de interés general basadas en el principio de subsidiariedad» (art. 118, último párrafo, de la Constitución Italiana).

acompañada por un importante desarrollo legal, los reglamentos de bienes comunes urbanos, adoptados por decenas de ciudades italianas³¹.

La «administración compartida» ha supuesto un salto cualitativo no sólo en el funcionamiento de las ciudades sino también para la democracia italiana, ya que su principio de actuación se fundamenta en la participación activa de la ciudadanía de interés general. Ésta deja de ser pasiva para ser activa, corresponsable y coadministradora en asuntos que tienen que ver con el bien común. Los bienes comunes urbanos son una realidad en Italia, no sólo porque los ciudadanos quieren ocuparse y se hacen cargo de estos bienes, sino también porque este interés y esta participación están acompañados de un marco normativo que los hace posible y los legitima. Todo ello favorece el desarrollo de la comunidad y abre la puerta a poner en práctica, a nivel local, la idea de la democracia como forma de vida.

Más allá de esta peculiar experiencia italiana sobre los bienes comunes urbanos, los clásicos bienes comunes romanos, volverán a salir a la luz, como decíamos, con los conceptos de Patrimonio común de la Humanidad y de *bienes comunes globales*, del Derecho Internacional Público, en la segunda mitad del siglo xx.

e) EL PATRIMONIO COMÚN DE LA HUMANIDAD Y LOS BIENES COMUNES GLOBALES

Las originarias «cosas comunes» romanas, aquellas que pertenecen a todos, las volvemos a encontrar, siglos después, en la segunda mitad del siglo xx, bajo una nueva categoría de Derecho Internacional Público: el Patrimonio Común de la Humanidad. Esta nueva categoría jurídica ha ido tomando forma, a lo largo del tiempo, en varios tratados. En el *Tratado sobre el espacio ultraterrestre o Tratado del espacio* (1967), donde se determina que los recursos celestes, como la Luna, los planetas o el espacio ultraterrestre, son «patrimonio común de la humanidad» y, en consecuencia, no pueden «ser objeto de apropiación nacional por reivindicación de soberanía, uso u ocupación, ni de ninguna otra manera» (art. II). Asimismo, en la *Declaración de Principios que Regulan los Fondos Marinos y Océánicos y su Subsuelo Fuera de los Límites de la Jurisdicción Nacional*, aprobada por la Asamblea General de la ONU en 1970 (resolución 2749 (XXV)), se establece que los recursos minerales del fondo marino son «patrimonio común de la humanidad» y, por tanto, su uso debe hacerse siempre

³¹ El *Regolamento sulla collaborazione tra cittadini e amministrazione per la cura e la rigenerazione dei beni comuni urbani* de Bologna define a los bienes comunes urbanos como: «los bienes materiales, inmateriales y digitales que los ciudadanos y la Administración, a través de procedimientos participativos y deliberativos, reconocen como funcionales al bienestar individual y colectivo [...] para compartir con la administración la responsabilidad de su cuidado y regeneración con el fin de hacer mejor el disfrute colectivo» (art. 2.1a).

en beneficio de la humanidad en su conjunto. Los principios de esta resolución fueron integrados, doce años después, en la *Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar* (1982), donde se consiguió establecer bajo jurisdicción internacional más del 50% del fondo marino, fuera del alcance de cualquier Estado. Por otro lado, en 1972, la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, aprobó la *Convención para la Protección del Patrimonio Mundial Cultural y Natural*, estableciendo también que determinados bienes del patrimonio cultural y natural pertenecen al «patrimonio común de la humanidad» por su valor universal excepcional, con la obligación de ser conservados para las generaciones presentes y futuras. Como vemos en estas convenciones se van sustrayendo espacios de soberanía a los Estados, para atribuirlos a la humanidad en su conjunto, la cual, a su vez, se va convirtiendo en un nuevo sujeto jurídico del Derecho Internacional.

Ahora bien, la referencia a los bienes comunes, en el marco del Derecho Internacional, no acaba aquí ya que, el actual Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, en el informe *Nuestra Agenda Común* (2021), introdujo la distinción entre *bienes comunes globales* y *bienes públicos globales*, haciendo aún más complejo el actual debate sobre los bienes comunes desde un punto de vista jurídico. Los *bienes comunes globales* son, dice Guterres, «los recursos naturales o culturales que comparte la humanidad y que benefician a todas las personas». Y entre estos bienes cita a los que no están sujetos a jurisdicción nacional y que, como vimos, también son reconocidos como patrimonio común de la humanidad como, la alta mar, el espacio ultraterrestre y la Antártida. También se suelen incluir en los *bienes comunes globales*, el conocimiento, los derechos humanos y la capa de ozono. La UNESCO, por ejemplo, defiende que la educación y el conocimiento sean considerados *bienes comunes globales*. En cambio, los *bienes públicos globales* son aquellos «bienes y servicios que se prestan y benefician a toda la sociedad», como por ejemplo, a nivel nacional, el alumbrado público, el control del tráfico, el agua limpia y, a nivel internacional, la búsqueda de la paz y la regulación del tráfico aéreo civil internacional. Estos bienes son cada vez más reconocidos como bienes públicos globales ya que se considera que ningún Estado puede por sí solo suministrarlos adecuadamente y porque afectan también al bienestar de la humanidad. El mismo Guterres reconoce que aún no se ha llegado a un acuerdo sobre la definición de estos bienes pero, a pesar de ello, los considera útiles como punto de partida para examinar dónde nos encontramos en relación con estos bienes y porque, además, es urgente que se tomen medidas para su protección y suministro³².

³² Naciones Unidas, *Nuestra Agenda Común-Informe del Secretario General*, Naciones Unidas, Nueva York, 2021, p. 48.

En su informe, Guterres distingue también entre, por un lado, determinar y suministrar bienes públicos globales y, por otro, proteger a los bienes comunes globales. Haciendo en su informe una imagen con círculos nos encontramos que, el círculo de los *bienes comunes globales* (de la atmósfera o la alta mar), queda integrado en un círculo más grande, el de los *bienes públicos globales*, donde Guterres incluye además a la salud mundial, la información, la economía mundial, la paz, el patrimonio digital, un planeta sano (el medio ambiente) y otros³³. De este modo, nos encontramos que los *bienes públicos globales* contendrían o integrarían a los *bienes comunes globales*. Esto evidencia la disparidad de criterios que hay en el derecho internacional acerca de cómo calificar a los bienes como, por ejemplo, al medio ambiente, ya que para unos es un bien común global y para otros, como Guterres, es un bien público global³⁴. A pesar de la diversidad de términos y desavenencias sobre dónde situar un bien u otro, tiene razón Guterres que ahora lo más importante es tomar nota de que hay unos determinados bienes que no pueden ser regulados y protegidos sólo por los Estados y que, por ser fundamentales para la humanidad, requieren de una protección global.

3. EL «BIEN COMÚN» DE LA COMUNIDAD

Aunque no tiene que ver directamente con los bienes comunes y sus usos jurídicos, consideramos que es importante hacer una breve referencia, al concepto de «bien común» y, así, si es posible, evitar otras posibles confusiones. Lo hacemos a continuación de los bienes comunes jurídicos, pero apartados de ellos. Con el «bien común», estamos ante un concepto central y determinante para la vida en común y las instituciones de la comunidad política. No alude a un bien, sino a algo más abstracto, a una idea, que tiene que ver con lo común, pero en el sentido de bienestar y de justicia, en y para la comunidad, respectivamente. Lo común que permite vivir con bienestar y en una sociedad justa.

Desde un punto de vista histórico, el *bien común* es un concepto que ya está presente en las primeras reflexiones de los filósofos clásicos sobre la vida en comunidad. Si echamos la vista atrás, hacia la Antigüedad, nos encontramos que Aristóteles clasifica a los regímenes políticos en función de si atienden o no al *bien común* de la polis. Los que lo hacen los llama gobiernos rectos, y a los que no, desviacio-

³³ Naciones Unidas, *op. cit.*, p. 50.

³⁴ En relación con esta cuestión ver el intento de aclaración que realizan para la Unesco Emma Sabzalieva y José Antonio Quinteiro sobre bienes públicos, bienes comunes y bienes comunes globales en <https://www.iesalc.unesco.org/2022/04/10/bienes-publicos-bienes-comunes-y-bienes-comunes-globales-una-breve-explicacion/>

nes de aquellos. Cuando la «mayoría gobierna mirando por el bien común, recibe el nombre común a todos los regímenes políticos: república (*politeia*)» (Política 1279a). Como el fin de la ciudad, continúa Aristóteles, es el «bien vivir», esto es, alcanzar una «vida perfecta y autosuficiente», hay que suponer, continúa, «que la comunidad política tiene por objeto las buenas acciones y no sólo la vida en común» (Política 1281a). Por su parte, Santo Tomás dirá que toda ley «se ordena al bien común» (S. Th, I-II q.90 a.2). Siglos después, Rousseau defenderá también que los ciudadanos y los legisladores tienen el deber de decidir y de votar a partir de sus juicios sobre el *bien común*, y no en función de sus intereses particulares. La voluntad general debe votar lo que requiere el bien común o la justicia, esto es, votar por las medidas necesarias para garantizar la libertad de todos, luchar contra la desigualdad y asegurar un futuro a la ciudadanía³⁵. Y ya en el siglo xx, Rawls recogerá esta idea en su *Teoría de la Justicia* (1971), para defender que «la discusión legislativa ha de concebirse no como una contienda de intereses, sino como un intento de conseguir el mejor programa político, definido por los principios de justicia. [...] el deseo de un legislador imparcial es el de tomar la decisión correcta a la vista de esto...»³⁶.

Del conjunto de estas reflexiones podemos concluir que la guía que debe orientar la búsqueda del *bien común* de la comunidad es la del bienestar o, como dirían otros, la de realizar la justicia, entendida como el acto que busca lo que es justo para la comunidad. La justicia, escribe Aristóteles, «es la única, entre las virtudes, que parece referirse al bien ajeno, porque afecta a los otros; hacer lo que conviene a otro, sea gobernante o compañero»³⁷. Con el concepto de *bien común*, por tanto, estamos aludiendo a la necesidad que tienen los miembros de una comunidad de buscar y de crear las instituciones, leyes y políticas que les garanticen el bienestar colectivo y la justicia. En el Estado constitucional, *el bien común* toma forma, queda instituido, por ejemplo, en los derechos fundamentales y en principios e instituciones como la división de poderes, el principio de legalidad, el imperio de la ley, el principio de igualdad, etc. En suma, *el bien común* se puede definir básicamente como el conjunto de instituciones políticas y de

³⁵ ROUSSEAU, J. J; *Discurso sobre la Economía Política*, Maia Ediciones, Madrid, 2011, pp. 32, 47-48.

³⁶ RAWLS, J; *Teoría de la Justicia*, FCE, México, 1993, p. 398.

³⁷ ARISTÓTELES, *Ética Nicomáquea*, Gredos, Madrid, 1988, 1130a5-1. Santo Tomás abunda en esta idea: «el bien de cada virtud, ora ordene al hombre hacia sí mismo, ora lo ordene hacia otras personas singulares, es susceptible de ser referido al bien común, al que ordena la justicia. Y así el acto de cualquier virtud puede pertenecer a la justicia, en cuanto que ésta ordena al hombre al bien común. Y en este sentido se llama a la justicia virtud general. Y puesto que a la ley pertenece ordenar al bien común, como antes se expresó (I-2 q.90 a.2), de ahí que se siga que tal justicia, denominada general en el sentido expresado, se llame justicia legal, es decir, porque por medio de ella el hombre concuerda con la ley que ordena los actos de todas las virtudes al bien» (S. Th. II-II, q.58, a.5).

leyes que buscan, en general, el bienestar de la comunidad y, más en concreto, garantizar los derechos fundamentales de todas las personas que habitan en la comunidad.

Desde el punto de vista de la economía, y con el objetivo de ayudar a determinar en qué medida aquella puede colaborar en la consecución del bien común de la comunidad, el economista francés, Jean Tirole, abre su libro *La economía del bien común* (2018), con la pregunta ¿qué ha sido del bien común? Su respuesta es que la economía podría ayudar a ello de dos modos. En primer lugar, orientando los debates hacia objetivos que persiga el bien común y, en segundo lugar, definiendo y construyendo instrumentos que ayuden a su consecución. Esto es importante, dice Tirole, ya que, muchas veces, los que son meros instrumentos, como el mercado o una determinada política económica, adquieren vida propia y terminan por ir contra el bien común, que era, paradójicamente, lo que los justificaba en un principio. Para el autor francés, la economía no está al servicio de la propiedad privada y del Estado, sino «al servicio del bien común; su objetivo es lograr un mundo mejor»³⁸. En este sentido, la sociedad, en su conjunto, debe buscar y definir el bien común, pero la economía, como las otras ciencias sociales, deberá ayudar en esta tarea, creando, por ejemplo, instituciones que tengan como objetivo conciliar el interés individual con el interés general, y siempre en aras del bienestar colectivo³⁹. En este mismo sentido, Christian Felber, en *La economía del bien común* (2015), aboga por tener instituciones, como los bancos, que aspiren al bien común y defiendan un nuevo modelo económico «que ponga en primer lugar el interés general y el bienestar de la ciudadanía sobre los intereses del capital y de los mercados financieros»⁴⁰.

4. LO COMÚN Y LOS BIENES COMUNES ECONÓMICO-POLÍTICOS

Este ámbito se distingue del anterior, de los bienes comunes jurídicos, en que aquí, las teorías y doctrinas que hacen uso del concepto de los bienes comunes y de otros relacionados con lo común, pretenden también realizar cambios en la sociedad, ya sea en la gestión de los bienes, fomentando, por ejemplo, un mayor autogobierno en la gestión económica a través de los bienes comunes, o también, en las instituciones políticas, proponiendo, por ejemplo, cambios en la constitución o en las leyes, con el fin de establecer nuevos derechos o de imponer obligaciones para los poderes públicos y los poderes priva-

³⁸ TIROLE, J; *La economía del bien común*, Debolsillo, Barcelona, 2018, p. 17.

³⁹ TIROLE, J; *op. cit.*, pp. 13, 15.

⁴⁰ FELBER, CH; «Los bancos deberían aspirar por ley al bien común», entrevista a Christian Felber (por Raquel Quelart), en *La Vanguardia*, 27 noviembre 2014.

dos. Es más, algunas teorías van más allá, y conciben a los bienes comunes como elementos centrales de procesos sociales y políticos instituyentes de un nuevo orden social, alternativo al existente. Por ello, este ámbito lo dividiremos también en otros dos. En el primero, situaremos algunas de las teorías que, a través de los bienes comunes, buscan introducir cambios jurídicos y políticos, de más o menos calado, en las instituciones políticas y económicas del Estado constitucional. Y, en el segundo, estarán algunas de aquellas que promueven una transformación más radical, incluso de ruptura, del orden social y político instituido. Para desarrollar este ámbito, tendremos en cuenta la propuesta que hace Mario Barcellona, en su libro *Entre pueblo e Imperio* (2021), de dividir en tres partes teorías que hacen uso de lo común y de los bienes comunes como elementos pivotes de propuestas de transformación social: a) la de los bienes comunes; b) la de los derechos y c) la de lo común como principio político⁴¹. Pero nosotros, en vez de tres, las clasificaremos sólo en dos subámbitos. En el primero, «los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional», situaremos aquellas teorías y propuestas que, a partir de los bienes comunes, buscan promover alguna estrategia de transformación y una mejora de las instituciones existentes, pero sin pretender ir más allá. Hay una finalidad de transformación, pero no de cambio radical del orden social. En este subámbito estarían las dos primeras estrategias propuestas por Mario Barcellona: la estrategia de los bienes comunes y la «estrategia de los derechos». Y, en el segundo, «lo común como principio político instituyente», estarían aquellas teorías que a través de lo común y los bienes comunes piensan que es posible abrir un proceso de creación de nuevos significados e instituciones que abran la puerta al nacimiento de un nuevo orden social.

4.1 Los bienes comunes como agentes de cambios en el Estado constitucional

En este subámbito, los debates tienen que ver fundamentalmente con dos grandes cuestiones: en primer lugar, con el régimen de administración y disfrute de los bienes esenciales que deben satisfacer necesidades primarias; y, en segundo lugar, con el régimen de apropiación privada de los recursos y, en consecuencia, con los fundamentos de la relación entre la política y la economía en el actual Estado constitucional⁴².

Desde un punto de vista económico, encontramos teorías que, por ejemplo, utilizan a los bienes comunes para proponer alternativas a la gestión privada y pública de los bienes. Introducen en sus análisis la

⁴¹ BARCELLONA, M; *Entre pueblo e Imperio, Estado agonizante e izquierda en ruinas*, Trotta, Madrid, 202, p. 166.

⁴² BARCELLONA, M; *op. cit.*, p. 166.

lógica de «lo común», en paralelo al funcionamiento del mercado, con el fin de poder defender y reivindicar sistemas de producción de bienes alternativos al privado, para tener una sociedad más justa. Una de las investigaciones referentes en este campo es la de Elinor Ostrom. En *El gobierno de los comunes* (2011), nos presenta casos de comunidades que se dedican a gestionar y producir, de forma colectiva y autogestionada, bienes comunales (*the commons*). Bienes como, por ejemplo, tierras de cultivo, bosques o pesquerías, son administrados por el conjunto de los miembros de la comunidad. Estos bienes, además, pueden pertenecer a los vecinos bajo un régimen de copropiedad o de coposesión. Mas, la relevancia de los bienes comunales está en que son el resultado de una praxis comunitaria constituyente de autogestión por los integrantes de la comunidad, praxis que puede tener centenares de años a sus espaldas⁴³. Con sus investigaciones sobre estos bienes, Ostrom buscaba presentar a la opinión pública experiencias de gestión comunitaria de recursos naturales alternativas a los sistemas de gestión privada o pública. Era importante demostrar que los sistemas de autogestión comunitaria de producción de bienes pueden ser tan eficaces que los sistemas de producción privada o pública. De este modo, examinando las condiciones bajo las cuales las personas cooperan entre sí, con el fin de apropiarse de recursos de uso común, llegó a poner en cuestiones afirmaciones de la teoría convencional⁴⁴ sobre los bienes comunes.

Si dejamos el plano económico y pasamos al jurídico, nos encontramos que otro de los autores que ve en la irrupción de los bienes comunes una posibilidad de transformación del orden social, es el jurista italiano, Stefano Rodotà. Bienes como internet, el conocimiento, el agua, el aire, los alimentos básicos y los medicamentos esenciales estarían poniendo en cuestión la lógica binaria –pública versus privada– de la propiedad. Cada vez es mayor el número de estos bienes que son incluidos en la categoría de propiedad común⁴⁵. Para Rodotà, esta categoría tiene su fundamento constitucional en el artículo 43 de la Constitución italiana, donde el constituyente previó la transmisión de empresas, mediante expropiación, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios, que «estén relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general

⁴³ En México, por ejemplo, unos 30.000 ejidos y comunidades gestionan el 59% de la tierra y dos tercios de las unidades de producción rural (OSTROM, E; *El gobierno de los comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*, 2011, México, p. 44).

⁴⁴ La teoría convencional «supone que los individuos que se enfrentan a un dilema, debido a las externalidades creadas por sus propias acciones, generarán estimaciones estrechas que los conducirán a dañarse a sí mismos y a otros sin encontrar formas de cooperación entre sí para evitar el problema» (OSTROM, E; *op. cit.*, p.10). Ostrom cuestiona esta afirmación, algo de por sí relevante ya que la teoría convencional es muy utilizada para fundamentar políticas públicas.

⁴⁵ RODOTÀ, S; *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 110.

prioritario» (art. 43 CI)⁴⁶. Para este jurista italiano, los bienes comunes abren una nueva dimensión sobre la propiedad en el Estado constitucional, una tercera vía entre lo público y lo privado. Con los bienes comunes ya no hace falta ser propietario para acceder a un bien, al contrario, se pueden usar y disfrutar de ellos sin tener un título de propiedad. Surgen así nuevas relaciones que abren la puerta a lógicas no propietarias. Esto los convierte, para Rodotà, en necesarios e imprescindibles para garantizar los derechos inherentes a la constitucionalización de la persona⁴⁷. Para este autor, los bienes comunes marcan un límite a la lógica del mercado, a la de la apropiación privada, y abren una nueva dimensión en la praxis social colectiva para consolidar nuevos derechos fundamentales. La quiebra de la lógica propietaria público-privado no significaría una vuelta a otro modo de poseer la propiedad sino que, al contrario, los bienes comunes se presentan como algo opuesto precisamente al individualismo propietario, algo que está aún por construir y llevar a la práctica. «La imbricación de los bienes comunes con los derechos fundamentales produce un enriquecimiento concreto de la esfera de los poderes personales que, a su vez, realizan precondiciones necesarias para la efectiva participación en un proceso democrático»⁴⁸. Hay aquí, por tanto, una estrategia de pretender impulsar procesos de transformación social a través de los derechos. De ahí que Barcellona integre a teorías como ésta, de Rodotà, bajo la denominada «estrategia de los derechos».

Para Barcellona, esta es una estrategia expansiva ya que de la reivindicación de los bienes esenciales se pasa fácilmente a la reivindicación de otros bienes que tienen que ver con el proceso de producción y distribución de la riqueza. Así, nos podemos encontrar que bajo el nombre de bienes comunes se integren bienes tan diversos como, por ejemplo, los naturales (el agua, el aire), los sociales (la educación y la sanidad) y los culturales (el trabajo y el conocimiento). Por otro lado, es verdad que la relevancia que han adquirido estos bienes, hoy indispensables y esenciales para la vida de cualquier persona, permite que sean utilizados también para poner en cuestión, dice Barcellona, los fundamentos de la modernidad, en concreto: *a*) el régimen y administración de los bienes esenciales que satisfacen las necesidades primarias de las personas y, *b*) el actual sistema político de la democracia representativa, desde el que se decide cómo distribuir estos bienes y

⁴⁶ *Ibidem*, p. 105. Este artículo 43 CI dice: «Con finalidades de interés general, la ley podrá reservar a título originario o transmitir, mediante expropiación y sin perjuicio de la correspondiente indemnización, al Estado, a entidades públicas o a comunidades de trabajadores o de usuarios determinadas empresas o categorías de empresas que estén relacionadas con servicios públicos esenciales o con fuentes de energía o con situaciones de monopolio, y que tengan carácter de interés general prioritario».

⁴⁷ RODOTÀ, S; *op. cit.*, p. 109. Esta idea es muy próxima a la que defiende Ferrajoli cuando habla de los bienes fundamentales como objetos de los derechos fundamentales.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 117.

su régimen de apropiación privada⁴⁹. Sin embargo, señala Barcellona, la pretensión de transformar a la sociedad a través de los derechos presenta un déficit de «legitimación colectiva y de racionalidad social». Este déficit surge del hecho de que la estrategia de los derechos acaba por dejar la iniciativa de acción a los ciudadanos, que actuarían de forma individual, con los límites que esto conlleva a la hora de conseguir el pleno respeto y realización de los derechos fundamentales. Es más, es una estrategia de ámbito limitado ya que delimita su terreno de actuación a un ámbito específico, como es el jurídico y el jurisdiccional, hecho que presenta también otros problemas como, por ejemplo, el amplio margen de interpretación que muchas veces los jueces⁵⁰ se atribuyen, ejercitan, en detrimento, muchas veces, de un poder legislativo, quien debería ser el que tendría que posicionarse sobre cuestiones controvertidas, por ejemplo, de derechos sociales. En este subámbito debemos situar también la propuesta de Ferrajoli de integrar a los bienes comunes en los bienes fundamentales. Y aquí responderemos, al mismo tiempo, a la segunda razón por la que él nos hace esta propuesta: la de ganar eficacia jurídica.

4.2 Los bienes fundamentales para obligar a los poderes públicos y privados a respetar los bienes vitales y ganar eficacia jurídica

Como decíamos antes, Ferrajoli propone introducir el nuevo concepto de los *bienes fundamentales*, entre otras cosas, para conseguir una mayor eficacia jurídica a la hora de garantizar los bienes vitales⁵¹. Con esta propuesta, a su vez, pretende ir más allá de la actual hegemonía de la cultura de los derechos humanos. Esta cultura ha sido, hasta ahora, el principal instrumento del constitucionalismo y de las entidades defensoras de los derechos humanos para exigir el respeto de los derechos y libertades de las personas. Pero lo cierto es que, después de muchos años de estar en el centro de la mesa, esta cultura no ha logrado garantizar y satisfacer suficientemente las necesidades básicas y los derechos fundamentales de las personas del planeta. Décadas después, de haber reconocido como derechos fundamentales el derecho a la vida y el derecho a la salud en los ordenamientos jurídicos, o, el derecho a la alimentación adecuada, como un derecho humano en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966, estos derechos se siguen incumpliendo, siendo ineficaces o inexistentes para millones de personas.

La cultura de los derechos humanos, subraya Ferrajoli, presenta límites e insuficiencias a la hora de garantizar las necesidades vitales

⁴⁹ BARCELLONA, M; *op. cit.*, p. 226.

⁵⁰ RODOTÀ, S; *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 110.

⁵¹ FERRAJOLI, L; *La Constitución...* p. 106.

de las personas en el marco de la globalización y del Estado constitucional. Por un lado, y como veíamos antes a la hora de hablar de la denominada «estrategia de los derechos», uno de estos límites está en que la lucha por los derechos humanos deposita una gran carga de responsabilidad en el individuo particular, que es quien debe activar los procedimientos jurídicos para defender sus derechos. Primero debe luchar para conseguir social y políticamente el reconocimiento de aquellos bienes, intereses y necesidades que para él y una parte de la ciudadanía son considerados esenciales e importantes y que quieren que la comunidad asuma como derechos fundamentales. Son mecanismos que, por un lado, se activan fundamentalmente a partir de las acciones que debe poner en marcha un individuo particular, afectado directamente por la quiebra de sus derechos subjetivos.

Esta lucha, sin embargo, es siempre una lucha sin fin porque siempre hay nuevas necesidades por garantizar y aún quedan viejas demandas por conseguir como sucede, por ejemplo, con los derechos sociales. Si nos detenemos un momento en estos últimos vemos que estos derechos, no sólo siguen encontrando una fuerte oposición a nivel político para su reconocimiento como derechos fundamentales, sino que también la hay en la doctrina jurídica y en la jurisdicción. Una parte de la cultura jurídica se niega a reconocer a los derechos sociales como derechos fundamentales por considerarlos meros principios rectores de la política social y económica y, en consecuencia, exigen que el legislador se pronuncie mediante una ley y así abrir la puerta para que las personas puedan reclamar sobre el incumplimiento de sus derechos ante la jurisdicción. El propio Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce que, en relación a la aplicación de los derechos contenidos en el Pacto, le preocupa «que estos continúen siendo considerados como meros principios rectores de la política social y económica y que, por tanto, únicamente puedan ser invocados cuando hayan sido desarrollados legislativamente, o en relación con otros derechos, que cuentan con mayor protección, tal como el derecho a la vida»⁵². Es la cultura jurídica la que decide, según la corriente jurídica hegemónica en un país, qué derechos son fundamentales, o sólo subjetivos o meros principios rectores, en el seno de los ordenamientos nacionales, en conjunción con los supranacionales e internacionales. Esto es importante, ya que, en muchas ocasiones, esta cultura jurídica sobre la interpretación de los derechos humanos se erige precisamente en una barrera insalvable para el individuo, que reivindica el respeto y garantía de sus derechos reconocidos en la propia Constitución. Desde nuestro punto de vista, esta realidad, debilita la vía de la justiciabilidad, promovida por Naciones

⁵² CDESC, Observaciones finales del *Sexto informe periódico de España (2012-2016)*, de 25 de abril de 2018.

Unidas para conseguir la realización de los derechos sociales, económicos y culturales⁵³.

Sin embargo, los problemas y los límites de la vía individual establecida para reclamar los derechos no se acaban aquí. Porque la lucha por los derechos humanos requiere también disponer de tiempo y de recursos económicos para llevarla adelante. Y no todas las personas y organizaciones sociales disponen de dinero suficiente para interponer las demandas correspondientes ante los jueces. De ahí que se diga también que la vía de la reclamación fundamentada en la acción individual presenta unos límites muy concretos ya que no dependen sólo de la mera voluntad del individuo sino también y más bien de sus condiciones económicas y sociales. Por otro lado, la cultura jurídica de los derechos humanos basada en la iniciativa y el sostén del individuo afectado directamente por el incumplimiento del derecho presenta también problemas para proteger a los bienes comunes. Estos, al ser bienes de todos y de nadie en particular, pocas personas se sienten interpeladas para reclamarlos ante la justicia⁵⁴.

Todo esto nos plantea la necesidad de ir más allá de las teorías que basan sus propuestas en una estrategia de los derechos o, también, en buscar la justicia a través de una interpretación más flexible de éstos⁵⁵. Es necesario replantear esta estrategia y buscar nuevas vías que permitan avanzar en la eficacia de los derechos. Y esto pasa, para Ferrajoli, por introducir en el debate jurídico-político y en la opinión pública, la propuesta de los *bienes fundamentales*.

La propuesta de los *bienes fundamentales* abre una dimensión nueva en el léxico jurídico actual. Por un lado, introduce nuevos bienes en los sistemas jurídicos, que hasta ahora sólo regulan bienes patrimoniales, disponibles y alienables y, por otro, amplía el concepto de fundamentales que, hasta ahora, en la cultura jurídica tradicional, hace referencia a los derechos de las personas. Así, la incorporación de los *bienes fundamentales* en las constituciones significaría, en primer lugar, el reconocimiento de que hay unos bienes vitales de todas las personas que deben ser garantizados y respetados por todos los poderes. El constitucionalismo contemporáneo, dice Ferrajoli, debe ser complementado con una nueva dimensión de la democracia: la

⁵³ La vía de la justiciabilidad, incluso directa, de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos y sociales, debe reforzarse y complementarse necesariamente con nuevos instrumentos de protección desde la esfera pública. Esto lo consideramos hoy imprescindible, para avanzar en el proceso de democratización y, asimismo, contrarrestar el riesgo de que se consolide un populismo reductor de las libertades en los países europeos.

⁵⁴ Cuántos individuos, se pregunta Ferrajoli, de los nueve millones que fallecen cada año por contaminación ambiental interpusieron una demanda por ello, o cuántos familiares de las 60.000 personas muertas en Europa –11.000 en España– por la ola de calor del verano de 2022 han tomado la iniciativa de reclamar responsabilidades ante las administraciones públicas y las empresas contaminantes.

⁵⁵ Estas teorías se encuentran, de hecho, con márgenes de acción limitados por el propio Derecho y las barreras ya existentes en el orden social institucionalizado.

directa garantía de los *bienes fundamentales*, de los bienes comunes, que son de todos y que, por ello, no pueden caer bajo la lógica del mercado, y, de los bienes sociales, que también son de todos y deben estar accesibles a todos. Para conseguir estos fines es necesario el dictado de normas que establezcan una indisponibilidad deóntica constitucional⁵⁶, que determinen obligaciones y prohibiciones sobre los bienes fundamentales.

Con ello, Ferrajoli, va más allá de la cultura de los derechos ampliando el ámbito de actuación y de las responsabilidades de los poderes públicos. Incorpora a la cultura de los derechos otra cultura: la de los deberes y prohibiciones. El reconocimiento constitucional de la existencia de unos bienes fundamentales significaría también, al mismo tiempo, que los poderes públicos quedan obligados a garantizar y facilitar el acceso a los bienes vitales a todas las personas. Al respecto, los Estados constitucionales deberían estipular un catálogo de *bienes fundamentales* y establecer límites, prohibiciones y obligaciones que garanticen a todas las personas estos bienes vitales⁵⁷. Pero hay más, ya que en la propuesta del constitucionalismo ferrajoliano, también los poderes privados quedarían obligados a ello, debiendo colaborar con los poderes públicos para conseguir la plena eficacia de aquellos. No sólo los poderes públicos deben estar subordinados al interés general y los derechos fundamentales, sino también, y, más especialmente ahora con la globalización económica, los poderes privados. En el Estado constitucional no puede haber poderes sin límites; ello significa dejar la puerta abierta a «poderes salvajes»⁵⁸.

En suma, con esta propuesta, la defensa de los derechos fundamentales ya no pivota sólo en las personas, ya no habría que esperar a que las personas reclamen sus derechos, ya que, la responsabilidad principal recae primero en los poderes públicos y los poderes privados, quienes han de cumplir con sus obligaciones y hacer efectivos los derechos de las personas. Pero una vez llegados a este punto, el desafío que se nos presenta es el de cómo conseguir estos objetivos. Y aquí, la propuesta de Ferrajoli presenta un flanco débil ya que para ello, a nuestro entender, es necesario abordar también cambios importantes en el funcionamiento de la democracia representativa y en el diseño institucional de ésta bajo el Estado constitucional. Algo de esto lo veremos en el último punto.

⁵⁶ De ahí que en su propuesta de *Constitución de la tierra* proponga que el acceso a los bienes comunes «debe ser garantizado a todos» (art. 49.1) y la disponibilidad y accesibilidad a los bienes sociales «debe ser garantizada a todos de forma gratuita» (art. 50.1).

⁵⁷ FERRAJOLI, L; *Principia Iuris...*, p. 738.

⁵⁸ FERRAJOLI, L; *Poderes salvajes*, Trotta, Madrid, 2013.

4.3 Lo común como principio político instituyente

En este ámbito encontramos las teorías que reivindican lo común como un nuevo principio político que actuaría como motor de la creación de nuevos significados e instituciones y que incluso podría significar la puesta en marcha de un proceso de transformación social que ponga en cuestión al capitalismo. Una de estas teorías sobre lo común es la de Hardt y Negri. En su obra *Imperio* (2002), se preguntan sobre qué lugar ocupa «lo común» en una sociedad que está viviendo cambios radicales y profundos, como consecuencia de la revolución que están llevando a cabo las tecnologías de la información en el modo de producción capitalista. Lo común para ellos estaría en las relaciones de coproducción de bienes y servicios. Producir, escriben, «significa cada vez más construir cooperación y comunidades cooperativas. [...] Es la comunidad la que produce y la que, al producir, se reproduce y redefine a sí misma»⁵⁹. «Lo común» se encuentra para ellos en esas relaciones sociales cooperativas y de coproducción, y que hoy son claves para comprender el funcionamiento del actual sistema de producción, «como fuerza productiva y como la forma en que se produce la riqueza»⁶⁰. Es más, el común es el lugar de la libertad y la innovación –libre acceso, libre uso, libre expresión, libre interacción– en el sistema de producción y, como tal, está en contraposición con el control que ejerce el poder privado en aquél⁶¹. Desde esta lectura del sistema productivo, Hardt y Negri, utilizan el concepto de «lo común» de varias maneras. En algunos casos lo hacen para referirse a lo «común artificial», donde estarían el conocimiento, los lenguajes, los códigos, la información, en otros para aludir a lo común en relación con los bienes y elementos propios del capitalismo cognitivo y del trabajo inmaterial y, en otras ocasiones, para hacer referencia a lo común como principio político. En este último caso, «lo común» sería la expresión, para estos autores, de la suma de las acciones y decisiones que colectivamente realiza una *multitud* de trabajadores y de pobres del mundo. Y esta *multitud* podría, para Hardt y Negri, transformar a la actual democracia. Este objetivo de transformación social lo comparte también Silvia Federici, quien investiga la lógica que subyace a los sistemas de producción de los comunes. Ello es relevante, por poder ser el punto de partida, para la construcción de una sociedad constituida por asociaciones libres de productores, que satisfagan las necesidades y deseos de las personas, y no los del capital⁶². Para Federici los comunes pueden poner en jaque al capitalismo.

⁵⁹ HARDT, M; y NEGRI, A; *Imperio*, Paidós, Barcelona 2002, pp. 279-280.

⁶⁰ HARDT, M; y NEGRI, A; *Commonwealth. El devenir príncipe de la multitud*, Akal, 2011.

⁶¹ HARDT, M; y NEGRI, A; *op. cit.*, pp. 287-288.

⁶² FEDERICI, S; «Crisis y reproducción social. Claves para repensar lo común», en *Observatorio Social de Latinoamérica*, núm. 35, pp. 51-73.

En esta línea, de «lo común» como principio político transformador, debemos situar también las reflexiones de Carlos de Cabo, en su obra *El Común* (2017). De Cabo, comparte con Hardt y Negri, la idea de que en las sociedades contemporáneas se producen lo que él denomina «procesos del común», esto es: procesos sociales objetivos de oposición al sistema dominante de apropiación privada⁶³. El Común (ahora en mayúsculas) vendría a ser para De Cabo, un «movimiento de lo real», que pondría de manifiesto un conflicto social entre, por un lado, las formas de acumulación y de apropiación del capital y, otro, formas de reproducción cada vez más sociales o más en común. Para este autor, esta forma de producción del Común debería inspirar al constitucionalismo crítico, con el objetivo de abrir un proceso constituyente de una sociedad diferente⁶⁴.

Asimismo, en esta senda de reflexiones, también encontramos la extensa y relevante publicación, *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI* (2015), de Laval y Dardot. En esta obra, los profesores franceses hacen uso de la palabra común para hacer referencia a dos cosas: a un principio y, a su vez, a una praxis social. Por un lado, común es el nombre de un principio que, para ellos, vendría a expresar la responsabilidad que tiene cada persona de implicarse en los asuntos generales de su comunidad. Y, por otro, común hace referencia también al acto de comunizar (*commoning*) o de hacer en común⁶⁵. Las cosas, dicen Laval y Dardot, se convierten en comunes cuando son hechas en común⁶⁶. Pues bien, para estos autores, al igual que para De Cabo, el principio común podría convertirse en el motor -o fuente primaria (*arché*) del que se derivan los demás principios- de una posible transformación social de la comunidad. Desde este punto de vista, lo común es un principio político que vendría a expresar también la puesta en práctica de la democracia como forma de vida. En este proceso, los bienes comunes serían el resultado del hacer en común de la ciudadanía, la cual, de este modo, participaría activamente en los asuntos que afectan al «bien común».

La relevancia de la práctica en común como elemento central que caracteriza a los bienes comunes la comparte también Ugo Mattei para quien estos bienes adquieren relevancia en unos contextos específicos, que no «admiten una conceptualización teórica desconectada de la praxis» y sin tener en cuenta los vínculos cualitativos que se crean entre las

⁶³ DE CABO, C; *El Común. Las nuevas realidades constituyentes desde la perspectiva del constitucionalismo crítico*, Trotta, Madrid, 2017, p. 12.

⁶⁴ DE CABO, A; *op. cit.*, pp. 12, 115-118.

⁶⁵ LAVAL C. y DARDOT, P; *Común. Ensayo sobre la revolución en el siglo XXI*, Gedisa, Barcelona, 2015, p. 661.

⁶⁶ «La obligación política procede enteramente del actuar común, extrae toda su fuerza del compromiso práctico que vincula a todos aquellos que han elaborado juntos reglas de su actividad y sólo es válida respecto a los coparticipantes de una misma actividad ... común es entonces el principio que hace que se busque ese objeto que es el bien común» (LAVAL, C y DARDOT, P; *op. cit.*, pp. 661-662).

personas. De ahí que para Mattei los bienes comunes tengan poco que ver con la idea moderna de mercancía sino que, al contrario, son algo más que un objeto y sólo cobran sentido cuando se dan unas determinadas relaciones entre los miembros de la comunidad. Por ejemplo, para este autor una plaza es un bien común cuando llega a ser un lugar donde la gente puede acceder a estar e incluso llega a ser un lugar donde se convive y se comparten experiencias, pero no lo es solo en cuanto mero espacio físico urbanístico. Asimismo, el trabajo puede ser un bien común si lo situamos en el contexto de una praxis orientada a luchar por el derecho de toda persona a trabajar en condiciones dignas y libres frente a las exigencias de unas empresas, que bajo la excusa de que deben competir en un mercado global, imponen a los trabajadores condiciones laborales abusivas⁶⁷. Pero Mattei lleva la reflexión sobre los bienes comunes más allá del derecho, de la economía y de la política, para situarla en el plano *filosófico* de la fenomenología. Lo común, dice Mattei, es algo más que un mero objeto -un bosque, un glaciar, un río-, es también «una categoría del ser, del respeto, de la inclusión, de la cualidad. Es una categoría auténticamente relacional, construida a partir de relaciones entre individuos, comunidades, contextos y medio ambiente»⁶⁸. Para este autor, los bienes comunes tienen una especial relevancia para la civilización humana y, por ello, considera que el gran desafío que tenemos por delante es el de construir nuevas instituciones de gobierno democráticas y ecológicas sobre los bienes comunes, que los protejan como derechos fundamentales de todas personas y eviten que caigan bajo la lógica instrumental y predatoria del poder y del capital⁶⁹.

Este desafío es compartido también por Laval y Dardot, al igual que por Hardt y Negri. Todos ellos están interesados, como veíamos, con la posibilidad de que lo común, el hacer en común, se transforme en un proceso social que dé lugar a un proyecto político que abra la puerta a una sociedad donde lo común se convierta en el centro y en el motor de la vida en comunidad y donde, en palabras de Negri, la riqueza que se produzca sea gestionada democráticamente⁷⁰. Mario Barcellona, sin embargo, es escéptico respecto a esta vía de lo común como principio político instituyente de un nuevo orden social. Barcellona considera que la denominada «estrategia de lo común» tiene los pies de barro al no tener en cuenta en su justa dimensión la «mutación ontológica» que está produciendo el capitalismo cognitivo en la sociedad actual. En esta mutación, la técnica se está apoderando del capitalismo, y no al revés,

⁶⁷ MATTEI, U; *Bienes comunes: un manifiesto*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 66-67.

⁶⁸ MATTEI, U; *op. cit.*, p. 74.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 74

⁷⁰ NEGRI, A; «La constitución de lo común», en *Redes.com; revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, núm. 3, 2006, pp. 171-178. Ver también, MÉNDEZ DE ANDÉS, A.; HAMOU, D. y APARICIO, M. (eds), *Códigos comunes urbanos*, Icaria, Barcelona, 2021; RENDUELES, C., *Comuntopía. Comunes, Postcapitalismo y Transición social*, Akal, Madrid, 2024.

como piensan los autores anteriores. Esto es así, para Barcellona, porque cada vez se hace más evidente que las máquinas, interactuando cada vez más entre ellas, ya son capaces de llegar a producir productos casi sin necesidad de contar con el trabajo humano. Y esto, para el jurista italiano, más que llegar a ser un verdadero proceso de liberación del ser humano, como auguran Hardt y Negri, va a suponer la reproducción de nuevas formas de explotación y de control social por parte del capital. En suma, para Barcellona, en la actual sociedad capitalismo, más que estar ante un proceso de liberación social, nos estaríamos enfrentando a una nueva vuelta de tuerca del capitalismo y de sus renovados mecanismos de dominio social⁷¹.

5. LA NECESIDAD DE CREAR UN «CUARTO PODER CÍVICO» EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Como decíamos anteriormente, la propuesta de Ferrajoli sobre la introducción de los *bienes fundamentales* en el Estado constitucional necesita ir acompañada, para que tenga éxito, de una robusta praxis social y política. De una praxis social que, desde la esfera pública, logre establecer nuevos vínculos políticos con las instituciones políticas y tenga, en último caso, una mayor presencia en las instituciones de gobierno de la comunidad. Y esto, a su vez, requiere la creación de nuevas instituciones políticas que abran sus puertas a la participación activa de la ciudadanía en todo aquello que tiene que ver con el bien común⁷². Es verdad, como dice Rodotà, que los derechos modelan y configuran a la democracia⁷³. Pero también es verdad que, sin una política realmente democrática y una esfera pública sólida y activa, los derechos de las personas se convierten fácilmente en papel mojado, en manos de unas instituciones públicas y privadas que tienen el poder para decidir sobre la vida de las personas. Por ello, pensamos que, además de nuevos bienes y derechos fundamentales, la ciudadanía debe disponer también de nuevas instituciones cívicas de participación, de muchas de ellas, desde las cuales pueda anteponer y defender el bien común, evitando que intereses personales espurios lo hagan en su lugar.

Es verdad que las constituciones de la postguerra han impuesto al Estado constitucional nuevas obligaciones, los derechos sociales, algunos de ellos recogidos como derechos fundamentales. Pero, hasta ahora, los instrumentos jurídicos se han mostrado insuficientes para

⁷¹ BARCELLONA, M; *op. cit.*, pp. 222-254.

⁷² SILVEIRA, H; «El cuarto poder y la protección de lo común (I)», en *Crítica penal y poder*, núm. 12, 2017 y «Más allá de la gobernanza democrática. El cuarto poder y la protección de lo común (II)», *Crítica penal y poder*, núm. 3, 2017.

⁷³ RODOTÀ, S; *op. cit.*, p. 103.

garantizar debidamente el cumplimiento de estas obligaciones. La defensa de los derechos y bienes fundamentales no puede quedar solo en las manos de los mecanismos de garantía construidos hasta hoy en el Estado constitucional, mecanismos que se activan fundamentalmente a partir de las acciones que deben poner en marcha sujetos directamente afectados por la quiebra de sus derechos subjetivos. Como decíamos antes, la vía de la justiciabilidad, incluso directa, de los derechos fundamentales y, en especial, de los derechos económicos y sociales, debe reforzarse y complementarse necesariamente con nuevos instrumentos de protección desde la esfera pública⁷⁴. Esto es hoy imprescindible para avanzar en el proceso de democratización y contrarrestar asimismo el riesgo de que se consolide un populismo reductor de las libertades en los países europeos.

Una alternativa a los límites de la esfera política del Estado constitucional pasa hoy por conseguir una nueva articulación entre el individuo, las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones políticas de la democracia representativa. Esta renovación debe ir más allá de las experiencias de democracia participativa para construir, en línea con lo que proponen los defensores de la democracia deliberativa, una democracia en la que los gobernados puedan estar presentes, participar, hacer suyos y colaborar en los temas de gobierno de la comunidad entre los períodos electorales. La articulación de la denominada democracia participativa con la actual democracia representativa se puede convertir en el instrumento que permita avanzar hacia una sociedad más democrática, con más control ciudadano y más igualdad política. Para ello, el Estado de derecho debe abrirse a la creación de nuevas instituciones de contrademocracia para que desde la esfera pública se realicen labores de control, valoración, juicio y deliberación sobre las políticas de gobierno y el funcionamiento de los poderes públicos⁷⁵. Necesitamos un modelo normativo de democracia que vaya más allá del modelo liberal, esto es, mediante la construcción de un espacio público que no esté colonizado por las instituciones de la democracia representativa⁷⁶. Y una nueva praxis social y política que, desde la esfera pública, logre establecer nuevas relaciones entre el individuo y las instituciones políticas. En suma, son necesarias nuevas instituciones políticas que abran sus puertas a la participación activa de la ciudadanía en todo aquello que tiene que ver con el bien común.

⁷⁴ En el constitucionalismo latinoamericano encontramos un buen ejemplo de construcción desde la esfera pública de instituciones protectoras de los derechos fundamentales como son las denominadas defensorías públicas.

⁷⁵ ROSANVALLON, P. (2007), *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Manantial, Buenos Aires, p. 288; íd., *La legitimidad democrática*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 298-299.

⁷⁶ MARRAMAO, G. (2011), «La lógica del capital está en una fase terminal, al igual que la lógica de la democracia», en El jinete insomne (blog: <https://eljineteinsomne2.blogspot.com/2011/10/giacomo-marramao-la-logica-del-capital.htm>).

En este sentido, y desde nuestro punto de vista, la creación de un «cuarto poder cívico» dentro de la estructura institucional del estado constitucional, que articule las relaciones entre la esfera pública y la sociedad civil con el resto de los poderes, y que dé expresión y forma a la democracia deliberativa, como propone también Ethan Leib (2004)⁷⁷, puede ser un buen instrumento para consolidar el principio democrático y, a su vez, fortalecer las instituciones del Estado constitucional. Esta propuesta de crear un cuarto poder «cívico» en el Estado constitucional no pretende suplantar o dejar de lado a los mecanismos de representación y participación institucional existentes, sino que busca construir un nuevo espacio institucional regulado por la ley que haga de mediación entre la sociedad civil y las instituciones del sistema político. La opinión pública debe encontrar los canales para llegar a las instituciones que le permitan incidir con eficacia y plena legitimidad en el sistema político. Por otro lado, las instituciones públicas expuestas a un mayor control ciudadano y que cuentan con la participación de actores sociales independientes pueden llegar a tener también una fuerte influencia sobre los poderes e intereses privados, tal y como ponen de manifiesto experiencias de participación ciudadana en Luton, Porto Alegre y Newcastle⁷⁸. Esta cultura necesita de una amplia labor pedagógica de formación y empoderamiento de los miembros de la comunidad. La praxis del principio democrático y el mantenimiento de los principios del estado de derecho pasan hoy fundamentalmente por lograr una hegemonía cultural que revierta el actual proceso de individualización y pérdida de vínculos entre los integrantes de la comunidad. Para ello, siguiendo el ejemplo de la democracia ateniense, se hace imprescindible disponer de nuevos espacios sociales e institucionales que permitan su implantación y difusión, los cuales formarían el esqueleto de lo que aquí denominamos un «cuarto poder cívico». El objetivo central de las instituciones del «cuarto poder cívico» es el de poner en práctica las dos almas que tiene el principio de participación de la democracia deliberativa: por un lado, la que concibe a la participación como una vía para aumentar la capacidad de autodecisión y autoorganización de las comunidades y, por otro, la que piensa en la participación más como un medio para mejorar el control de los ciudadanos sobre los recursos e instituciones del estado⁷⁹. El conjunto de las instituciones del cuarto poder «cívico» formarían los espacios de participación y los canales de comunicación a través de los cuales los miembros de la comunidad pueden participar e influir en la agenda pública y en las instituciones de gobierno de la comunidad. Serían la puerta de entrada para la participación de la

⁷⁷ LEIB, E.; *Deliberative Democracy in America: A Proposal for a Popular Branch of Government*, Pennsylvania State University Press, Pennsylvania, 2004.

⁷⁸ WAINWRIGHT, H. (2005), *Cómo ocupar el Estado. Experiencias de democracia participativa*, Icaria, Barcelona, pp. 195, 209.

⁷⁹ WAINWRIGHT, H; *op. cit.*, p. 84.

ciudadanía en los asuntos generales de la comunidad y de transmisión de su voz a las instituciones de gobierno, además de la supervisión del funcionamiento de estos últimos. Este «cuarto poder cívico» actuaría como motor de transformación de los poderes públicos ya instituidos, desempeñando funciones de seguimiento y control de los órganos de gobierno y de elaboración de nuevas propuestas políticas, buscando un mejor gobierno y más democracia. Se integraría así en la filosofía de que es posible «cambiar el mundo sin tomar el poder», como propone Wainwright siguiendo el sendero que en su día abrió Holloway. Las posibilidades de conseguir cambios y transformaciones sociales dependen de las correlaciones de fuerzas que en cada momento haya entre el poder político y el poder social, tanto en el interior de las instituciones políticas como en las organizaciones sociales⁸⁰.

⁸⁰ WAINWRIGHT, H.; *op. cit.*, p. 197.

El derecho como modo de subjetivación. Implicaciones iusfilosóficas de las tecnologías del sujeto en Michel Foucault

Por DAVID VILA-VIÑAS¹
Universidad de Zaragoza

RESUMEN

El artículo considera el derecho como un modo de subjetivación. Para ello, se parte de las nociones foucaultianas que analizan aquél como un conjunto de dispositivos institucionales que establecen obligaciones y potestades para las personas destinatarias, pero también configuran a estas últimas. Se han diferenciado asimismo las nociones de sujeción y de subjetivación. Mientras que la primera alude a la necesidad de constituir un sujeto de derecho para hacer operativo el sistema jurídico dentro de estrategias dadas, la segunda advierte sobre el carácter parcialmente abierto de esa dimensión subjetiva. Así se contraponen las funciones de conducción y de fomento de prácticas de libertad y reconocimiento del derecho. Aunque, hasta el momento, se ha explorado sobre todo la dimensión individual y de carácter ético de este proceso, se subraya el interés de

¹ Investigador Ramón y Cajal del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla. Investigador colaborador del Laboratorio de Sociología Jurídica (S09_23R) de la Universidad de Zaragoza, 2023-2025. Artículo que cuenta con el apoyo de la ayuda para contratos Ramón y Cajal RYC2021-032948-I financiada por MCIN/AEI/10.13039/501100011033 y por la Unión Europea NextGenerationEU/PRTR y es parte del proyecto de I+D+i PID2023-152437NB-I00/Generación de Conocimiento, «El derecho al cuidado en la sociedad digital (e-CARE)», financiado/a por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER/UE. Dirección de contacto: Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Dpto. de Filosofía del Derecho. Cl. Enramadilla, 18, 20, 41018 Sevilla. dvila@us.es. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-5879-3897>.

la subjetivación a través del derecho en una dimensión más colectiva, dentro de un plano social y político.

Palabras clave: Michel Foucault; sujeto; derecho; tecnologías del yo; resistencia; saber-poder

ABSTRACT

The paper considers Law as a mode of subjectivation. To this end, it is based on Foucauldian notions that analyze Law as a set of institutional devices that establish obligations and powers for the persons to whom they are addressed but also configure the latter. The notions of subjection and subjectivation have also been differentiated. While the former refers to the need to constitute a subject of Law to make the legal system operational within given strategies, the latter warns of the partially open character of this subjective dimension. In this way, the functions of guiding and promoting practices of freedom and recognition of Law are contrasted. Although the individual and ethical dimension of this process has been explored so far, the interest in subjectivation through Law on a social and political level is emphasized.

Keywords: Michel Foucault; subject; Law; technologies of the self; resistance; knowledge-power.

1. EL SUJETO COMO OBJETO DEL DERECHO²

Para fundamentar la consideración del derecho como un modo de subjetivación, la obra de Michel Foucault es, como señala el subtítulo

² En tanto este artículo continúa con un tema de investigación sobre el que vuelvo de forma periódica, es oportuno mostrar las publicaciones que, sobre un tema afín, anteceden a esta. En el capítulo quinto de VILA-VIÑAS, David, *La gobernabilidad más allá de Foucault. Un marco para la teoría social y política contemporáneas*, España. Prensas de la Universidad de Zaragoza, 2014, trata este asunto, si bien dentro de la sociología jurídica más que desde una perspectiva iusfilosófica, que además se actualiza y me gustaría pensar que gana algo de solvencia aquí, diez años después. Existen, además, dos publicaciones, una reciente (VILA-VIÑAS, David, «La formación de un sujeto adecuado para el Derecho. Recuerdo a la obra de Manuel Calvo García», *Revista Latinoamericana de Sociología Jurídica*, núm. 3, 2021, pp. 123-45) y otra próxima (VILA-VIÑAS, D. (2024). «La indagación sobre el sujeto del derecho. Itinerarios foucaultianos», en González Ordovás, María José y Vila-Viñas, David (eds.), *Debates actuales en la Filosofía del Derecho y en la Sociología Jurídica. Libro Homenaje al Profesor Manuel Calvo García*, Tirant lo Blanch, pp. 425-436) conectadas con esta. Sin embargo, ambos trabajos se orientan a mostrar cómo este es un asunto que preocupaba al profesor Manuel Calvo García en la década de 1980, cómo recorrió su obra y a reconocer la influencia en mi perspectiva sobre el asunto. Asimismo,

del artículo, un punto de partida. La fuente principal la constituyen, junto al autor francés, las actualizaciones y desarrollos de los llamados *governmentality studies*. Se trata de un cuerpo académico heterogéneo que, a partir de la década de 1990, tomó aquellos trabajos finales sobre la gobernabilidad y el sujeto para conducirlos hacia nuevos ámbitos iusfilosóficos, sociojurídicos o relativos a las políticas públicas³. Por lo tanto, la primera premisa que defenderé es la posibilidad de un análisis fructífero del derecho desde esta perspectiva académica.

Ahora bien, todo ello no dice demasiado acerca de cómo considerar al sujeto en este ámbito. ¿Es el destinatario del derecho? ¿Solo de sus obligaciones o también de sus facultades? ¿Es algo más y, en ese caso, qué más? ¿Algo como un objeto de sus regulaciones, imprescindibles para la convivencia, o como un verdadero producto, normativo y efectivo, de las prácticas jurídicas? En síntesis, adelanto que el hilo foucaultiano seguido por los *governmentality studies* es el de un sujeto como destilado de una tensión agónica entre el condicionamiento del otro y su constitución, entre el poder y la libertad. Esta tensión tiene, en nuestro ámbito de estudio, la virtud de reverberar con otra que es esencial al derecho, cual es la que se establece entre el derecho como obligación de hacer o de inducir y el derecho como facultad, como fuente de autonomía y apoyo para actuar. A través del derecho, se constituyen sujetos obligados, pero también los sujetos se constituyen jurídicamente para superar ciertas dependencias y obligar a otros. Además, resulta crucial entender que esos sujetos no se constituyen de una vez y para siempre, sino que tienen una naturaleza móvil que se ve afectada por el derecho y que lo afecta.

mo, en VILA-VIÑAS, David y PERES DÍAZ, Daniel «Introducción», en Vila-Viñas, David y Peres Díaz, Daniel (eds.), *Derecho, saber y poder en y después de Foucault*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025, pp. 11-44, aparece este asunto de forma sintética, lejos del detalle con el que puede abordarse aquí. Por último, se publicará en breve VILA-VIÑAS, David, «Impacto del Derecho en la producción de subjetividad en la esfera de los cuidados. Técnicas jurídicas para el gobierno de sí y de los otros en la transición entre el régimen de bienestar familiarista y la mercantilización neoliberal», *Andamios. Revista de Investigación Social*, 56, pp. 1-19, dentro del número especial «Políticas de la subjetividad: las técnicas de sí en el mundo contemporáneo. El artículo discutirá la pertinencia de las nociones de tecnologías del sujeto para analizar las estrategias de las trabajadoras del cuidado en el avance en la efectividad de sus derechos sociales. En su parte inicial, el artículo hará referencia al marco teórico que se presenta aquí, pero de forma mucho más reducida y con la orientación adecuada para el caso que será el verdadero objeto del artículo.

³ Véase por ejemplo la delimitación de este enfoque de investigación que hacen ROSE, Nikolas, y MILLER, Peter, «Political power beyond the State: problematics of government», *The British Journal of Sociology*, vol. 43 (2), 1992, pp. 172-205. <https://doi.org/10.1111/j.1468-4446.2009.01247.x>, y una referencia más extensa sobre la relevancia de estos enfoques para el derecho en VILA-VIÑAS, D. (2013) «El pensamiento jurídico de los Estudios de Gubernamentalidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, 29, pp. 493-513.

2. UN CONCEPTO POST-FOUCAULTIANO DE DERECHO

Enfoco el asunto aquí desde una perspectiva post-positivista del derecho. Desde ella, se resalta el carácter político y tecnológico de aquél como medio de efectución y reelaboración de valores morales y principios políticos en contextos sociales y burocráticos históricos⁴. La tarea jurídica no empieza, por lo tanto, ni se realiza por completo cuando los órganos competentes formalizan las normas jurídicas, sino que en ella participan, *ex ante* y *ex post*, los sujetos obligados, que se ven configurados por esas normas pero que también desarrollan ciertas prácticas de libertad a partir de las mismas, lo que llega a alterar el contenido de lo jurídico, la aproximación del resto de operadores y el conjunto de la experiencia del derecho.

Desde esta perspectiva, la obra de Michel es pertinente para el estudio del derecho. Es más, la literatura reciente da por superada la hipótesis de que la obra de Foucault no resulta pertinente para el estudio del derecho o no ha tenido impacto sobre el mismo⁵. Al contrario, la perspectiva foucaultiana se ha profundizado desde las ciencias jurídicas, eso sí, a partir de la adopción de dos premisas principales: pluralizar la concepción del par derecho-Estado como totalidad de la experiencia jurídica que consideraba la hegemonía positivista, por una parte, y dar relevancia a la noción de saber-poder en la comprensión de aquella experiencia, por otra.

Lo primero implica considerar el sentido jurídico de las relaciones de poder estructurantes de la vida social, que no suelen aparecer en el radar de la norma general y abstracta y de su aplicación judicial. Estos problemas de registro de la realidad jurídica se deben, en oca-

⁴ Véase ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid, Trotta, 2017, o CALVO GARCÍA, Manuel, «Transformaciones jurídicas y teoría del derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. 28, 2012, pp. 33-53, entre otros autores de nuestro contexto.

⁵ Esta idea dibuja un arco que va desde ser mayoritaria la idea del rechazo del derecho, sobre todo consagrada en HUNT, Alan y WICKHAM, Gary, *Foucault and law: towards a sociology of law as governance*, Pluto Press, 1994 y que se empezó a matizar buscando el impacto de los trabajos foucaultianos para el ámbito jurídico, de lo que supone un punto de inflexión GOLDER, Ben, y FITZPATRICK, Peter, *Foucault's Law*, Routledge, 2009. Esta actividad se prolongó después en GOLDER, Ben, *Foucault and the politics of rights*. Stanford, Stanford University Press, 2015. En nuestro ámbito, el tema ha despertado, tanto un interés prolongado, como se observa en la sistematización de SAUQUILLO, Julián, *Michel Foucault: Poder, saber y subjetivación*. Alianza, 2017, como un interés emergente, como reseña BUENO OCHOA, Luis, «Cuestionando, con Foucault, la cuestión del derecho», en Sánchez de la Torre, Ángel, y Fuertes-Planas, Cristina (eds.), *Horizontes de cambio en el Derecho: Principios del Derecho IV*, Madrid, Dykinson, 2017, pp. 9-30 y VILA-VIÑAS, David y PERES DÍAZ, Daniel (eds.), *Derecho, saber y poder...* cit., en Vila-Viñas, David «El pensamiento jurídico...», cit., pp. 496 ss. y ÁLVAREZ, Luciana, «Sobre la concepción foucaultiana del derecho. Claves para pensar el debate anglosajón», *Dorsal: Revista de estudios foucaultianos*, 7, 2019, pp. 123-151, <https://doi.org/10.5281/zenodo.3592954>, se ha presentado de forma más completa de esta discusión.

siones, a que aquellas relaciones de poder se entienden exteriores y «superiores» al derecho, como una biopolítica regida por la economía y otros ámbitos de la administración material de la población. De este modo, se entienden relaciones ajenas a su consideración científica, por superar al derecho y confundir sobre su objeto. En otras ocasiones, esas relaciones que se consideran exteriores se tienen por «inferiores», como prácticas que carecen de las características técnicas que las harían jurídicas, como suele ocurrir con las aplicaciones informáticas para el acceso efectivo a los derechos o con el impacto de las comunidades de afectados/as sobre el contenido e interpretación de las normas.

En cuanto a la segunda premisa, a la pertinencia de la noción de saber-poder para considerar el funcionamiento del derecho⁶, conviene integrar bien sus dos componentes. Poder, en el sentido realista de que el derecho es uno de los códigos principales de la acción de gobierno, en cuanto estructurante del campo de acción de los otros⁷, pero sin escindir esto de su dimensión epistémica. No tanto en el sentido más asentado de decir verdad en contextos controversiales donde esto se formaliza y legitima como verdad judicial, por ejemplo⁸, sino más amplio y generador de las posibilidades del derecho. Llegar a regular un ámbito de la vida social requiere una enorme tarea previa de producción de conocimiento y estandarización de ese campo, que la regulación jurídica fijará y alterará, viéndose influida después por la misma en su interpretación operativa y eventual reforma. Así, los conflictos y la acción política dentro del derecho no se limitan a disputar el contenido de las prescripciones, sino la manera en que se racionalizan cuestiones en su interior o se traducen categorías producidas en otras áreas del conocimiento.

⁶ Recurro aquí a esta importante noción foucaultiana de implicaciones mutuas, articuladas y no subordinadas entre estos dos ámbitos, que puede resumirse en la idea de que las relaciones de poder requieren y conforman espacios de saber y viceversa. Véase FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino. (3.^a ed. cast.), España, Siglo XXI, 1978 y *Hay que defender la sociedad. Curso del Collège de France (1975-1976)*, trad. de Horacio Pons, Madrid, Akal, 2003, p. 37. Esta noción se completa en su estructuración y funcionamiento dentro de los regímenes de veridicción, que «no [son] una ley determinada de la verdad, [sino] el conjunto de las reglas que permiten, con respecto a un discurso dado, establecer cuáles son los enunciados que podrán caracterizarse en él como verdaderos o falsos», en FOUCAULT, M. *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)* (H. Pons, Trad.). México D. F., FCE, 2007, p. 53.

⁷ Las nociones de juridificación de la vida social o incluso de colonización del derecho sintetizan bien la amplitud de sus efectos de articulación, producción y legitimación de las relaciones de poder en nuestras sociedades. Véase, por ejemplo, BALDWIN, Robert *et al.* (eds.) *A reader on regulation*, London, Oxford University Press, 1998, o CALVO GARCÍA, Manuel, *Transformaciones del Estado y del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2005.

⁸ Véanse VILA-VIÑAS, David, «El pensamiento jurídico...», cit., p. 506 y *La gobernabilidad más allá de Foucault*, cit., pp. 55 ss.

3. EL SUJETO Y EL DERECHO

A pesar de que, en la obra de Foucault, el efecto subjetivante de los mecanismos jurídicos y estatales sea mucho menor al de otros, no-jurídicos en sentido estricto, parece obvio que el derecho sigue requiriendo un sujeto. Alguien debe encarnar las obligaciones, las facultades e incluso las transformaciones que pretende y, por otro lado, en alguna suerte de sujeto debe descansar la legitimidad, el disfrute o las consecuencias de la efectuación de los valores y objetivos que lo guían. Aunque desde la modernidad el derecho no ha hecho sino subjetivarse⁹, este proceso ha desembocado en una configuración del sujeto tal, abstracto, autónomo y naturalizado, que le ha permitido evaporarse en los análisis jurídicos.

Uno de los rasgos distintivos de los enfoques post-foucaultianos es desestimar una noción del sujeto como algo natural o dado. Al contrario, se considera que es una de las premisas, pero también de los resultados de esos dispositivos de saber-poder que conforman el derecho. Tomar en serio este carácter artificioso implica ampliar nuestro interés desde las obligaciones y facultades que vendrían a imputarse a un sujeto prestablecido, al propio proceso de creación y modificación de ese sujeto de derecho como tal. La cuestión es, entonces, cómo el derecho puede hacer algo así como contribuir a la producción de sujetos y, aun más, puede contribuir a afectarlos hasta modificar sus características o su disposición en el mundo.

Trato de aclarar el enfoque a partir de un asunto en principio simple como es la regulación de la mayoría de edad y, con ello, la constitución del sujeto mayor de edad. Los ordenamientos jurídicos contemporáneos suelen establecer un momento de la vida para adquirir esta condición¹⁰. Resulta significativo que, cuando se explican los tipos de normas, se suele poner esta como ejemplo de norma constitutiva¹¹: crea una situación, artificiosa y convencional, que no existiría sin la norma que la establece. Es decir, el sujeto con plena capacidad de obrar en un plano jurídico es una figura que pertenece a la red de efectos del sistema jurídico a partir de la norma. Si el ejemplo resulta significativo es porque nada impide pensar otros sistemas razonables para regular el pleno acceso a la capacidad de obrar. Podría pensar en un sistema más material, que evaluara la verdadera capacidad del sujeto para comprender la naturaleza y consecuencias de los negocios jurídicos en los que entonces puede participar o la

⁹ Véase PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Madrid, Tecnos, 2018, pp. 41 ss.

¹⁰ En el caso español, este sería el contenido del art. 12 de la Constitución, de 27 de diciembre de 1978 (*BOE* núm. 311, de 29 de diciembre de 1978), en adelante CE, cuando establece que «Los españoles son mayores de edad a los dieciocho años».

¹¹ Entre otros, PRIETO SANCHÍS, Luis, *Apuntes de teoría del Derecho*, Madrid, Trotta, 2016, pp. 48 ss.

relevancia de sus acciones sobre los derechos de otras personas. El derecho español no es por principio reactivo a este enfoque. Ciertas prácticas bancarias abusivas llevaron al refuerzo del principio de transparencia material en los préstamos hipotecarios y a la incorporación obligatoria al proceso de suscripción de nuevos préstamos de una comprobación notarial de que el prestatario ha recibido toda la información y entiende las consecuencias del negocio que está celebrando¹². Es decir, una comprobación que se hace sobre la capacidad material del sujeto en su relación concreta con el negocio a celebrar.

Ahora bien, el problema de dicho sistema alternativo, más allá de contrataciones relevantes y puntuales, es que requiere definir algún marco de referencia que permita valorar la madurez del sujeto y algún procedimiento para su apreciación, pacífica o controversial. En seguida se advierte que, según la profundidad que alcancemos en la discusión sobre hasta qué punto se comprenden las implicaciones jurídicas del tráfico y de la propia vida social, podemos llegar a dudar acerca de si todas las personas adultas son también efectivamente autónomas. O, enfocado de otro modo, acerca de qué proporción de las implicaciones de los propios actos en una sociedad compleja es posible desconocer y no llegar a comprender en absoluto, sin que esto tenga mayor impacto en su funcionamiento regular. La incomodidad de esta duda sobre el conocimiento y la comprensión del derecho, unida a otros criterios de eficiencia, explica de forma verosímil la adopción de un sistema formal para constituir de forma plena al sujeto de derecho.

Antes de todo ello, la persona menor de dieciocho años no puede celebrar negocios con plenos efectos o carece de una responsabilidad penal completa, de manera que solo podrá intervenir en el mundo mediando la tutela de otras personas adultas legitimadas para ejercer sus derechos o atender a su dignidad mejor que la primera. Se configura, de este modo, una persona subordinada, no solo porque así se siga de sus relaciones sociales efectivas, sino porque el derecho lo sujeta de tal manera dentro del sistema social. Por supuesto, esto puede resultar razonable, en tanto esta asimetría en la capacidad de obrar opera como medida de protección. Al mismo tiempo, puede ser compatible con una serie de excepciones en las que, en aplicación del principio de interés superior del menor¹³ o de su derecho a participar en los asuntos que le atañen,

¹² Se trata de la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario. El acto de comprobación indicado se regula en el artículo 15 de la misma, aunque las referencias al principio de transparencia material aparecen a lo largo de toda la norma.

¹³ Principio consagrado en el art. 3.1 de la Convención de Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y ratificada por el Reino de España el 30 de noviembre de 1990 (*BOE* núm. 313, de 31 de diciembre de 1990) y en las normas estatales, como en el

el sujeto puede consentir válidamente y en una progresión creciente para trabajar, casarse o someterse a una intervención médica. En particular, en el periodo cercano a la mayoría de edad se delimita un sujeto ambivalente: por ejemplo, no se le aplicarán las penas del Código Penal y se dirá que no tiene responsabilidad de tal orden, pero se le someterá a un juicio de características análogas, se evaluará la concurrencia de los mismos tipos que se aplican a adultos y se le podrán imponer restricciones de derechos que, aunque se orienten hacia lo educativo o lo terapéutico, se le aplicarán por la fuerza y en un medio cerrado¹⁴.

A los dieciocho años esa indeterminación se disipa y el sujeto se define como sujeto autónomo a todos los efectos. Es difícil que lo sea entonces, en el sentido material indicado, mucho más que las semanas anteriores, pero no hay duda de que lo es conforme al criterio formal. Para aportar algo de realismo a la situación de estas personas, se ha planteado en ocasiones crear regímenes transitorios¹⁵ que trasladen a este campo la dependencia real en que se encuentran muchas de estas personas aun pasada la frontera de los dieciocho años.

De tomar ese sistema al pie de la letra, nos encontraríamos con una dislocación entre definición normativa –mayoría de edad– y hecho social –habitual dependencia–. El problema de esta situación no es que nuestro sistema carezca de tales disociaciones, sino que da a entender que las implicaciones del derecho para la configuración de los sujetos son puntuales y perfectas, es decir, que se producen a los dieciocho años, de una vez y al menos, hasta que esa capacidad deba ser completada en edades avanzadas. Al contrario, las formas particulares de tratamiento del sujeto, como una suerte de persona adulta en transición, se desplegarán más allá de los dieciocho años, con protecciones o especia-

art. 4.1 de la reciente 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).

¹⁴ Véase, entre otras referencias, Ríos MARTÍN, Julián Carlos, «La ley de Responsabilidad Penal de los Menores, cambio de paradigma: Del niño en peligro al niño peligroso», *Icade: Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, vol. 53, 2001, pp. 203-241.

¹⁵ Un buen ejemplo es, en el contexto español, la previsión inicial de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (BOE núm. 11, de 13 de enero de 2000), de un modelo de justicia juvenil para personas entre 18 y 21 años atenuado respecto al de adultos o más próximo a la orientación del que se establecía para adolescentes entre 14 y 18 años (art. 4). En todo caso y con carácter vinculante desde la reforma de esta norma al final del mismo año, por la Ley Orgánica 7/2000, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/2000 (BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2000), en su disposición adicional 4.1, se establecía una moratoria sobre su entrada en vigor que ha impedido a este sistema intermedio desplegar nunca su vigencia.

les facultades en el acceso al consumo¹⁶, a servicios o al empleo¹⁷. Desde la perspectiva que expuse, esto no se explica bien si se entiende que el derecho instituye al sujeto autónomo a los dieciocho años para matizarlo después, al traducir el peso de los hechos. Resulta más adecuado pensar que el efecto de la subjetivación de estas personas –también por parte del derecho– no se agota a los dieciocho, sino que comienza antes y se prolonga años después subjetivándolo como una persona en transición hacia la vida adulta. La reforma reciente de los procesos civiles relacionados con la capacidad es coherente con este enfoque¹⁸. Se aleja de una idea binómica de la configuración del sujeto de derecho que le «diera de alta» en su capacidad a los dieciocho años e hiciera lo contrario cuando la enfermedad o el deterioro cognitivo se hicieran irreversibles. Es afín a este enfoque, por lo tanto, la premisa de que el derecho puede contribuir a hacer efectiva y concretar una autonomía que, en su contexto efectivo, es indisociable de la noción de la dignidad de la persona.

En este punto, conviene destacar que se ha introducido ya una distinción relevante entre sujeción y subjetivación. Esta apela además a una dialéctica central en las relaciones entre derecho y sujeto, cual es la que se produce entre coercibilidad y libertad. Lo lógico, dada la preponderancia histórica de las perspectivas imperativistas del derecho¹⁹, es que, si se dice que este constituye sujetos, se piense en un esquema en el que aquél imputa a determinadas categorías subjetivas –mayor de edad, condenado, incapacitado, insolvente, etc.– una serie de obligaciones –ser responsable, penar, no hacer, prohibiciones en la disposición de las rentas, etc. –. Sin embargo, muchas de esas posiciones subjetivas tienen asociados, más bien, márgenes de libertad. Conforme la obra foucaultiana y sus desarrollos se elevan desde las instituciones disciplinarias hacia la escala del gobierno de la población, se enfatiza la idea de que esa libertad que acompaña a la constitución del sujeto no es solo un paso previo al ejercicio del poder o al derecho, que sería lo relevante. Tampoco, una contrapartida o una suerte de concesión hecha al humanismo y a la dignidad de la persona. Fuera de estas dos posibilidades,

¹⁶ Son ejemplos recurrentes de ello las bonificaciones en transportes, precios de la vivienda [el bono establecido por Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025 (*BOE* núm. 16, de 19 de enero de 2022), arts. 1 a 16], o de bienes y servicios culturales [el más reciente establecido por Real Decreto 210/2022, de 22 de marzo, por el que se establecen las normas reguladoras del Bono Cultural Joven (*BOE* núm. 70, de 23 de marzo de 2022)].

¹⁷ Por ejemplo, cuando el artículo 53.3 de la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo (*BOE* núm. 51, de 1 de marzo de 2023) considera «colectivo prioritario para la política de empleo» a las personas menores de 30 años.

¹⁸ Se trata de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

¹⁹ Véase AUSTIN, John, *Sobre la utilidad del estudio de la jurisprudencia*, trad. de Felipe González Vicén, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1951.

que reducen su importancia, se trata de una pre-condición de la acción de gobierno porque la gobernabilidad liberal requiere sujetos dóciles y útiles²⁰, pero también subjetivados hacia la libertad, reflexivos y éticos²¹. Conviene insistir en ello porque es habitual entender la libertad como un objetivo para el que el derecho se orienta como instrumento y, sin embargo, solo es posible desplegar la intensidad, variedad y alcance de las estrategias políticas contemporáneas cuando esta situación está asentada como un presupuesto, aunque no sea el único²².

Por una parte, este sujeto requerido por el derecho contemporáneo no viene dado y, si bien es bastante estable, es susceptible de sufrir cambios. Por ello, se sitúa como objeto de una disputa por parte del derecho y de otros agentes socio-políticos acerca de cuál sea su mejor subjetivación. Por otra, tal sujeto no se transforma solo por adaptaciones reactivas a las prohibiciones, condicionantes, sistemas de incentivos u otras intervenciones por parte de quienes diseñan las normas o las estrategias políticas, sino que es un sujeto también libre, con su capacidad de agencia, de asociación y de creación de normas e instituciones propias.

De ahí que el título de este artículo no dirija la atención hacia los modos de sujeción, sino hacia los modos de subjetivación, a las maneras de dar forma a esos sujetos a través de las técnicas y estrategias jurídicas. En la trama foucaultiana de la gobernabilidad, el gobierno de los otros, el condicionamiento de su campo de acción posible se articula con el gobierno de sí²³. En el gobierno de sí hay libertad, pero también hay conducción y producción de sí instada y orientada desde fuera. Foucault valora la libertad y entiende que uno de los objetivos políticos y jurídicos principales debe ser la protección de esa posibilidad de crearse y expresarse a sí mismo respecto a la acción o estrategia exterior que pretendiera hacer funcionales a aquellos objetivos incluso la práctica de sí. Este objetivo compartido con el liberalismo político no procede, sin embargo, de entender que exista algo así como un sujeto natural que sea el núcleo de lo que somos, al que haya que volver o que contenga cierta verdad anterior que convenga liberar o realizar.

Para terminar de entender el derecho como un modo de subjetivación, conviene detenerse en el tipo de técnicas e intervenciones

²⁰ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castiga*, cit., pp. 215 ss.

²¹ FOUCAULT, Michel, «La ética del cuidado de sí como práctica de la libertad», en GABILONDO, Ángel (ed.), *Obras esenciales. Estética, ética y hermenéutica*. Vol. 3, trad. de Ángel. Gabilondo, Paidós, 1999, p. 396.

²² En ocasiones el derecho asigna definiciones que, sin cerrar del todo la agencia de los definidos, tienen un fuerte efecto de fijación, como la de MENA, acrónimo de «menores extranjeros/as no acompañados/as». Véase Gómez Quintero, Juan David *et al.*, «Representaciones mediáticas de los menores que migran solos: Los MENA en la prensa española». *Comunicar: Revista científica iberoamericana de comunicación y educación*, vol. 66, 2021, p. 98 (<https://doi.org/10.3916/C66-2021-08>) para algunas consecuencias de esta asignación.

²³ FOUCAULT, Michel, *Hermenéutica del sujeto*. Curso del Collège de France (1981-1982), trad. de Horacio Pons, Madrid, Akal, 2005, pp. 240 ss.

capaces de subjetivar. Conviene aclarar que no se trata solo de técnicas abstractas e interindividuales, sino que muchas requieren de una organización institucional, como corresponde a los objetivos complejos del derecho propio del Estado social. Por ejemplo, no basta con la acción de la profesora, sino que ésta se debe articular con el conjunto del sistema curricular y de avance de un curso a otro. Tampoco es suficiente la elección de tales o cuales marcos comunicativos en las noticias, sino que se requiere la regulación del espectro radioeléctrico y del derecho de la competencia²⁴. Además, esta acción estructurada desde fuera no es por completo represiva o colonizadora, en el sentido de introducir una verdad exterior en la transformación del sujeto, sino que es productiva o, mejor, instigadora de una subjetivación libre, que no auto-consciente y autónoma de forma necesaria. Al igual que la práctica de la ética, esta subjetivación no configura solo una relación de la persona consigo misma, sino las posibilidades de la relación con los otros²⁵.

Una vez he introducido estas relaciones agónicas entre sujeto y derecho, obligación y libertad, sujeción y subjetivación, dedicaré el resto del artículo a desgranar cómo opera esa acción del derecho sobre el sujeto. No conviene olvidar que la acción del derecho no es la única en juego ni puede ser por completo determinante. En nuestras sociedades, la libertad es el contexto moral que legitima la obligación²⁶, es el presupuesto de lo que se asume desde la autonomía y con carácter sinalagmático. Pero el sujeto no se cierra al constituirse la obligación y esa libertad puede devenir en resistencia, en transgresión o en el ejercicio de acciones formalizadas dentro del marco jurídico para ampliarla, vincularse con otros o afectar a las estrategias e instituciones de gobierno. El derecho puede constituir y tratar de amasar al sujeto, pero puede ser también objeto de su acción y ser reescrito en razón de esa libertad.

Para manejar esta tensión, resulta oportuno organizar los efectos del derecho sobre el sujeto desde dos perspectivas. Aquella que se preocupa, en primer lugar, por la manera en que el derecho sujeta y subjetiva en la efectuación de las estrategias de gobierno externas al mismo –la subjetivación como conducción o coerción– y aquella que se preocupa, en segundo lugar, por la manera en que las prácticas jurídicas son ingrediente de las prácticas de libertad de los sujetos y de los grupos, de su catálogo de prácticas transformadoras e instituyentes –la subjetivación como práctica de libertad–.

²⁴ Véase, entre otros, ROSE, Nikolas, «Authority and the genealogy of subjectivity», en HEELAS, Paul *et al.* (eds.), *Detraditionalization: critical reflections on authority and identity*, BLACKWELL, 1996, pp. 294-327.

²⁵ Véase FOUCAULT, Michel, «La ética del cuidado de sí...», *cit.*, pp. 398-399.

²⁶ Para profundizar en este esquema, puede verse la monumental obra de GRAEBER, DAVID, *Debt: the first 5,000 years*, Melville House, 2011.

4. SUJECIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO COMO PRÁCTICA DE CONDUCCIÓN O COERCIÓN

Indiqué al inicio que aquí se ensaya un enfoque de lo jurídico como saber-poder, un enfoque dinámico acerca de cómo las prácticas jurídicas se generan en el contexto de formaciones subjetivas e institucionales determinadas, que a su vez éstas ayudan a delimitar. Y, por último, un enfoque sobre cómo todo ello se articula a su vez con dispositivos de seguridad, control y conducción de esos sujetos, en una escala individual pero también social²⁷.

Para servirse del pensamiento foucaultiano desde esta perspectiva jurídica, una dificultad frecuente ha residido en que las obras que antes y más se han recibido, las relativas al poder disciplinario y normalizador²⁸, a pesar de que destacan el carácter productivo del poder, arrojan un universo subjetivante en exceso fijo y represivo. Los sujetos generados en el contexto de lo penitencial, lo clínico o los dispositivos de normación sexual parecen tener una capacidad de agencia escasa, a pesar de las reiteradas alusiones a la movilidad de las relaciones de poder y al carácter constituyente de la transgresión respecto a la norma, de la resistencia respecto al poder. El enfoque disciplinario venía a ser además un avance en relación al soberano, en el que el sujeto lo era en sentido estricto, expuesto al poder de vida y muerte que detentaba aquél. Junto a este enfoque, el de los autores que, como Norbert Elias²⁹, han detallado el proceso de civilización hasta el punto de mostrarlo como un proceso de sujeción y subjetivación, han añadido referencias suficientes para señalar la paradoja de los efectos productivos de un conjunto de vectores de subjetivación que, en esencia, terminaban por desalojar la libertad: las exhortaciones al refinamiento de las costumbres³⁰, las campañas policiales e higienistas³¹ o las aco- taciones a la vida familiar en las nuevas ciudades³².

²⁷ HUTTON, Patrick H., «FOUCAULT, Freud, and the technologies of the self», en MARTIN, Luther H. et al. (eds.), *Technologies of the self: a seminar with Michel Foucault*, Amherst, University of Massachusetts Press, 1988, pp. 121-44. También puede verse una interpretación actualizada en Vila-Viñas, David, *La gobernabilidad más allá...*, cit., p. 367.

²⁸ Podrían inscribirse aquí FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, cit.; y el primer volumen de su *Historia de la sexualidad. Vol. I. La voluntad de saber*, trad. de Ulises Guñazú, (10.^a ed. cast.), México, Siglo XXI, 1984, así como los cursos, *La sociedad punitiva, Curso del Collège de France (1972-1973)* (ed. de Bernard E. Harcourt et al., trad. de Horacio Pons), Madrid, Akal, 2018 o *Los anormales: Curso del Collège de France (1974-1975)*, Madrid, Akal, 2001; o *Hay que defender la sociedad*, cit.

²⁹ ELIAS, Norbert, *El proceso de la civilización: investigaciones sociogenéticas y psicogenéticas*, trad. de Ramón García Cotarelo, FCE, 1987.

³⁰ Ver ELIAS, Norbert, *El proceso de civilización...*, cit., pp. 146 ss., 459.

³¹ Ver FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio, población. Curso del Collège de France (1977-1978)*, trad. de HORACIO PONS, Akal, 2008, pp. 31-33 y 310.

³² Ver ELIAS, Norbert, «Cambios en el equilibrio entre el yo y el nosotros», en SCHRÖTER, Michael (ed.), *La sociedad de los individuos: Ensayos*, España, Península, 1990, pp. 232 ss.

Esta paradoja de un poder productivo pero que sujeta se observa bien, si continuamos el ejemplo de la formación del sujeto de derecho, en la configuración del espacio familiar y del sujeto maternal e infantil durante la industrialización³³. En la constitución del sujeto infantil como un sujeto específico, distinto de un mero «adulto en pequeño», confluyen elementos restrictivos –los castigos escolares, la recepción de la soberanía del padre frente a la afectividad materna– con los productivos –la estructuración piagetista de las fases educativas como momentos de maximización de las capacidades biológicas incorporadas en cada edad–. Aunque el asunto sea muy distinto en los hogares burgueses y en los proletarizados³⁴, esa sujeción solo es posible previa creación del espacio familiar, gestionado por la madre, a quien también es imprescindible sujetar en la domesticidad³⁵. Todo ello debe ser delimitado a través de una mezcla, como es bien sabido, de dispositivos represivos respecto a la dimensión pública de la vida de las mujeres y de otros, creativos de la afectividad maternal y la realización a través del amor a la familia³⁶, por perversos y contrarios a la libertad con que pudieran orientarse también estos³⁷.

Las contradicciones de esta tensión entre producir y sujetar son irresolubles a una escala individual, pero ésta adquiere otro sentido si se la piensa en el contexto del problema de la seguridad y de la gubernamentalidad liberal, donde conducción y libertad se articulan de una manera basal. Las formas de intervención asociadas con la certeza de la sujeción y de la conducción de los otros ceden ante una comprensión naturalista de la vida social, marcada por la incertidumbre y las dificultades de delimitar una verdad de gobierno³⁸. La producción de libertad es entonces la medida de seguridad principal, el método de

³³ Este no resulta un campo exento de disputas y de concepciones enfrentadas acerca de cómo considerar a la infancia en el interior del plano familiar. Puede verse una síntesis clásica de las mismas en HARDING, LORRAINE Fox, *Perspectives in child care policy*, Longman, 1991, pp. 13-58.

³⁴ Es posible encontrar distintos ejemplos de esta distancia en DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*, trad. de José Vázquez y Umbelina Larraceleta, Pre-Textos, 1998.

³⁵ Véase FRIEDAN, Betty, *La mística de la feminidad*, trad. de MARTÍNEZ SOLIMÁN, Magalí, Madrid, Cátedra, 2009 [1963].

³⁶ Es ineludible la referencia al trabajo de MORINI, Cristina, *Por amor o a la fuerza. Feminización del trabajo y biopolítica del cuerpo*, trad. de JOAN M. Gual, Traficantes de Sueños, 2014, <http://www.traficantes.net/libros/por-amor-o-la-fuerza>, sobre la dimensión afectiva de la actividad de cuidados, en sentido amplio.

³⁷ Solo hay que repasar las referencias que recoge GARCÍA PUIG, Mar, «Madonas en sepia: nostalgia y maternidades reaccionarias», en Gómez Urzáiz, Begoña (ed.) *Neorrancios. Sobre los peligros de la nostalgia*, Península, 2021, pp. 122 ss, para ver cómo la literatura de terror gótica hizo un tema de la ambivalencia de la maternidad.

³⁸ FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica*. cit., pp. 320-322 reformula la metáfora smithiana de la mano invisible como la mano incognoscible, una lógica indescifrable para una inteligencia soberana.

acotar la incertidumbre en que debe centrarse toda actividad de gobierno. En este contexto, producir libertad sigue siendo sujetar, pero también delimitar unos espacios sociales susceptibles de operar conforme a una suerte de libertad de riesgo controlado³⁹, en los que esos sujetos operen por su propia cuenta. No libres pero controlados, sino libres por cuanto que controlados.

El sujeto del liberalismo, el sujeto lockeano, capaz de autogobierno, pero asertivo en el seguimiento de sus pasiones e intereses naturales, es el tipo subjetivo ideal que importa el derecho. Los ejemplos que desgrana Elías⁴⁰ son de nuevo elocuentes respecto a la formación de un ámbito interior, un terreno de la psicología, del cálculo entre intereses, riesgos y consciencia del deber moral. El reino, dirá Adorno⁴¹, de la «libertad negativa», del sujeto que alcanza su constitución y una eficaz imposición de las propias coacciones. Un sujeto gobernado, pero libre y activo, participe de su destino en la dimensión económica y política de la vida social.

Aunque Foucault realiza este análisis desde una trayectoria crítica, su recepción en la filosofía y la sociología del derecho post-foucaultiana es compatible con el vínculo entre sociedad, sujeto y normatividad que también ha expuesto el funcionalismo. Desde esta perspectiva, el «sistema social» no es autónomo, sino que debe ajustarse con los «sistemas de personalidad» para garantizar la reproducción del orden social. Cualquier objetivo es, en abstracto, susceptible de imponerse desde fuera, pero no cabe duda de que serán las normas que los sujetos hayan interiorizado, que hayan incorporado a sus prácticas en libertad, las más eficaces y las más sostenibles para una economía del poder⁴². Se trata de un camino de ida y de vuelta, ya que, cuando el conjunto se encuentre ajustado, el sistema de relaciones sociales será «directamente constitutivo de la personalidad misma»⁴³.

De nuevo, desde enfoques críticos, referentes post-foucaultianos, como Burchell⁴⁴, o de espectro más amplio, como Graeber⁴⁵, han analizado el funcionamiento de las relaciones socio-jurídicas del crédito y la deuda con énfasis en mecanismos similares. Se trata de ejemplos

³⁹ FOUCAULT, Michel, *Seguridad, territorio...*, cit., pp. 334-336.

⁴⁰ ELÍAS, Norbert, *El proceso de civilización...* cit., pp. 463-466.

⁴¹ ADORNO, Theodor W., *Dialéctica negativa*, trad. de José María Ripalda, Taurus, 1992, pp. 229-231.

⁴² Puede verse una síntesis de este punto en el marco estructural-funcionalista en CALVO GARCÍA, Manuel, «Poder, fuerza e integración social e la teoría sociológica de Talcott Parsons», en GARCÍA AMADO, Juan Antonio (ed.), *El derecho en la teoría social: Diálogo con catorce propuestas actuales*, Dykinson, 2001, pp. 98-99.

⁴³ PARSONS, Talcott, *El sistema social*, trad. de José Jiménez Blanco y José Cazorla Pérez, España, Alianza, 1982, p. 27.

⁴⁴ BURCHELL, Graham. «Peculiar interests: civil society and governing «the system of natural liberty»», en BURCHELL, Graham; GORDON, Collin y MILLER, Peter (eds.), *The Foucault Effect: studies in governmentality*, Harvester Wheatsheaf, 1991, p. 129.

⁴⁵ Puede leerse el exhaustivo análisis de GRAEBER, David, *Debt*, cit.

que son significativos para aclarar este punto. El crédito requiere la configuración de sujetos autónomos, capaces de generar relaciones que se configuran jurídicamente desde las premisas de libertad y de horizontalidad del intercambio, aunque materialmente sean desiguales, como se suele seguir de la realidad de que alguien tenga excedente para prestar –o se dedique profesionalmente a ello– y otras personas requieran lo prestado. Constituida la relación de deuda, podrán operar los mecanismos jurídicos de carácter compulsivo establecidos para honrar su contenido. Lo harán sobre el cuerpo, el patrimonio o el futuro del deudor, tanto más duros cuanto más libres hayan sido los sujetos en asumir esa deuda y más igualitarias se presuman, al menos formalmente, esas relaciones que le dieron contexto constitutivo. Sin embargo, no encontramos solo compulsión. Si el sistema de satisfacción de las deudas es eficaz, lo es también porque el sujeto ha llegado a sentir su pago como una forma de liberación, no solo respecto a las ejecuciones externas, sino a la pulsión interna de estar en paz con los deudores. Autonomía, por lo tanto, que se conquista frente a los acreedores, sus intereses, embargos y ejecuciones, pero también respecto a la culpa y a la subordinación de sí, dentro de un itinerario de realización personal. Autonomía que supone, en síntesis, honrar las cadenas de la deuda.

Desde la perspectiva del derecho, la sujeción es una actividad plural y heterogénea, a cargo de distintas ramas y áreas –penal, de daños, de familia, procesal, de obligaciones, etc.– a la que cabe atribuir un presupuesto y algunas características asociadas, señaladas aquí de forma escueta⁴⁶. En primer lugar, se trata de configuraciones artificiosas, aunque ello no supone mayor inconveniente para la tradición jurídica⁴⁷, así como tampoco lo es para la funcionalista ni para la foucaultiana. Desde esta última perspectiva, la actividad de sujetar es conflictiva y, al menos en algo, siempre abierta. No anula de suyo la libertad, sino que solo la constriñe a partir de situaciones dadas de desequilibrio que asimismo pueden revertirse. Además y como bien entiende el derecho, tampoco se identifica de qué manera la normatividad podría pivotar sobre un sujeto natural, cuya sustancia existiera al margen de y se sobrepusiera a ese haz de relaciones de poder⁴⁸. Por su parte y desde la perspectiva funcionalista, realismo y normatividad se dan la mano, ya que el ajuste a través de este sujeto típico que opera

⁴⁶ En VILA-VIÑAS, David, «La formación de un sujeto adecuado...», cit., exploré, sobre todo para la sociología jurídica, la génesis de esta figura y sus problemas desde una perspectiva post-foucaultiana.

⁴⁷ LUNA SERRANO, Agustín, *Las ficciones del derecho: En el discurso de los juristas y en el sistema del ordenamiento*. Madrid, Dykinson, 2019.

⁴⁸ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, cit., p. 198, da un ejemplo de la asunción de esta dinámica: «El individuo es sin duda el átomo ficticio de una representación ideológica de la sociedad; pero es también una realidad fabricada por esa tecnología específica de poder que se llama la «disciplina»».

por defecto, pero que se puede torcer hasta subjetivaciones muy variadas⁴⁹, conviene a la estabilidad y a la paz social.

A partir de este presupuesto sobre la artificiosidad de la sujeción, cabe preguntarse si ello prejuzga en algo sus características. En primer lugar, ese sujeto de derecho arquetípico no es por defecto neutral, sino que, muy al contrario, se inscribe de manera funcional en una estrategia de subjetivación más amplia dentro de la modernidad capitalista⁵⁰. El sustrato de un sujeto autónomo cuyas interacciones se producen en un contexto de igualdad no se explica tanto por su capacidad para camuflar las relaciones de poder «verdaderas», sino por su capacidad para constituir una base subjetiva adecuada a distintos dispositivos, sean disciplinarios primero o biopolíticos después.

En segundo lugar, ese sujeto, aunque artificioso, se pretende abstracto y universal. El problema de esta proyección no es su normatividad como tal, sino, por una parte, la estrechez de la misma y, por otra, la distancia con una realidad jurídico-política en la que solo una minoría de propietarios en las metrópolis del mundo son sujetos en sentido estricto, siendo el resto sujetos insuficientes, en potencia o subordinados a los primeros. Respecto al problema de la restricción del sujeto de derecho, las estrategias jurídico-políticas dirigidas hacia el reconocimiento y la atribución de derechos civiles han ampliado los límites de este sujeto, pero se trata de un proceso inconcluso —piénsese en las exclusiones nacionales a la ciudadanía— tanto en el grado de reconocimiento como en el de inclusión efectiva⁵¹. Es decir, segundo problema al que no basta el reconocimiento normativo.

⁴⁹ Véanse BRÖCKLING, Ulrich, *The Entrepreneurial Self. Fabricating a New Type of Subject*, trad. de Stephen Black, Sage, 2016 y LOREY, Isabell, *Estado de inseguridad. Gobernar la precariedad*, trad. de Sánchez Cedillo, Raúl, *Traficantes de Sueños*, 2016, entre otras referencias.

⁵⁰ De nuevo FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, cit., pp. 224-225, señala bien aquí la articulación de las prácticas disciplinarias y la hegemonía del liberalismo desde la perspectiva jurídica: «Históricamente, el proceso por el cual la burguesía ha llegado a ser en el curso del siglo XVIII la clase políticamente dominante se ha puesto a cubierto tras de la instalación de un marco jurídico explícito, codificado, formalmente igualitario, y a través de la organización de un régimen de tipo parlamentario y representativo. Pero el desarrollo y la generalización de los dispositivos disciplinarios han constituido la otra vertiente, oscura, de estos procesos. Bajo la forma jurídica general que garantizaba un sistema de derechos en principio igualitarios había, subyacentes, esos mecanismos menudos, cotidianos y físicos, todos esos sistemas de micropoder esencialmente anti-igualitarios y disimétricos que constituyen las disciplinas. Y si, de una manera formal, el régimen representativo permite que directa o indirectamente, con o sin enlaces, la voluntad de todos forme la instancia fundamental de la soberanía, las disciplinas dan, en la base, garantía de la sumisión de las fuerzas y de los cuerpos. Las disciplinas reales y corporales han constituido el subsuelo de las libertades formales y jurídicas».

⁵¹ Véase un análisis socio-jurídico de la argumentación legislativa al respecto en JIMÉNEZ FRANCO, Daniel, «Expulsar, discutir y echar valores fuera. Análisis del debate legislativo sobre las “devoluciones en caliente” (DF 1.ª de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana)», en OLIVER-LALANA, Daniel (ed.), *Debatiendo*

En otras ocasiones, lo problemático de esta sujeción abstracta no se perfila en clave de exclusión o de insuficiencia, sino de un exceso de inclusión, una sujeción saturada. Si se entiende bien que la producción de libertad es una de las premisas de la actividad contemporánea de gobierno, se asume que, junto al tradicional trabajo de sujeción y de subjetivación desde afuera, sea de forma más consensual o más coercitiva, se insta a los sujetos para que se hagan cargo de una labor de subjetivación como trabajo de sí. El sujeto no solo se convierte en el depositario de una voluntad débil por cuya decantación pugnarían distintas fuerzas exteriores, sino más bien en un campo biopolítico de proyección de las estrategias de conducción y libertad. Un campo saturado de trabajo, sobre todo de trabajo de sí, y a veces sobreexplotado y en riesgo de colapso. En el fondo, ¿qué significa la Ilustración, la mayoría de edad de la razón y de la autonomía? ¿qué significa la libertad moderna sino la facultad, pero también la obligación de construirse a uno mismo?⁵².

Este tema recorre la reflexión sobre el sujeto en el siglo xx al mismo ritmo en que se pone en cuestión la institucionalización y conducción de la libertad dentro del capitalismo industrial. La crítica a la conducción por otros corre paralela a la que señala una suerte de colonización sobre prácticas de sí eventualmente liberadoras, que, en último término, están guiadas por un *telos* externo. Una formulación foucaultiana: «no aceptarse a sí mismo tal como se es en el flujo de los momentos que pasan; es tomarse a sí mismo como objeto de una elaboración compleja y severa [...]. Tal modernidad no libera al hombre en su ser propio; lo constriñe a la tarea de elaborarse a sí mismo»⁵³.

A la luz de estas reflexiones, la libertad y la autonomía parecerían empujadas a adquirir el tono de una maldición. El reverso oscuro de la Revolución Francesa, la marca del autogobierno, la trampa de una libertad que no disuelve el poder, sino que lo constituye. Sin embargo, conforme a la perspectiva institucional que proporciona el derecho, esa libertad tiene sentido en y más allá de su dimensión individual. Los caminos más habituales de subjetivación a través del derecho proceden por abstracción de estos sujetos en instituciones sociales. El ejemplo del derecho social, en el contexto del Estado del bienestar, es ilustrativo de

leyes. Estudios sobre justificación parlamentaria de la legislación, Dykinson, 2022, pp. 195-232. Y otro, de orden filosófico-político, en ORTIZ GALA, Irene, *El mito de la ciudadanía*, España, Herder, 2024.

⁵² Véase FOUCAULT, Michel, ¿Qué es la ilustración?, Mattoni, Silvio (ed.), Argentina, Alción, 2002.

⁵³ *Ibidem*, pp. 95-96. ADORNO, Theodor W, *Dialéctica negativa*, cit., p. 179, aún es más suspicaz respecto a esta idea de libertad del sujeto cuando señala «cuanto más autocráticamente se encumbra el yo sobre lo existente, tanto más contradice irónicamente su función constitutiva, objetivándose sin notarlo». Puede ampliarse este problema también en VILA-VIÑAS, David, *La gobernabilidad más allá...*, cit., pp. 344-345.

una estrategia de subjetivación que identifica que los principales riesgos para la seguridad y para el sujeto no proceden solo de incertidumbres individuales mal atendidas, sino de las derivadas, con carácter masivo, de la vida industrial. Tómese como ejemplo la estrategia de desmercantizar el acceso a bienes y servicios esenciales, al tiempo que se sintonizan, sobre todo a través de la negociación colectiva, los beneficios empresariales y los salarios. La estandarización y previsión de riesgos es colectiva –para las clases populares, sobre el desempleo, la inflación, la enfermedad o la vejez, para las altas, sobre las expectativas del capital y la propia gobernabilidad– y, al mismo tiempo, insta un tipo de sujeto: productivo, dócil pero protegido, con progresión, con una cierta realización de sí a través de su libre disposición del excedente y que encarna toda una división de los espacios público-privado o nacional-extranjero vertebrales de la gobernabilidad contemporánea⁵⁴, también con los señalados problemas de exclusión y subordinación.

Frente a esta imagen, fijada con sus particularidades y «retrasos» territoriales en los Treinta Gloriosos del siglo xx, el neoliberalismo desplegó un proyecto de subjetivación que incidía en la producción de inclusión, participación y libertad, pero que subjetivaba a esas nuevas formaciones individuales y colectivas en dispositivos de seguridad cada vez más desplazados respecto a la relación laboral y centrados en los procesos de financiarización. Estos procesos –en sí mismos, procesos de gobierno a través del riesgo– incrementaron la necesidad de libertad y acción de sí de los sujetos, como se ha señalado en tantas ocasiones a propósito de la crítica que Foucault hace al empresariado de sí⁵⁵, y transformaron los propios términos de los dispositivos de seguridad social y protección, que se sometieron a presiones mercantilizadoras –sincronización con el discurrir y operar propio de los mercados– y privatizadoras –traslado de proporciones mayores de responsabilidad de auto-protección hacia los sujetos protegidos–⁵⁶. Sobre esta situación, convendría analizar la producción específica de subjetividad que se produce a partir del régimen jurídico-político de la austeridad⁵⁷, que ha regido las gubernamentalidades occidentales desde 2008, con pequeños

⁵⁴ En cuanto a los mecanismos de desmercantilización de determinadas áreas de la vida, véase CASTEL, Robert, *La inseguridad social: ¿qué es estar protegido?*, trad. de Viviana Ackerman, Manantial, 2004. En cuanto a la dimensión sistémica de este gobierno corporativo del Estado del Bienestar, con sus implicaciones jurídicas, el llamado funcionalismo de izquierdas puede ser un buen campo donde ampliar explicaciones. Ello puede hacerse, por ejemplo, en TEUBNER, Gunther, «After legal instrumentalism? Strategic models of post-regulatory law», en Teubner, Gunther (ed.), *Dilemmas of law in the welfare state*, Walter de Gruyter, 1986, pp. 299-235.

⁵⁵ FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica*, cit., p. 264.

⁵⁶ Véase, entre muchas, CRUIKSHANK, Barbara, «Revolutions within: Self-government and self-esteem», en Barry, Andrew, et al. (eds.), *Foucault and political reason. Liberalism, neo-liberalism and rationalities of government*, London, UCL Press, 1996, pp. 231-251.

⁵⁷ Véase COOPER, Vickie y WHYTE, David, *The violence of Austerity*. Pluto Press, 2017.

paréntesis entre 2018-2022 y que parece apuntar a una recuperación de los primeros marcos liberales, en cuanto traslado de toda la responsabilidad de sujeción a los propios sujetos⁵⁸. Se trataría de un esquema de máxima producción de libertad, en cuanto a indeterminación, que revela toda la ambivalencia de la noción. Nótese que buena parte de los objetivos jurídico-políticos centrales en nuestros esquemas constitucionales y axiológicos no son alcanzables sin una actividad positiva intensa de distintos dispositivos de seguridad.

5. LA SUBJETIVACIÓN A TRAVÉS DEL DERECHO COMO PRÁCTICA DE LIBERTAD

En el final del epígrafe anterior, introduje cómo el derecho podía contribuir a la expansión de las prácticas de libertad, sobre todo a través de la institucionalización de mecanismos que hicieran posible la garantía de esferas de autonomía, en cuanto a la limitación de la dependencia respecto a las incertidumbres de la vida industrial y posterior. A lo largo de éste, profundizaré en algunas relaciones que se han establecido entre derecho y libertad a partir de la obra de Foucault. Para ello, puede convenir distinguir entre los modos de subjetivación que se despliegan en un plano más individual y que permiten problematizar sobre todo la dimensión ética de las implicaciones del derecho para el sujeto y los que, por otro lado, se despliegan en un plano más social y permiten una problematización del sujeto desde su dimensión política.

En cuanto al primer conjunto, tanto la obra foucaultiana como su recepción han recuperado la cuestión relativa a la intangibilidad del sujeto respecto a la acción del poder. Es fácil identificar que este problema se asienta en una perspectiva que considera la soberanía como la forma principal de ejercicio del poder y dispone las herramientas jurídicas—la más conocida de todas ellas son los derechos humanos⁵⁹—como un límite a la acción del soberano. Dicha perspectiva impacta en el entendimiento del Estado moderno como un límite al ejercicio del poder soberano, con el que agoniza para desplegar las nociones de razón de Estado, de excepcionalidad o sus propias fronteras, territoriales y temáticas⁶⁰. En términos generales y como es lógico, esta perspectiva declina conforme el ejercicio del poder se gubernamenta-

⁵⁸ LAZZARATO, Maurizio, *La fábrica del hombre endeudado. Ensayo sobre la condición neoliberal* (H. Pons, trad.), Argentina, Amorrortu, 2013.

⁵⁹ Véase FOUCAULT, Michel, «Frente a los gobiernos, los derechos humanos», en Varela, Julia y Álvarez-Uriá, Fernando (eds.) *La vida de los hombres infames: Ensayos sobre desviación y dominación*, Madrid, La Piqueta, 1990 [1984] pp. 313-314.

⁶⁰ Véase FOUCAULT, Michel, *Nacimiento de la biopolítica*, cit., p. 25.

liza en Foucault y en sus desarrollos. Sin embargo, toda vez que el poder soberano se ve desplazado, aunque no excluido por completo, la existencia jurídico-política de un sujeto, la conservación de un cierto espacio de autonomía, sus posibilidades básicas de disidencia y reconocimiento por parte del derecho como sujeto de tal no dejan de tener un rol en el conjunto de las relaciones de poder. Qué pueda entenderse como un sujeto para el derecho es así un punto crítico para una subjetivación desde la libertad. Este es un asunto de enorme conflictividad política al que por ejemplo Butler se refiere como «condiciones normativas de reconocibilidad»⁶¹ y que guía las estrategias políticas hacia el objetivo básico del reconocimiento⁶².

Desde una perspectiva positivista de la fundamentación de los derechos, que tiende a enfatizar la capacidad creadora de la autoridad política estatal, los modos de subjetivación alternativos alcanzarían aquí su techo. Sin embargo, una perspectiva post-foucaultiana advierte de que éste es, al contrario, solo un punto de partida para las prácticas de libertad. Si el sujeto no es neutral, ni fijo, ni por completo autónomo, ni responde a un marco de referencia natural sancionado por el derecho, se siguen entonces de forma inevitable nuevos procesos de subjetivación a partir de este punto.

En tal contexto, conviene incluir en el análisis el rol que ha ocupado la transgresión —de una norma juridificada o no— en esta producción de subjetividad. No solo es que la transgresión de la norma pueda ser de suyo una práctica de libertad, con toda la ambivalencia que esto implica, sino que la transgresión contiene un impacto creativo sobre la normativización de las relaciones sociales⁶³. O, en el marco de Butler⁶⁴, si la norma sufre un proceso de desgaste con su uso, la transgresión la desplaza y la renueva. Desde esta perspectiva, veríamos el camino de vuelta respecto a la idea de que el derecho puede subjetivar en favor de las prácticas de libertad: las prácticas de libertad pueden alcanzar una

⁶¹ BUTLER, Judith, *Marcos de guerra: las vidas lloradas*, trad. de Bernardo Moreno Carrillo, Paidós, 2010, pp. 17 ss.

⁶² Véase cómo orienta Butler la discusión en este cruce de artículos ya clásicos, recopilados en BUTLER, Judith, y FRASER, Nancy, *¿Reconocimiento o redistribución? Un debate entre marxismo y feminismo*, trad. de Marta Malo de Molina Bodelón y Cristina Vega Solís, España, Traficantes de Sueños - New Left Review, 2017. <https://www.traficantes.net/libros/%C2%BFredistribuci%C3%B3n-o-reconocimiento-0>.

⁶³ Esto es claro en la influencia sobre Foucault de la distinción de Canguilhem entre la tendencia de la normativización a las situaciones homeostáticas o más estables y al desajuste creativo de las nuevas formas de vida. Véase CANGUILHEM, Georges, *Lo normal y lo patológico*, trad. de Ricardo Postchart, Argentina, Siglo XXI, 1971. En otros contextos, la transgresión se presenta como una práctica de resistencia de los sujetos frente a un derecho colonizado por la norma disciplinaria, a cuya legitimidad política se ataca a través de la infracción. Véase FOUCAULT, Michel, *La sociedad punitiva: cit.*, pp. 20, 161 ss.

⁶⁴ BUTLER, Judith, *El género en disputa: El feminismo y la subversión de la identidad*, trad. de María Antonia Muñoz, Paidós, 2007.

dimensión normativizante, susceptible de formalizarse jurídicamente dentro de dispositivos de seguridad⁶⁵.

El segundo conjunto de modos de subjetivación alternativa se sitúa en un plano social. Convendría asimismo pensarlos desde dos premisas: a) el derecho no contribuye a la subjetivación solo de sujetos individuales, sino que lo hace también respecto a la de categorías poblacionales, cuyos contornos se redefinen también de este modo y, b) cuando formulo expresiones como «el derecho subjetiva», no lo hago tomando al derecho solo como un mandato obligatorio realizado de forma válida de arriba hacia abajo, desde la autoridad política competente hacia la ciudadanía destinataria, sino desde una concepción más amplia: como un código de estandarización de la realidad social que se despliega a partir de dispositivos institucionales⁶⁶, de las que las normas jurídicas imperativas son solo una porción.

Volvamos, para aclarar esto, a un ejemplo del derecho social dentro de la gobernabilidad welfarista. Se formula un conjunto de mecanismos de previsión y provisión que delimitan riesgos sociales protegidos –la vejez–, conforman grupos sociales abarcados por las protecciones –los empleados formalizados– y dan así un contexto de subjetivación emancipatorio –ampliación del espacio de vida al margen del trabajo, de proyección a largo plazo o mayores márgenes de elegibilidad para las siguientes generaciones–. Por supuesto, se trata de mecanismos sujetos a lecturas controvertidas, pero son un ejemplo significativo de cómo el derecho puede potenciar o restringir distintos modos de subjetivación. Es decir, el derecho adoptaría una función estructurante y productiva en estos circuitos de producción de sí⁶⁷.

En cualquier caso, si las posibilidades de subjetivación alternativa que ofrece el derecho se limitan a esta vía vertical, consistente en acotar grupos y espacios protegidos dentro de los que se puede practicar la libertad, no se haría aquí honor al aporte de los *governmentality studies*. Por ello, me animo a introducir dos prevenciones a la hora de pensar la cuestión. En primer lugar, la categorización social desde la que después se practicaría la libertad no es solo un producto del derecho, sino también de la propia acción normativa y libre de los sujetos. Pocas invenciones como las modernas categorías sociales del *welfare* responden de forma tan oportuna al postulado foucaultiano de que es la resistencia la que constituye al poder. Al mismo tiempo, los modos de subjetivación que se despliegan dentro de esas categorías impactan

⁶⁵ Véase una exposición más amplia sobre este punto en VILA-VIÑAS, David, «El pensamiento jurídico...», *cit.*, p. 505.

⁶⁶ Esta sería la perspectiva de EWALD, François, «Norms, Discipline, and the Law», *Representations*, núm. 30, 1990, p. 139, para quien el derecho actúa sobre todo como un espacio de reflexión del gobierno sobre sí y aclaración de sus propios objetivos y estrategias.

⁶⁷ Véase GOLDER, Ben y FITZPATRICK, Peter, *cit.*, p. 123.

sobre los contornos de las mismas⁶⁸. Dicho a partir de un caso: si las personas perceptoras de rentas mínimas han conseguido en ocasiones mejorar sus condiciones, es porque han transformado la consideración de y la subjetivación dentro de su categoría. Por ejemplo, de sujetos subordinados y denostados como «parasitarios» a ciudadanos plenos dentro de una comunidad política que protege a sus flancos vulnerables en situaciones de riesgo.

Tal asunto me lleva a la segunda prevención: constatar que la subjetivación dentro de una categoría no se hace siempre de acuerdo con la normatividad asociada a esta. Es decir, que, como indiqué arriba, la normatividad es una definición respecto a la que cabe la transgresión e, incluso más, que la transgresión es condición de vitalidad de la categoría social en que se produce. Solo hay que aproximarse a los estudios sociológicos sobre cómo se resisten y se organizan grupos cuyos derechos se vulneran⁶⁹, para observar que la eficacia del derecho sobre estas poblaciones se encuentra ligada a su capacidad para ejercer el derecho de forma libre, por caminos auto-normados o en ocasiones incluso *contra legem*. De este modo, podemos entender que las prácticas en libertad no empiezan y se agotan a partir de una categorización socio-jurídica que las hace posibles, sino que afectan a esa categorización y al conjunto del entramado jurídico-institucional, sin que, por ello, queden exentas de ser afectadas por el mismo o re-normalizadas.

6. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo me he servido de las nociones foucaultianas de gubernamentalidad, sujeción y subjetivación, así como de los desarrollos post-foucaultianos, para pensar, al menos de una forma introductoria, en qué medida tiene sentido tomar al Derecho como un modo de subjetivación, es decir, como un conjunto de dis-

⁶⁸ Para entender esta tensión en la configuración de la gobernabilidad conviene revisar FOUCAULT, Michel, «Omnes et singulatum», en Morey, Miguel (ed.), *Tecnologías del yo. Y otros textos afines*, Barcelona, Paidós, 1991. pp. 89 ss.

⁶⁹ Un ejemplo reciente sería la organización de los grupos de empleadas de hogar y de cuidados para enfrentar la pérdida de derechos en el contexto de pandemia y la necesidad de acceder a prestaciones públicas de difícil acceso. Véanse, entre otros, los análisis de JIMÉNEZ CASTILLÓN, Sofía y RUBERTE MAYORAL, Marysol, «Pandemia y cuidados: Respuestas desde la autoorganización de las trabajadoras de hogar y cuidados», *Migraciones*, núm. 53, 2021. pp. 171-98, <https://doi.org/10.14422/mig.i53y2021.007>, y PIMENTEL LARA, Rafaela, et al., *Biosindicalismo desde los territorios domésticos: Nuestros reclamos y nuestra manera de hacer*, Laboratorio espacios de investigación feminista, 2021, http://laboratoria.red/wp-content/uploads/2021/08/Territorio_RL_WEB.pdf. Por mi parte, he intentado hacer una lectura socio-jurídica de esta realidad en VILA-VIÑAS, D. (2023) «La efectividad de los derechos sociales en el empleo de hogar y de cuidados en España desde la perspectiva del destinatario del derecho», *Derechos y Libertades*, 49, pp. 191-223. <https://doi.org/10.20318/dyl.2023.7723>.

positivos institucionales de normación que no solo establecen obligaciones y potestades para las personas destinatarias, sino que las configuran. Para ello he tenido que recordar la perspectiva gubernamentalizada del derecho que puede deducirse de los últimos trabajos del filósofo francés y de un conjunto de autores sobre todo próximos, lo que no deja de ser significativo, a la teoría social del derecho y a la sociología jurídica. En esta dirección, concebir el derecho como un régimen de veridicción no solo permite dar cuenta de su función legitimadora del poder político, sino de su función creativa, por ejemplo, de relaciones de saber-poder en las que se forjan y mutan los sujetos contemporáneos.

Una vez centrado el asunto, he descendido a vías más concretas en que el derecho afecta a los sujetos. Para ello ha sido útil la diferencia que puede trazarse entre las nociones de sujeción y de subjetivación. Mientras que la primera nos da idea de la necesidad de constituir un sujeto de derecho para hacer operativo el sistema jurídico dentro de estrategias políticas dadas, la segunda advierte sobre el carácter parcialmente abierto de esa dimensión subjetiva. Esto permite que el derecho afecte esa dimensión, pero también que las innovaciones y prácticas de libertad desplegadas en un ámbito subjetivo terminen condicionando qué es posible pensar y regular desde el derecho.

Con la intención de ordenar esas distintas maneras de sujetar y subjetivar, me ha parecido oportuno distinguir entre aquellas en las que predomina la acción inductora o incluso coactiva del derecho y aquellas otras en las que los dispositivos jurídicos operan más bien como un factor facilitador de prácticas de libertad, con todas las dificultades para escindir de forma tajante estos dos mundos. En cuanto al primero, he recalcado que la acción del derecho es funcional y tiende a estabilizarse en tanto no es solo negativa o restrictiva, sino productiva, siquiera de la manera ambivalente en que la sujeción es tanto condición de libertad como de subordinación. Bajo esta mirada, brilla la forma más acabada de la sujeción desde el derecho: la del sujeto de derecho, como sujeto autónomo que se convierte en sujeto normativo, es decir, en marco de referencia de la manera de ser persona en cada contexto.

En cuanto a la segunda forma, a una subjetivación en la que el derecho fomenta las prácticas de libertad, propongo identificarlo como un campo de investigación prioritario para la filosofía del derecho y la sociología jurídica contemporáneas. Hasta el momento, se ha explorado, sobre todo, la dimensión individual y de carácter ético de este proceso, sobre la premisa de que el reconocimiento del sujeto es el primer paso de la práctica de una libertad que no se entiende como exterioridad o límite a las relaciones de poder, sino como uno de sus productos posibles y quizá deseables. Junto a todo ello, he subrayado el interés que tiene la subjetivación a través del derecho en un plano social y político, donde ciertos dispositivos jurídicos –los garantistas de derechos sociales son un buen ejemplo– permiten a los grupos sociales componer regímenes de prácticas alternativas que pueden

impactar de forma crítica sobre las formas jurídicas, las categorías en que vienen sujetos y sus mismas dinámicas de producción de subjetividad. Aunque los análisis jurídicos, ni siquiera los centrados en la eficacia y efectividad de las normas, no suelen prestar demasiada atención a estos asuntos, los argumentos de este artículo han querido sostener que las implicaciones de comprender el derecho como un modo de subjetivación justifican una mayor atención a estos elementos en la investigación iusfilosófica y socio-jurídica.

III

CRÍTICA BIBLIOGRÁFICA

BELLVER CAPELLA, Vicente: *Derechos al final de la vida. Una exploración bioética sobre los derechos de las personas mayores y altamente vulnerables*, Madrid, Reus, 2023.

El trabajo del profesor Vicente Bellver Capella, supone uno de los grandes aportes intelectuales en el campo de la bioética del último tiempo. Donde se recoge una doctrina constante desarrollada por el autor. En esta obra se busca combatir lo que él denomina «edadismo» una suerte de psicopatía social que discrimina a las personas en razón de su edad y por otra parte desea erradicar la condición sufriente del ser humano en una aventura prometeica de inusitadas consecuencias, que se analiza al final del libro, ambas ideas poseen un cariz eminentemente utilitarista, el cual debe ser cuestionado por medio de una antropología basada en el don finito de la condición humana. En esta obra, el autor, asume un problema de enorme trascendencia que es la sostenibilidad de los cuidados de las personas mayores de 65 años, quienes en pocos años más representarán un porcentaje importante de la población de España y el mundo. Nos recuerda Bellver, que serán un tercio de la población mundial y se pregunta ¿estamos preparados para un mundo donde la dependencia y fragilidad sean el dato esencial del acontecer humano?, ¿buscaremos reconciliar nuestra inherente condición humana hecha de fragilidad con cuidado o ternura? o escaparemos en los sueños transhumanistas que prometen un mundo sin dolor ni muerte. Acá el drama de nuestro tiempo presente, y que trata con el rigor y profundidad que caracterizan a Vicente Bellver

Las infraestructuras éticas y físicas de nuestras sociedades poscapitalistas al parecer no estarían suficientemente preparadas para lograr desplegar los cuidados necesarios sobre esta población vulnerable debido a la desviación tecnocrática denunciada por la obra, siguiendo el desarrollo crítico de Jesús Ballesteros. Estas ideas quedan desarrolladas en los dos primeros capítulos de la obra que tratan sobre la conceptualización de la vulnerabilidad e interdependencia, realidades humanas que debería ser el fundamento del deber de cuidado recíproco que los seres humanos nos debemos unos con otros, realidades inherentes a la condición humana. Estas ideas constituyen para el autor el núcleo de una antropología realista con el dato dado, señala el autor «La vulnerabilidad nos habla de un ser que, si bien está inexorablemente destinado a la muerte, no merece sufrir lo evitable. Eso se

consigue en la medida en que la interdependencia se manifiesta en forma de relaciones cooperativas. Para lograrlo es imprescindible reconocer la igualdad de todos los seres humanos y la conciencia del límite en relación con la realidad» (Bellver 2023, 42). Terminará denunciado el vacío jurídico internacional del deber de cuidado recíproco salvo la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos de la UNESCO.

En el segundo capítulo el autor reflexiona sobre la pandemia del Covid19, relato influenciado por su preponderante papel presidiendo el Comité de Bioética de España y su lucha por los derechos de las personas altamente vulnerables, los mayores que en un primer momento sufrieron discriminación en razón de su edad una de las cruentas muestras del edadismo subsistente en la cultura tecnocrática que domino las decisiones de los Ministerios de Salud del Mundo. Todo esto se fundamenta en un problema epistemológico basado en el cientificismo, como una forma cerrada de conocimiento destinada al dominio de la naturaleza, y por otro lado el neognosticismo, como fundamento metafísico, como explica el autor «El ser humano y el mundo, tal como lo conocemos, no sería más que mercancía averiada (...)» (Bellver 2023, 50), así las cosas estas ideas sustentan en palabras del autor una profunda «deconstrucción de todo lo que el ser humano se había venido reconociendo como recibido y que, por tanto, resultaba el punto de partida para el desarrollo de las personas: el cuerpo viviente y limitado; la naturaleza que provee a nuestras necesidades, pero requieres de nuestro cuidado(...)» (Bellver 2023, 52). Todo esto fundamenta un proyecto prometeico donde la ciencia y la tecnología podrían ser la nueva esperanza. Pero estas fuerzas no han podido anular la inherente fragilidad humana, por ello el autor destaca el momento pandémico vivido como «florecimiento del sentido común» ante el redescubrimiento de nuestra vulnerabilidad como esencia de lo humano. Pero la epistemología errónea denunciada como tecnocrática es una realidad que perturba las bases de la moralidad. Se pregunta Bellver «Pasada la pandemia, hemos vuelto a caer en el espejismo de que podemos crear un universo radicalmente distinto y superior al del mundo real regido por la finitud» (Bellver 2023, 64). Nos invita el autor a redescubrir la maravilla de asumir nuestra finitud como fundamento antropológico, quizás el único camino para construir una sociedad del cuidado.

En el capítulo tercero de la obra el autor se pregunta si existe un derecho que proteja a las personas mayores de modo tal que su vulnerabilidad sea acompañada dignamente y no negada por medio de lo que el autor denomina «vulnerabilidad construida», ya que la vulnerabilidad no será el fundamento de la dignidad humana, más bien una condición existencial como defiende Bellver, que genera una red de cuidados debidos, ante la tentación poshumanista de superar la vulnerabilidad por medio de ideas prometeicas. Para ello el ordenamiento internacional que funciona anticipando muchas veces los ordenamientos nacionales debe preocuparse del fenómenos del envejecimiento. El autor en este capítulo reconoce el déficit legislativo en Europa y la buena voluntad en dos regiones del mundo África con su Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las personas Mayores (2016) y América con su Convención Interamericana para la Protección de las Personas Mayores (2015), manifestando la paradoja, de que el Sur global anticipa lo que Norte global vivirá antes, aunque con escasa adhesión a dichos instrumentos. Son un paradigma rescatable.

Continuando el capítulo cuarto sobre la excelencia del cuidar, el autor bebe de la sabiduría de Chesterton, reflexionando sobre la alegría y esperanza como respuesta que puede guiar tanto al agente del cuidado como al que lo recibe ante la inexorable realidad de la debilidad humana, acá la clave hermenéutica propuesta ante el espinoso tema de cuidar es entrelazar la idea de dignidad –como don gratuito–; para Bellver «Cuidar es una de las acciones más definitorias de los seres humanos. Por eso, cuando no lo hacemos nos alejamos de lo que propiamente nos caracteriza» (Bellver 2023, 112). No podemos perder de vista que la esencia de habitar es cuidar, tal como la cultura es una forma de cuidar de lo común. Por ello reflexiona con el rol de las instituciones cuidadoras como promotoras de una cultura tradicional donde el dolor es parte del relato vital. Así las bases éticas de una cultura higiénica, u hospitalaria, nace en la cristiandad como expresión de la caridad. Quizás en contraposición a una civilización médica y tecnocrática, donde el dolor no debe existir, la enfermedad eliminada y la muerte aplazada. Analizará en este capítulo el rol de los profesionales y familias en la labor del cuidado. Proponiendo una sociedad cuidadora. Siguiendo a Gawande quien nos recuerda que el cuidado empieza por los sentidos. Para ello es necesario generar condiciones afectivas y materiales adecuadas para dar el mayor bienestar a las personas mayores. Este es un capítulo eminentemente práctico.

Ya en medio del desarrollo de la obra, el capítulo quinto trata de la complicitad entre pacientes, enfermeras y médicos en la asistencia sanitaria, como el mismo autor reconoce este es un tema poco tratado en la deontología médica. Bellver lo asume con el realismo que lo caracteriza proponiendo tres principios: respeto, confianza y amor. Los que desarrolla de forma sistemática. Es en este capítulo donde el autor aboga por un cambio de paradigma en la formación de enfermeras y médicas para que estos principios se tornen una realidad. Es necesaria impedir la «incontinencia reglista» que el complejo entramado sociosanitario posmoderno posee y por otro la transformación de la cultura sanitaria como señala «no centrada en la enfermedad o la autonomía del paciente, sino en la persona como ser vulnerable e interdependiente.» (Bellver 2023, 168).

En el capítulo sexto, el autor reflexiona sobre un grave problema moral que atañe al agente cuidador del ser humano en situación de vulnerabilidad, quien sigue teniendo derecho a la integridad física y libertad de movimiento (Derechos fundamentales), siempre y en todo momento. Dilema que aparece con la aplicación de restricción en el movimiento, por medio de sujeciones físicas o sedación. Acá el autor trata el tema con especial delicadeza, recordándonos los límites jurídicos y éticos al aplicar dichas técnicas las cuales solo deben ser utilizadas en casos extremos de forma temporal y excepcional. El autor propone «la desaparición de las sujeciones de la vida de las personas mayores dependientes, la cual debería ser una meta que conquistar en un plazo realista pero breve» (Bellver 2023, 190).

El capítulo séptimo toca el tema de la regulación de la eutanasia en España en una triple dimensión. En cuanto a la filosofía, el autor critica la visión individualista de la Ley de eutanasia, donde se obvian los aportes de corrientes de pensamiento como «feminismo de la diferencia, la ética del cuidado, los movimientos en favor de la vida independiente impulsada desde el mundo de la discapacidad, o la ética médica comunitarista. Todas ellas, siendo muy diversas entre sí, resultan en buena medida coincidentes y complementarias a la hora de subrayar el carácter relacional de la autonomía. Y, por ello, tienden a contemplar la eutanasia como un fracaso social y, en el mejor de los casos,

como un último recurso cuando la persona ya ha agotado todas alternativas razonables (...)» (Bellver 2023, 221). En cuanto a la literatura afirma estas ideas en los relatos de «La muerte de Iván Illich» de León Tolstoi, «Bartleby, el escribiente» de Herman Melville y «La metamorfosis» de F. Kafka, el autor nos quiere poner de manifiesto que el valor de la vida humana es racionalidad, reconocimiento y cuidado. En la parte legal el autor analiza la Ley Orgánica Reguladora de la Eutanasia (LORE) del 2021, debate en que el autor es una voz reputada por su participación el Comité de Bioética de España, desarrollando una acertada crítica desde el capacitismo –que desde un autonomía individualista permite todo– de la Ley, y la inherente discriminación que contiene contra las personas discapacitadas, ya que se les podría aplicar la eutanasia según artículo 5.2 de dicha ley.

Continuando con el tema de la autonomía al final de la vida, voluntades anticipadas y eutanasia, el capítulo octavo, analiza la complejidad de dichas voluntades reguladas en la LORE, el autor inicia la reflexión con dos relatos ficticios donde las imprecisión y apertura de las voluntades anticipadas pueden dar apertura a la puerta de la eutanasia como modo efectista de tratar la complejidad de fragilidad y dependencia humana en estadios de externa vulnerabilidad. Para ello el autor propone que la aplicación de los supuestos habilitantes de la eutanasia sean contenidos en un marco de *ultima ratio* y no la vía de escape para salir de una enfermedad crónica o terminal que produce graves y constantes sufrimientos. Para ello el autor propone un sistema de cuidados paliativos de alcance universal y gratuito. «Sin él, no está garantizada la muerte en paz, que es uno de los derechos más importantes» (Bellver 2023, 242).

En los dos últimos capítulos, es el capítulo noveno que analiza el envejecimiento de la población y la búsqueda del elixir de la inmortalidad, el autor realiza una valoración bioética sobre las búsqueda del aumento de la longevidad mediante técnicas y en el caso más optimista descubrir el elixir de la vida eterna como lo quiso realizar el Rey de Uruk Gilgamesh –Mesopotamia 4500 a. C.– quien evidentemente no lo lograría, pero daría cuenta del poder de la escritura como medio de vencer la muerte. El autor se apoya en la interesante obra de G. J. Gruman en este capítulo, quien ha investigado la historia de las ideas de la prolongación de la vida en las culturas humanas.

Más aún las problemáticas medioambientales con el cambio climático generando tensiones sociales, económicas y políticas nos pondrán el camino más difícil para reconocer el principio del cuidado recíproco como pilar jurídico de una sociedad cada vez más frágil. El autor defiende un envejecimiento saludable en este capítulo. Denunciando la ideología que propugna «mejoras» al ser humano con el fin de detener el envejecimiento celular y extender la vida, responde a tres elementos como es el avance de la ciencia, la ideología de la juventud eterna y el correlato del deber prometeico de luchar contra la muerte. Sin duda uno de los capítulos de mayor interés antropológico y bioético de la obra.

El décimo capítulo, el final, analiza la cuestión de las vidas extralongevas desde la ética y la política. Para el autor el interés de los grandes capitales en la investigación de la extralongevidad debe ser una materia de reflexión ética y política, señalando: «Hasta el momento, ni las normas jurídicas de los Estados ni de los organismo internacionales que tratan de cuestiones bioéticas se han ocupado de este asunto.» (Bellver 2023, 266). Por ello nos invita distinguir entre un legítimo interés de lograr un envejecimiento saludable o la meta del posthumanismo de conseguir la vida inmortal a costa de cualquier precio

incluso la de la definitiva fragmentación social soñada por el marxismo. Esta condición de inmortalidad como mejora traería la consecuencia de la pérdida de la condición ontológica del ser humano –ser finito y contingente–. Y como señala Gray la búsqueda de la tecnología de la inmortalidad será nuestro fin como especie. Pero Bellver es realista al señalar: «A pesar de las razones éticas fuertes para rechazar la vida inmortal, existe una enorme división al respecto» (Bellver 2023, 289). Para el autor la vida extralongeva es un verdadero problema futuro que debe ser asumido desde una antropología del don más que del poder. Lamentablemente no podemos dilucidar que sucederá en un par de decenas de años. Bellver asume que la ontología humana se encuentra desafiada por una técnica al servicio del poder de la tecnocracia, cuestión que se debe combatir con un humanismo sapiencial como el autor defiende en toda la obra.

Por todos los comentarios realizados en este breve espacio reflexivo que dispongo recomendando y aliento vivamente la lectura, análisis y discusión de esta formidable obra que reúne un importante número de reflexiones bioéticas de quien es una de las voces más reputadas de esta disciplina en toda nuestra Hispanoamérica.

Rodolfo MARCONE-LO PRESTI.
Doctorando. Universitat de Valencia
<https://orcid.org/0000-0003-2132-3127>

DE PRADA GARCÍA, Aurelio: *El proceso de Sócrates: Del «nosotros» al «yo». Contra el prejuicio individualista no percibido*, Madrid, Faber & Sapiens, Ápeiron Ediciones, 2022.

El libro que nos presenta el profesor Aurelio de Prada, titular de la Universidad Rey Juan Carlos, es muy interesante y oportuno. Defendido como tesis doctoral en la Facultad de Filosofía de la Universidad de Valladolid (obtuvo la máxima calificación), el trabajo constituye un profundo y sugestivo tratado en torno a las bases de la subjetividad filosófica a la luz del célebre proceso condenatorio de Sócrates en el 399 a. C. en Atenas, en el que se le acusaba de impiedad y corrupción de los jóvenes condenándolo a la pena capital; y que tanto ha marcado la manera de filosofar en Occidente por sus numerosas implicaciones en todos los órdenes (filosófico, ético, político, jurídico, etc).

El profesor De Prada arranca desde un punto de partida bien sugestivo: la necesidad de «tomarse en serio» la figura y los argumentos de Sócrates esgrimiendo en dicho proceso, haciéndose eco directo de las propias afirmaciones del filósofo en su momento frente a los jueces que debían juzgarlo, a pesar de que su tono irónico pudiera inducirles a pensar que realmente estaba hablando en broma. Este objetivo general de la tesis de Aurelio de Prada se funda y desarrolla filosófica y metodológicamente desde la perspectiva de una hermenéutica sustentada en Gadamer, como modo de actualizar hoy todo el contenido y significado del proceso de Sócrates.

Obviamente, la distancia temporal, histórica, filosófica y cultural entre la Atenas socrática y nuestros días es enorme, de tal modo que cualquier interpretación del proceso al filósofo no puede extrapolarse *literalmente* desde nuestros días a veinticinco siglos atrás. Ahí reside precisamente la necesidad de una hermenéutica como la gadameriana para comprender y operar adecuadamente una interpretación podríamos decir *realista* de aquel proceso que es, creo, la que pretende realizar el autor de esta obra. Sin entender el papel de la tradición en la comprensión actual del proceso, y sin reparar en el prejuicio individualista que invade, consciente e inconscientemente, toda hermenéutica del mismo, no resulta posible una nueva toma en consideración del proceso socrático en toda su significatividad histórico-filosófica. Y no solo –sostiene el profesor De Prada– en lo que respecta a la propia interpretación del proceso en sí mismo, como acontecimiento histórico-cultural, sino también en lo tocante a su misma naturaleza jurídico-procesal, muy distinta de la que inspira y articula el actual Derecho procesal occidental.

Con tal finalidad, el autor focaliza esta cuestión en una perspectiva antropológica, en el sentido de que lo que denomina *prejuicio individualista no percibido* en la interpretación del proceso socrático, representa, a su juicio, la auténtica *pedra de toque* para comprender la versión que la tradición nos ha legado usualmente de aquel histórico proceso jurídico. Precisamente, el esfuerzo fundamental del profesor De Prada se centra en mostrar que tal prejuicio existe, actúa y ha actuado de manera oculta, tanto en la comprensión filosófica del proceso en general a lo largo de historia del Occidente moderno, como en la mentalidad subyacente al modo de entender jurídico-procedimentalmente todo proceso penal en nuestros tiempos.

En efecto, en perspectiva del comunitarismo clásico, imperante en la Atenas de Sócrates, no es riguroso ni lícito extrapolar ningún juicio en torno a aquel decisivo acontecimiento sin reparar en la decisiva incidencia de tal

prejuicio individualista no percibido. Esto nos muestra, según De Prada, los graves peligros que comporta olvidar el sentido de nuestros prejuicios y el modo en que tales prejuicios se explicitan en la tradición que actúa como medio de transmisión de los acontecimientos históricos tan lejanos como el que es objeto de tratamiento en su libro, cuando tal tradición no es tomada en consideración en sus justos términos sintácticos, semánticos y pragmáticos. En este aspecto, la filosofía aristotélica resulta fundamental para comprender bien la cuestión de la subjetividad y de la identidad en el mundo griego clásico, la cual acentúa la condición comunitaria de estos conceptos: el «nosotros» y el «cada uno de nosotros» como anteriores y por encima del «yo», entendiendo ambos como un sujeto temporal y dinámico que precisa explicitarse siempre históricamente.

Bajo este marco reflexivo, según el profesor De Prada, la tradición recibida en torno al proceso socrático puede ya ser interpretada adecuadamente; y así lo efectúa tomando en consideración el concreto proceso judicial a Sócrates, en su relación precisa con su actitud ante su declaración de culpabilidad por parte del tribunal juzgador (y que le supuso su condena a muerte) y a su obstinada reticencia a evitar la ejecución de su condena pese a que pudo haberla evitado huyendo de Atenas con la ayuda de sus discípulos. Por ello, según el autor, Sócrates representa una novedosa manera de fusionar la subjetividad comunitarista de su tiempo («Sócrates, uno de nosotros») y la individualista («Yo, Sócrates»), erigiéndose históricamente en un ejemplo señero al respecto, al sintetizar comunitarismo e individualismo en un modo análogo a como lo operó Rousseau en su teoría del contrato social, ya en la Modernidad.

El libro concluye proponiendo una interpretación de las relaciones entre el comunitarismo así entendido y el individualismo a propósito de toda la problemática político-jurídica medioambiental en la actualidad (según el autor, un espacio singularmente propicio para ello por constituir un ámbito en que claramente se da la gadameriana «fusión de horizontes» entre el comunitarismo y el individualismo), como posible modo de ofrecer soluciones fecundas al respecto.

Por lo demás, el presente trabajo se sostiene metodológicamente sobre un riguroso análisis y una acertada comprensión de las fuentes fundamentales para abordar aquel acontecimiento histórico y la llamada «cuestión socrática». El profesor De Prada maneja con agudeza y sentido crítico, tanto las fuentes originales (básicamente Platón y Jenofonte) como la bibliografía académica más importante sobre estos temas.

El libro del profesor Aurelio de Prada resulta, pues, una investigación muy valiosa para replantear, tanto el modo de interpretar la historia de la filosofía y sus hitos temáticos más importantes en un sentido puramente historiográfico, como para intentar obtener de tal interpretación ideas que pueden resultar muy sugestivas, incluso realmente fructíferas, para comprender nuestro mundo presente.

Juan Antonio GÓMEZ GARCÍA
Universidad Nacional de Educación a Distancia

HERMIDA DEL LLANO, Cristina: *Justicia racial, derechos y minorías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

La defensa de los derechos de las minorías y la búsqueda de la justicia racial ha sido la motivación que le ha llevado la profesora Cristina Hermida del Llano a escribir la obra de referencia publicada en 2023.

A lo largo de sus casi cuatrocientas páginas, distribuidas en cuatro capítulos, centra el estudio de las minorías en Europa, analiza los valores morales que deben impulsar su protección y se detiene en estudiar un colectivo, la población gitana, como minoría vulnerable.

Esta obra se sitúa en una línea de investigación que no es nueva para su autora puesto que desde hace más de una década ha venido estudiando el tema de las minorías, en general y de la gitana, en particular, el fenómeno migratorio y la discriminación racial.

La autora comienza haciendo una declaración que vertebra todo su trabajo y es el señalar el papel fundamentador de los derechos humanos, que califica como instancias desde las que podemos salvaguardar los derechos de las minorías, y previene del proceso de desnaturalización en el que pueden caer los derechos humanos si los grupos mayoritarios transforman su contenido con fines no legítimos.

El enfoque filosófico jurídico que impregna la obra permite estudiar su temática tanto conceptualmente como de forma crítica y también aporta una valiosa contribución al añadir un estudio con un enfoque de Derecho Internacional, lo que supone un complemento indispensable para alcanzar un conocimiento integral de la justicia racial y los derechos de las minorías.

A lo largo del texto da cuenta de las diversas posiciones doctrinales y de textos internacionales para buscar una delimitación conceptual de términos como pueblo indígena, minorías nacionales, minorías étnicas, lingüísticas y religiosas, o comunidad. Así, destaca, entre otros, el dictamen de la Corte Permanente Internacional de Justicia «como uno de los precedentes más relevantes a la hora de consolidar, en sede judicial, una definición general de minoría» y precisa como una primera concreción que lo que conforma a los grupos es que sus individuos compartan rasgos comunes (lengua, creencias religiosas o su origen étnico).

En este contexto, llama la atención sobre la necesidad de una visión más omnicompreensiva, que tenga en cuenta a la hora de perfilar el término minoría, la vulnerabilidad del grupo ante el resto de la población y su deseo como colectivo de querer preservar su identidad.

Asimismo, para acotar el significado de minoría, apuesta por aglutinar sus elementos objetivos (inferioridad numérica, criterio geográfico, componente histórico) y los subjetivos (la conciencia de tener una identidad propia y el deseo de supervivencia del grupo) concluyendo que con su propia definición de minoría como «aquellos grupos sociales o colectivos con características identitarias propias, especialmente vulnerables» que por no tener una situación dominante «les hace merecedores de una protección reforzada por parte del ordenamiento jurídico nacional e internacional con el fin de preservar su identidad y su capacidad de desarrollo» en el marco del respeto de los derechos humanos básicos.

El libro comienza analizando los derechos de las minorías a través de un enfoque histórico, en concreto desde la Paz de Westfalia en 1648, con

el respeto de las minorías religiosas, hasta nuestros días, deteniéndose en pormenorizar el tratamiento que se ha dado a las minorías en las Constituciones europeas actuales y en el ámbito de la Unión Europea y del Consejo de Europa.

Aunque la autora afirma que la condición de ciudadanos europeos que instaura el Tratado de Maastricht ha permitido compatibilizar las singularidades culturales, lingüísticas, étnicas o religiosas con una serie de derechos comunes que los igualan ante las instituciones comunitarias, es la consagración del principio de prohibición de la discriminación y la regulación normativa desarrollada en el ámbito de la lucha contra la discriminación, las que permiten la protección y el respeto de las minorías, tal y como desarrollará a lo largo de su trabajo.

Después de hacer un exhaustivo recorrido por la regulación de los distintos Tratados referidos a los derechos de las minorías, valora como un hito que el respeto a estos derechos se considere uno de los valores fundamentales de la Unión Europea (UE).

El acercamiento a las instituciones de la UE a través de la Estrategia Europa 2020 del Consejo de Europa y las medidas que han adoptado referidas a la garantía de la igualdad y la promoción social de las minorías, permite destacar las aportaciones de prestaciones a las minorías para disminuir la pobreza.

Se destaca la importancia, aunque no sea jurídicamente relevante, de la Resolución del Parlamento Europeo 2018/2036, de 23 de noviembre de 2018 sobre las normas mínimas para las minorías de la UE. Desde esta institución se aboga por el desarrollo de unos objetivos mínimos comunes para las autoridades de la UE y por garantizar la representación de las minorías en las instituciones públicas. No obstante, la autora reconoce que las medias tomadas por el Parlamento Europeo en relación con la garantía de los derechos de las minorías nacionales no han sido tan efectivas como se hubiera deseado, al haberse quedado en el ámbito del llamado *soft Law*.

En el marco del Consejo de Europa, se analiza detalladamente, en lo que a la igualdad se refiere, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950), la Carta Social Europea (1961), la Carta Europa de Lenguas Regionales o Minoritarias (1992) y el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales (1995) y se pone de manifiesto las limitaciones que tienen las iniciativas adoptadas por el Consejo de Europa para proteger a las minorías nacionales puesto que se ciñen a un enfoque jurídico-político, siendo preciso adoptar además medidas de naturaleza económica y cultural, que defiende la autora en su libro.

La profesora Hermida hace un balance de lo que ha supuesto el modelo de «Estado-nación» soberano en relación con las minorías, y considera que éstas se han visto condicionadas por este modelo político, lamentando que hayan sido objeto de numerosas políticas de asimilación y exclusión, lo que ha conllevado injusticias sobre las que la comunidad internacional no ha luchado con suficiente eficacia, aunque se detecte una creciente mentalidad de protección internacional.

Igualmente, alerta sobre el incremento de actos racistas y xenófobos en el mundo en general, y en Europa en particular, señalando que solo se pueden combatir con la inversión en educación en valores. De hecho, señala que la educación es el ámbito principal en el que la situación de los gitanos ha mejorado. Sin embargo, existen desafíos pendientes como erradicar la segre-

gación en la educación o tomar medidas encaminadas a abordar el acoso escolar de los menores gitanos debido a su origen étnico.

Después de realizar un exhaustivo análisis de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) referido a la igualdad, concluye con una de las líneas argumentales de su libro, apostando por la necesidad de defender con más fuerza que nunca la educación intercultural y la implementación de medidas para la integración social con el fin de la construcción de un mundo más justo, todo ello en un marco democrático, en el que, según el TEDH, la diversidad no sea percibida como una amenaza.

Asimismo, la autora reclama un suficiente apoyo informativo a las minorías y valora positivamente que algunos Estados garanticen una representación de las minorías en las cámaras parlamentarias con el fin de que puedan defender sus derechos.

Es reseñable la centralidad que otorga a la discriminación racial hasta el punto de que, citando a Dworkin, es «la más odiosa de todas» por las consecuencias que conlleva.

Continúa analizando el papel que le corresponde al TEDH en la lucha contra la discriminación racial de los gitanos y considera que su posición garantista no siempre ha sido uniforme ni coherente a lo largo del tiempo.

Destaca las Sentencias que aportan los criterios para determinar si existe o no violación del artículo 14 del CEDH y ponen de relieve que la igualdad y la no discriminación gozan de un carácter transversal respecto a todos y cada uno de los preceptos que contemplan derechos y libertades. El TEDH ha acuñado expresiones como «discriminación por indiferenciación», se decantaría más por la igualdad formal que material y entiende que la aplicación del citado artículo es «subsidiaria» en relación con los demás derechos del CEDH puesto que, en caso de vulneración de éstos, ya no es necesario que examine su lesión respecto de la prohibición de discriminación.

La autora se posiciona con la doctrina mayoritaria haciendo una llamada a que el TEDH, más allá de la mera razonabilidad, otorgue un «valor sustantivo o autónomo» a la discriminación por raza o etnia, endureciendo el examen judicial cuando sea invocada una discriminación de este tipo.

La profesora Hermida desciende a nuestro entorno nacional para analizar en el capítulo III la inclusión de la población gitana en España.

Rastrea nuestro ordenamiento jurídico en busca de herramientas jurídicas para la protección de grupos diferenciados de base cultural, lingüística y religiosa y detecta que, aunque no hay un marco jurídico interno general, sí existe la consagración de valores de libertad e igualdad en la CE y demás normativa relacionada particularmente con la igualdad de trato y la no discriminación.

No menos importante es la relevancia que tienen instituciones como el Defensor del Pueblo y defensores del pueblo de las Comunidades Autónomas, el Consejo para la Eliminación de la Discriminación Racial o Étnica, el Observatorio Español del Racismo o la Xenofobia o el Consejo Estatal del Pueblo Gitano.

A nivel internacional, España también ha ratificado la mayoría de los Tratados de la Organización de Naciones Unidas, Unión Europea y Consejo de Europa, en lo que a la lucha contra la discriminación se refiere, aunque «ha mostrado cierta inclinación a restringir al máximo la aplicación de sus disposiciones», lo que deja fuera de su atención a otros grupos minoritarios diferentes a la población gitana.

Como consecuencia, aunque España se sitúa entre Estados de nuestro entorno que cuentan con las instituciones y técnicas jurídicas de igualdad de trato y no discriminación más eficaces y avanzados, el Relator Especial de Naciones Unidas para minorías en 2020, urge al Gobierno español a tomar las medidas necesarias para cumplir sus obligaciones internacionales relacionado con las minorías, de lo que da cuenta detallada la autora.

En relación con la inclusión social de la población gitana desfavorecida, la profesora Hermida reconoce que, aunque existen desafíos pendientes, también hay algunos logros significativos en los últimos años como el avance, por ejemplo, que supusieron las Directivas 2000/43/CE y 2000/78/CE citadas, hasta la aprobación más recientemente de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación.

Otro hito que se señala en el libro es la Estrategia Nacional para la Inclusión de la Población Gitana en España (2012-2020) y se valora como un acierto el que tanto los planes como las políticas sean inclusivos, flexibles y accesibles.

La autora hace un recorrido por las acciones que se realizan desde diversas instituciones, particularmente desde el Ministerio de Interior, el de Justicia y el de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad, en sus correspondientes áreas como empleo, vivienda, salud, inclusión social, no discriminación y antigitanismo.

También destaca la creación del Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia y la Estrategia para la Igualdad, Inclusión y Participación de la Población Gitana (2021-2030) y es una muestra de una actuación en la que ha participado desde la Administración General del Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales y el Movimiento Asociativo Gitano y academia.

Todos estos mecanismos jurídicos e institucionales descritos en el libro perderían su eficacia si no existiera un marco de garantía de los derechos y medidas de protección de las víctimas, en este caso, la población gitana.

Es ahí en donde cobran sentido los litigios estratégicos en España.

El último capítulo de la obra de Cristina Hermida es el que tiene un carácter más filosófico jurídico, si bien ha estado presente a lo largo de la obra que estamos comentando. Su contribución es particularmente válida a través de las razonadas argumentaciones que ha aportado en diálogo constante con la doctrina, y no sólo en el marco de su disciplina, sino también alcanzando el Derecho Internacional Público y el Derecho de la Unión Europea, del que la autora muestra un sólido conocimiento en permanente actualización.

La autora comienza haciendo una declaración de su consideración de la igualdad como valor y como exigencia ética. Además de aclarar la configuración del principio de no discriminación, aborda un recorrido histórico de las cuatro expresiones de la igualdad: igualdad jurídico-política, igualdad social, igualdad de oportunidades e igualdad económica. No obstante, se centra más en la igualdad de oportunidades, en sentido material, conectándola directamente con el principio de no discriminación, dada la relevancia que le otorga a la hora de abarcar el problema de la integración de las minorías desde la perspectiva de la legitimidad.

Cuando valora las aportaciones de autores como J. Rawls, que se refiere a «la arbitrariedad de la fortuna» en relación con «la posibilidad de que los individuos tengan o no acceso a los bienes primarios», afirma que no debería depender del éxito o fracaso de las políticas públicas que uno pudiera gozar en mayor o menor medida del derecho a disfrutar de un trato igual indepen-

dientemente del origen racial o étnico. Y ello por una razón de orden moral, puesto que el respeto a la dignidad es el fundamento de esa igualdad de trato.

La profesora Hermida no solo no se detiene en reiterar que el principio de no discriminación es insuficiente, en primera instancia, para justificar la igualdad de oportunidades, sino que propone que se tomen medidas desde la noción de «ciudadanía cívica» y se adopte una teoría de la justicia distributiva dentro de cada comunidad.

Ciertamente no puede faltar en una obra escrita por una filósofa del Derecho, un análisis de la teoría de la justicia aplicable a la protección de los derechos de las minorías.

En este sentido, la autora descarta las concepciones contractualistas, que entienden la justicia como reciprocidad, ya que pueden conllevar la exclusión de aquellos sujetos que, por su condición natural o social, no pueden proporcionar beneficios al resto de la sociedad.

Se decanta por una justicia como imparcialidad, que suponen el deseo de obrar con equidad y que puede matizarse, siguiendo a M. Nussbaum, con su «perspectiva de las capacidades», que incluye los sentimientos morales, como el de la compasión, y que permite un universalismo compatible con la defensa de normas y valores transculturales y la protección de la diversidad, el pluralismo y la libertad en el contexto de una democracia cosmopolita (Habermas).

La autora invoca la necesidad de medidas de *acción afirmativa* en relación con el principio de igualdad como puente entre la igualdad formal y la igualdad material, para luchar contra la discriminación y acercarnos al concepto de equidad, contribuyendo sustancialmente al beneficio de los grupos sociales menos favorecidos.

De esta forma, vincula la justicia con la igualdad sosteniendo que la justicia debería procurar alcanzar las garantías de igualdad y, en la línea señalada por J. Rawls, justifica las acciones afirmativas porque permiten alcanzar una verdadera justicia social en la medida en que compensan las desventajas de partida a través del principio de la diferencia.

Ahora bien, estas acciones afirmativas no solo tienen que cumplir los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida para poder ser aplicadas como corresponde, sino que es necesario precisar el propio concepto de acción positiva o «discriminación positiva», como señala la Unión Europea, decantándose por la igualdad de oportunidades y concibiéndola como la medida jurídica y política tendente a restablecer el equilibrio perdido socialmente a través de la historia.

El libro refiere las acciones afirmativas recogidas tanto en convenciones y textos internacionales como en la normativa española, entre las que se encuentran la Ley 3/2007, de 11 de marzo de 2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y el Real Decreto-Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que subsanaría algunas deficiencias de la Ley 3/2007.

Después de mostrar las diversas interpretaciones de la tolerancia, su acotación terminológica y sus matices doctrinales, la autora concluye el trabajo realizado en su extensa obra, reivindicando la tolerancia positiva como virtud cívica pública, no sólo privada, y vinculada al pluralismo. Aboga por un concepto de tolerancia que sirva de sustento de una comunidad de diálogo construida entre todos los ciudadanos para lograr un espacio democrático.

Asimismo, la solidaridad no puede faltar en el modelo de convivencia que se postula en la obra, actuando como principio social y como virtud moral que contribuye a la realización de una justicia global.

Finalmente, la profesora Cristina Hermida declara su opción por una generosidad cosmopolita y por buscar fórmulas que integren a ciudadanos capaces de lograr un diálogo constructivo. De esta manera se aleja de la perniciosa «globalización de la indiferencia» y resalta la importancia de la integración cultural para la auténtica inclusión social del sujeto que forma parte de la minoría.

Después de estudiar el libro de Cristina Hermida del Llano, *Justicia racial, derechos y minorías*, concluyo que representa una valiosa aportación al tema de la igualdad y la no discriminación vinculándolo con el debate sobre los derechos de las minorías.

Se trata de una obra recomendable no sólo en diferentes áreas del ámbito académico, sino en el campo de la práctica jurídica y de las organizaciones internacionales, que fundamenta su defensa de la igualdad de oportunidades y la justicia social enmarcada en la necesaria toma de conciencia del reconocimiento de valor de todo ser humano con independencia de su condición de minoría.

El lector encontrará que puede aprender en este libro no sólo de la selección de referencias bibliográficas y jurisprudenciales citadas, sino de las argumentaciones defendidas por la autora.

Mercedes GALÁN-JUÁREZ
Profesora Titular de Filosofía del Derecho
Universidad Rey Juan Carlos

PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar: *Odio, minorías y libertad de expresión*, Madrid, Dykinson, 2023.

Odio, minorías y libertad de expresión es un libro escrito por Oscar Pérez de la Fuente, profesor e investigador de la Universidad Carlos III de Madrid, y publicado en la colección *Pluralismo y Minorías* de la editorial Dykinson. En éste se realiza una defensa de la utilidad de la Filosofía para el Derecho y la Política. Así, se busca mostrar que la reflexión filosófica en estos campos puede ayudar a los operadores jurídicos a discernir cuándo una intervención estatal está legítimamente justificada y cuándo no. Concretamente, el autor se propone solventar las dificultades que se presentan al momento de precisar el contenido de los discursos de odio, los objetivos detrás de su limitación y la legitimidad de las medidas jurídicas y políticas para enfrentar, mitigar o prevenir los efectos negativos que surgen de estos. De esta forma, aporta criterios útiles para evaluar cuándo estamos en presencia de un discurso de odio y qué tipo de medidas debemos adoptar según las particularidades de cada caso concreto: ¿serán necesarias medidas jurídicas (punitivas y/o administrativas) o solo políticas?

En cuanto a su estructura, el libro se divide en cuatro capítulos. El primer capítulo trata sobre *Odio*, el segundo sobre *Minorías* y el tercero sobre *Libertad de Expresión*. El último capítulo corresponde a la conclusión.

En el primer capítulo, relativo al *Odio*, el autor se aproxima a la siguiente pregunta: ¿Justifica el odio –o su incitación o provocación– la intervención estatal y/o, en concreto, el *ius puniendi*? De esta manera, aborda el debate doctrinario sobre el alcance del delito de incitación al odio contemplado en el artículo 510.1 del Código penal español y extrae una serie de argumentos a favor y en contra de la intervención del Derecho Penal en esta materia. Entre las posturas a favor destaca argumentos que tienen que ver con el derecho antidiscriminatorio, la existencia de regulaciones internacionales contra el discurso de odio; además del riesgo que implica la no intervención para el clima democrático, la paz pública y la seguridad existencial de las minorías. Por su parte, quienes se oponen a la regulación sostienen que el Derecho no debe regular emociones, que el delito comentado corresponde únicamente a actos preparatorios, que se puede producir un efecto de desaliento en el ejercicio de la libertad de expresión por su vaguedad léxica, y/o que se trata de delitos de peligro abstracto y sus objetivos pueden ser alcanzados por medidas menos restrictivas de las libertades. De estos argumentos el autor extrae dos puntos de análisis: 1) la hipótesis de las emociones en el Derecho y 2) la hipótesis de la concreción.

Respecto a la primera hipótesis, aquella hace referencia la relación entre el Derecho y las emociones relativas al odio. El autor sostiene que el Derecho tiene un interés en éstas, pero sólo en los casos en que el odio se manifieste a través de un acto exteriorizado y que su motivación contenga un ánimo discriminatorio. Éste comparte la preocupación de un sector de la Doctrina Penal que teme por una intervención ilegítima en la esfera íntima del ser humano al «castigar emociones» y/o personalidades concretas, en lugar de castigar la realización de un acto antijurídico y tipificado. Así, sostiene que no se puede aplicar el *ius puniendi* para controlar la esfera interna de los individuos. Sin embargo, cuando éstas sirven de motivación para actos externos que constituyen prácticas discriminatorias, se vuelve legítima la intervención estatal. Si bien el Derecho no puede castigar formas de pensar o sentir *per se*,

sí promueve ciertas emociones públicas y valores particulares¹. Incluso, las consideraciones emocionales juegan un papel en la determinación de lo que constituye un delito y la aplicación de su respectivo castigo². En este sentido, el Derecho no puede llegar a exigir una adherencia interior a un pensamiento específico, pero sí puede actuar para disuadir la acción contraria a la protección de los bienes jurídicos bajo su tutela.

La segunda hipótesis se refiere a que la falta de concreción en el lenguaje puede generar un efecto de desaliento, es decir, que puede inhibir a las personas de ejercer sus derechos debido a la falta de certeza sobre cuando se está incurriendo en la conducta prohibida. Además, la ambigüedad del lenguaje también genera el riesgo de que se le dé un tratamiento idéntico a todas las acciones contenidas dentro del abanico de los delitos de odio, cuando podría haber otras medidas no punitivas que puedan resultar más efectivas dependiendo del tipo concreto de delito de odio. A partir de lo anterior, el autor se plantea si estudiar en qué consiste el odio como sentimiento y los odios como aversión discriminatoria, ayudaría a clarificar los actos exteriorizados implicados en los delitos de odio. Así, se adentra en la tarea de analizar dichos conceptos. Finalmente, se pregunta si delimitar el origen, concepto y tipología del discurso de odio, ayuda a reducir la ambigüedad y vaguedad lingüística que llevan a la discrecionalidad de los jueces e intérpretes en los casos asociados a los discursos de odio.

De este modo, luego de un análisis del odio y otros sentimientos relacionados a aquel, el autor llega a la conclusión de que el odio es una emoción que se deriva del arraigo de otras emociones y que tiene vocación de permanencia. Sin embargo, plantea que los odios que le interesan al Derecho son los odios políticos discriminatorios. Estos son producto de un desprecio hacia un colectivo de personas que se consolida en la creencia de que dicho grupo supone una amenaza o peligro y que, a su vez, nos odia de vuelta. Por consiguiente, se adentra en un análisis de las distintas ideologías en las que se sostiene el odio contra las minorías: misoginia, racismo, capacitismo, homofobia, transfobia y el odio por motivos religiosos. Para Pérez de la Fuente el análisis de los odios políticos puede servir para interpretar de manera más precisa los tipos penales y para trazar el camino que deben seguir las reivindicaciones de las minorías y grupos vulnerables para alcanzar una democracia más inclusiva.

Para analizar cada uno de estos odios políticos, utiliza un marco analítico que comprende los siguientes elementos: valorativo, jerárquico y práctico. De este modo, podemos analizarlos desde estos elementos para entender en qué consisten y que implicaciones prácticas surgen de estos tipos de odio. Este esquema se fundamenta en que este tipo de odios conlleva ideologías concretas que desvalorizan a grupos sociales determinados, que lo anterior conduce a la internalización de una jerarquía entre seres humanos y que esto puede motivar acciones concretas contra de los sujetos pertenecientes a los grupos discriminados. Igualmente, sostiene que las diferentes tipologías de discurso de odio político podrían considerarse actos de difamación grupal. De esta manera, habría una afectación colectiva a los derechos de la honra y

¹ NUSSBAUM, M. C. *El ocultamiento de lo humano. Repugnancia, ley y vergüenza*, Madrid, Katz, 2012, traducción de Gabriel Zadunaisky.

² BERNUZ BENEITEZ, M. J., «El sentido de las emociones en el Derecho Penal», *Nuevo Foro Penal*, vol. 81, 2013, pp. 210-231.

el buen nombre de cada miembro del grupo. Lo anterior implica que los miembros de las minorías tengan que cargar con el peso de los estigmas que producen los discursos de odio, los cuales pueden afectar su inclusión dentro de la sociedad. En cuanto a la sanción, deberá estar graduada por el nivel de gravedad e intensidad. Esta podría ir desde sanciones administrativas y civiles hasta la aplicación del *ius puniendi*. De este modo, se llegaría a un equilibrio entre la necesidad de la sociedad de garantizar la paz pública y el uso del Derecho penal como *ultima ratio*.

En el segundo capítulo, referente a las *Minorías*, el autor analiza el discurso de odio desde el ámbito de la Filosofía Política. Inicia con las discusiones sobre quiénes son los afectados con los discursos de odio. De este modo, afirma que las víctimas corresponden a quienes tienen alguno de los rasgos contemplados por el derecho antidiscriminatorio, pertenecen a grupos vulnerables o forman parte de minorías (el contenido de este concepto varía según diferentes perspectivas). Luego, pasa a referirse a los objetivos que busca alcanzar la prohibición del discurso de odio. Éste supone afectaciones que pueden leerse desde un modelo de Justicia que incorpore las dimensiones de Inclusión, Redistribución y Reconocimiento. Si bien el discurso de odio afecta de manera más directa al ideal de reconocimiento positivo de las minorías, también las afecta en las otras dos dimensiones. Un reconocimiento peyorativo puede llevar a la exclusión de los miembros de una minoría de la comunidad y de la participación democrática. Asimismo, también puede traducirse en acciones discriminatorias que pueden afectar su acceso a un trabajo digno, lo cual llevaría a una mayor desigualdad económica entre grupos sociales.

Más adelante trata la cuestión sobre cómo alcanzar la Justicia como Reconocimiento. Con este propósito, considera oportuno explicar los debates en torno a las políticas de la identidad v. las políticas de la diferencia, el esencialismo v. el constructivismo y la política de la presencia v. la política de las ideas.

El primer debate hace referencia a dos aproximaciones que comparten el objetivo de darle un valor positivo a la diversidad. No obstante, estas difieren en la forma en que entienden a los grupos sociales y las vías para alcanzar la Justicia como Reconocimiento. Por un lado, la política de la diferencia (perspectiva multiculturalista) sostiene que lo que distingue a los grupos sociales minoritarios es la valoración negativa que reciben por su desviación de los aspectos culturales hegemónicos, roles de género y otros fenómenos normativos que se generan en la interacción social³. Frente a lo cual defiende una reivindicación positiva de la diferencia. Las políticas de la identidad comparten este objetivo, pero tienen el defecto de caer en lo que se conoce como “esencialismo”, es decir, en convertir a los grupos sociales en categorías rígidas y estáticas, dotar a sus miembros de una esencia constitutiva de sus identidades y de la cual no pueden desprenderse.

El segundo debate está relacionado con el anterior. Se trata de las distintas perspectivas epistemológicas que fundamentan las dos políticas precedentes. En contraposición al “esencialismo” se encuentra el antiesencialismo o constructivismo. Mientras que los esencialistas tratan las diferencias entre los grupos como una consecuencia de su naturaleza diferenciada, los cons-

³ YOUNG, I., «Ruling norms, and the politics of difference. A comment on Seyla Benhabib», *The Yale Journal of Criticism*, vol. 12, num. 2, 1999, pp. 415-421.

tructivistas consideran que las diferencias obedecen en mayor medida al mundo de la cultura y la producción social del significado⁴.

El tercer debate tiene que ver con el asunto de la representación de las minorías en la vida política. Desde la perspectiva de la política de la presencia se sostiene que los grupos sociales deben tener una participación directa en los procesos democráticos⁵. Es decir, que se requiere de una representación de las minorías mediante miembros pertenecientes a aquellas. En cambio, la perspectiva alternativa es una política basada en las ideas que se tienen sobre el otro (política de las ideas). En este escenario otras personas decidirían por las minorías teniendo en cuenta lo que aquellos consideran que estos puedan pensar o lo que les resultaría más beneficioso. De este modo, sus intereses son tenidos en cuenta en la deliberación, pero no se garantiza su inclusión en el ejercicio del autogobierno democrático. Si bien la primera opción puede resultar más atractiva, el autor advierte que la política de la presencia no garantiza que el representante de la minoría defenderá los intereses y/o perspectivas de la minoría.

Posteriormente, explica dos prácticas concretas que han formado parte de la lucha por el reconocimiento: el movimiento de lo políticamente correcto y la cultura de la cancelación.

El primero hace referencia a ciertas actitudes que se originaron en espacios académicos consistentes en: (1) denunciar los prejuicios y las ideologías discriminatorias que reproduce el canon clásico de autores que suelen estudiarse en las Humanidades, (2) una crítica a la supuesta neutralidad de la educación y (3) un reclamo de inclusión de otras perspectivas que representen a las minorías en los planes de estudio. El autor comparte los objetivos antidiscriminatorios y la actitud crítica frente al canon, pero sostiene que esta idea llevada al extremo puede llevar a consecuencia indeseables como: (a) un nuevo *macartismo* progresista, (b) constreñimientos a la libertad académica, y (c) combatir la intolerancia con más intolerancia. En consecuencia, sostiene que se debería contextualizar adecuadamente a los autores clásicos. La educación debe fomentar una actitud crítica por parte de cada individuo acerca del contenido que consume, tomando lo que es provechoso y descartando lo que no lo es.

Además, Pérez sostiene que lo políticamente correcto ha desembocado en la cultura de la cancelación. Esta se refiere a un activismo, predominantemente digital, que se caracteriza por desplegar acciones políticas en contra de las voces que se consideran opresoras de los derechos de las minorías. De esta manera, se vale del linchamiento social para denunciar el comportamiento errado de una figura pública desde una actitud muchas veces maniquea, que demoniza a la persona linchada y obstaculiza cualquier canal de intercambio de ideas al respecto. Si bien sostiene que los objetivos y algunas consecuencias de la cultura de cancelación pueden ser positivas (e.g. brindando la oportunidad de redención), también advierte de sus efectos negativos e irreversibles. Entre estos se destaca la vulneración a la presunción de inocencia, puesto que se adelantan juzgamientos que no tienen en cuenta las garantías que se pueden reclamar en un proceso judicial y, además, puede dar lugar la concurrencia de juicios paralelos: uno en los estrados judiciales y otro en la opinión pública. Lo anterior, menoscaba la libertad de expresión al

⁴ FUSS, D., *Essentially speaking. Feminism, nature and difference*, New York, Routledge, 1989, pp. 2-3.

⁵ PHILLIPS, A., *The politics of presence*, Oxford, Clarendon Press, Oxford, 1995.

constreñir el libre debate de ideas, dado que se suele silenciar al “cancelado”. En consecuencia, no habría lugar al contraste de ideas que busca alcanzar la verdad y se desincentivaría la consideración de los matices en el análisis del caso concreto. Todo lo anterior supone un riesgo desproporcionado para la reputación del censurado que es desprovisto de su derecho a la defensa.

En el tercer capítulo del libro, referente a la *Libertad de Expresión*, el autor analiza cómo el entorno digital ha generado cambios que afectan el ejercicio de este derecho. Así, señala que el surgimiento de internet presenta desafíos para la garantía de los derechos humanos en línea, por ejemplo, debido a la diversidad de criterios que se aplican en una u otra cultura jurídica. De este modo, procede a presentar los enfoques que hay sobre la libertad de expresión desde las perspectivas de las culturas jurídicas de EEUU, Alemania y España.

La cultura jurídica estadounidense se caracteriza por su postura influenciada fuertemente por el concepto de libertad negativa (no interferencia). Esto la lleva a abogar por la neutralidad judicial frente al contenido de la expresión. En principio, el juez no debe prohibir el discurso de odio porque aquello implicaría un posicionamiento moral. De este modo, sólo se admite la prohibición para casos graves siguiendo la doctrina del *clear and present danger*. Por su parte, en Alemania se sigue un enfoque afín al concepto de libertad positiva (autogobierno). De este modo, se defienden valores orientados a la materialización de los ideales de ideal dignidad humana y autogobierno democrático. No se pretende adoptar una posición neutral frente al discurso, pero se procura no caer en el paternalismo ni inculcar un concepto particular de Bien. Finalmente, España adopta un enfoque mixto entre libertad negativa y positiva. El autor ilustra este enfoque a partir de algunos casos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español sobre límites a la libertad de expresión. Sostiene que la intervención jurídica no llega tan lejos como para prohibir la negación del Holocausto (no compete al Tribunal determinar la verdad histórica), pero tampoco hay tanta permisibilidad como para proteger la expresión que lo justifica, ni la incitación al odio.

Luego, el autor examina dos enfoques sobre la regulación en Internet: el de la libertad en Internet, que aboga por la plena libertad negativa (sin restricciones), y el basado en derechos humanos, que busca intervenir y aplicar el marco de derechos humanos la misma manera que en el espacio físico. Pérez argumenta que la completa libertad negativa en Internet no es viable, ya que deben existir limitaciones para proteger derechos de terceros y bienes jurídicos tutelados por el Estado.

En el segundo segmento de este capítulo, el autor aborda el tema de la regulación del discurso de odio, para lo cual sostiene que las diferentes posiciones respecto al tema se posicionan en una tensión entre los valores de libertad y de igualdad. Los que se inclinan a la libertad suelen, aunque no en todos los casos, estar a favor de una libertad de expresión sin restricciones. En contraste, los partidarios de la igualdad, suelen considerar necesaria la restricción del discurso de odio en vistas de proteger la igual dignidad de todos los seres humanos.

Desde los argumentos de la libertad, se destaca que la libertad de expresión se justifica en una instrumentalidad para la búsqueda de la verdad, un fomento del autogobierno democrático y la defensa de la autonomía (auto-realización). Desde los argumentos de la igualdad, la limitación del discurso de odio es necesaria para evitar daños hacia individuos específicos por efectos performativos, el daño a grupos concretos por efectos de subordinación,

por excluir de la participación en el mercado de las ideas por efectos de silenciamiento y por constituir un mal intrínseco que nada aporta al debate racional.

Al final del tercer capítulo el autor analiza casos concretos de la jurisprudencia española y hace uso del andamiaje conceptual desarrollado hasta el momento, en conjunto con la aplicación de los criterios construidos por Gustavo Ariel Kaufman, para identificar discursos de odio. Estos criterios sirven para determinar la presencia e intensidad del discurso de odio y, en consecuencia, la forma específica en que debe ser enfrentado. Para este autor, las respuestas se pueden dividir en tres categorías: a) mayor gravedad: requieren de una sanción penal, b) mediana gravedad: requieren sanciones administrativas, y c) menor gravedad: que se deben paliar con campañas educativas⁶. Estos criterios corresponden a la constatación de (a) una mención explícita a un grupo discriminado en un contexto específico, (b) expresiones humillantes o degradantes hacia el grupo vulnerable, (c) una invitación explícita o implícita hacia terceros para humillar o excluir a estos grupos y sus miembros, (d) la intencionalidad de humillar y excluirlos⁷.

En definitiva, este libro logra esclarecer un tema que suele tratarse con mucha vaguedad en la opinión pública y le brinda al lector herramientas teórico-prácticas para discernir cuándo se está frente a un verdadero discurso de odio, cuándo es legítima la intervención y cuáles son las sanciones más eficaces para tratarlo de acuerdo a su intensidad y contexto. Es una obra que hace evidente que la Filosofía es una disciplina que compete a los juristas.

Luis Miguel JARABA ANDRADE⁸
Universidad Carlos III de Madrid

⁶ KAUFMAN, G. A., *Odium dicta. Libertad de expresión y protección de grupos discriminados en Internet*, Consejo Nacional para prevenir la discriminación, México, 2015, p. 143.

⁷ *Ibidem.*, pp. 151-152

⁸ Abogado egresado del Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: lm.jaraba10@gmail.com y 100424438@alumnos.uc3m.es

SOLANES, Ángeles y HERNÁNDEZ, Nacho: *Formas de combatir el racismo en las redes sociales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.

Abordar el fenómeno de las nuevas tecnologías y el ciberespacio sin caer en posiciones dualistas –que oscilan entre el oportunismo entusiasta y las visiones apocalípticas o nostálgicas de un tiempo perdido– no es tarea sencilla. Sin embargo, el excelente libro de Ángeles Solanes y Nacho Hernández, que lleva por título *Formas de combatir el racismo en las redes sociales* (2024), logra con éxito este cometido, al tratar una de las cuestiones más complejas y actuales que se nos presenta como es la regulación del discurso de odio en una esfera pública mercantilizada, gobernada por plataformas digitales soberanas que ofrecen las condiciones idóneas para la proliferación de las proclamas racistas.

Pasolini escribió una vez que «Si no se grita viva la libertad humildemente, no se grita viva la libertad». A pesar de las múltiples interpretaciones –en muchos casos, falaces– que se hayan podido hacer de este verso, considero que ofrece una adecuada síntesis de la cuestión que tratan Solanes y Hernández en su obra: no debe enarbolarse, en nombre de la libertad, un discurso que profundice en los ejes verticales y horizontales que estructuran de manera desigualitaria nuestra sociedad, pues un ejercicio irresponsable de la libertad transformará los derechos en privilegios, despojándoles así de su potencial emancipador y erigiéndolos como verdaderos medios de opresión.

El texto se estructura de manera coherente en cinco capítulos, los cuales tratan de manera exhaustiva y rigurosa cada uno de los vértices que conforman el tratamiento jurídico-político de las expresiones de odio racista en la era digital, exponiendo la complejidad y el carácter multifacético de la cuestión. A estos efectos, se combinan durante todo el libro las aproximaciones teóricas necesarias hacia conceptos manidos pero persistentemente ambiguos –como racismo, discurso de odio, redes sociales u opinión pública– con el análisis casuístico de supuestos cercanos y conocidos atravesados por un evidente elemento de racismo sistémico y discursivo que permiten al que se adentre en sus páginas materializar la alambicada amalgama de cuestiones que se entremezclan y dificultan la adopción de una posición jurídica unívoca respecto a esta materia. Si en algo debemos alabar a esta magnífica obra de los profesores Solanes y Hernández es la capacidad para huir de simplismos que demonizan las herramientas digitales como si de una perversión del idilio analógico se tratasen, pero sin perder la perspectiva crítica y realista que les permite evidenciar los retos que la platformización de la esfera pública entraña, como el anonimato, la capacidad ingente de difusión de los mensajes, la desterritorialización o el distanciamiento moral del objeto discursivo.

En un primer capítulo, los autores ofrecen una aproximación evolutiva e histórica del fenómeno del racismo y de su tratamiento desde el derecho internacional y europeo de los derechos humanos, reafirmando la tesis de que «es posible pensar la unidad del racismo y [...] reconocer al mismo tiempo la diferente variedad de sus expresiones históricas» (p. 11). Así, se defiende que, si bien las posiciones esencialistas o biologicistas respecto a la raza se encuentran enteramente desacreditadas por la ciencia, el racismo –y su capacidad de resistencia y adaptación, como si de un virus se tratase– toma hoy formas distintas, pero igualmente perniciosas, persistiendo el «poder» (p. 13) como eje gravitatorio de todas ellas. En un magistral repaso doctrinal de la variedad de académicos que han tratado de aprehender la problemática del

racismo, como Balibar, Wieworka, Kendi, Taguieff, Du Bois, Fanon, De Lucas o Buraschi y Aguilar, entre otros, Solanes y Hernández exponen las dos lógicas predominantes que se conjugan para articular el racismo: la inferiorización y la diferenciación, esto es, «la desigualdad y la diferencia» (p. 20). Asimismo, también se prestará atención a fenómenos parejos como la xenofobia, las corrientes antiinmigración y «el resurgimiento del populismo nacionalista» (p. 40) en un contexto de fragmentación del tejido social, incertidumbre y aumento de los ejes de desigualdad verticales que fomentan la atomización de la sociedad y la creación de alteridades sospechosas. Esto recuerda a lo que con acierto comentaba el académico Anton Jäger en un artículo publicado tras los altercados racistas e islamófobos acaecidos en agosto de 2024 en el noroeste de Inglaterra, donde abogaba por «menos psicología de masas y más economía política»¹ para hacer frente al renacer de una extrema derecha que puede hacer peligrar lo que para Bobbio prometía ser «el tiempo de los derechos».

Tras sentar las bases conceptuales de lo que se entiende como racismo, se ofrece seguidamente un panorama general sobre cómo es abordada la discriminación racial y étnica por los principales textos de derechos humanos y sus órganos de tutela. Así, se expone el alcance y las limitaciones de tratados fundamentales como la Convención para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) o el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), resaltando los avances y retos pendientes respecto a cuestiones esenciales como la discriminación interseccional (pp. 24-25) o la exclusión de la nacionalidad como factor de discriminación (pp. 26-27). En el ámbito de la Unión Europea, se incide en el carácter principal de la igualdad de trato y no discriminación y en instrumentos que han adquirido progresiva relevancia, como la Carta de Derechos Fundamentales de la UE o la Directiva 2000/43/CE, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre las personas independientemente de su origen racial o étnico, cuya trasposición en España adoleció de numerosas carencias, enmendadas con la actual Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación. Finalmente, se hace hincapié en la lucha contra la discriminación racial y étnica en la región europea, realizando una ilustrativa exposición de la principal jurisprudencia del TEDH y del TJUE en la materia, siendo reseñable la STEDH *Lingurar c. Rumanía* (2019) por hacer llegar el término de racismo institucional a instancias jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, así como el diferente grado de protección entre ambos organismos en lo referente, por ejemplo, a la nacionalidad como «elemento constitutivo de la etnia» y posible factor de discriminación (p. 56).

En un segundo capítulo de la obra, Solanes y Hernández exponen lo que denominan como «la gran transformación» (p. 66) de la esfera pública debido a la plataformización y el dominio de espacio digital por grandes empresas conocidas como *Big Tech*. En sus líneas, los profesores aluden a internet como una promesa incumplida, que auguraba la creación de un espacio libre de los ejes de discriminación que estructuran la realidad analógica, pero que se ha configurado como una suerte de «distopía del presente» (p. 63) que reproduce e incluso exagera las posibles expresiones de odio que se dan en los espacios no virtuales. Asimismo, se señala que el potencial expansivo y la ubicuidad

¹ JÄGGER, A. «Into the Void». *Sidecar, New Left Review*, 15 agosto 2024. <https://newleftreview.org/sidecar/posts/into-the-void> [Consultado el 6 diciembre de 2024].

que caracteriza a lo digital no debe ensombreceer la persistente «brecha digital» como factor impeditivo del ejercicio de ciertos derechos, debiéndose resaltar una potente –pero poco trabajada– idea como es «el derecho a no usar internet» (pp. 68-69). El acercamiento histórico-político hacia la aparición de la esfera pública que realizan los autores resulta de enorme interés para comprender su radical metamorfosis con la entrada en escena de lo virtual, cuyo origen podría remontarse al surgimiento de una clase burguesa ilustrada que ansiaba un espacio libre de injerencia estatal (p. 71).

La prensa, como vehículo fundamental para articular y difundir la crítica al poder, quedaría pronto subordinada a los intereses del capital, dejando atrás su potencial transformador y disensual con el *statu quo* político, lo cual encuentra un claro paralelismo con las plataformas digitales actuales. A lo largo del capítulo, se pone de manifiesto la paradójica relación de internet con la libertad de expresión o la participación política, en tanto que se trata de un medio presuntamente democratizador de los debates públicos, pero donde el desarrollo de un proceso deliberativo racional para la conformación de una opinión pública se encuentra ampliamente obstaculizado, causando que «el propio sistema político pued[a] entrar en una crisis existencial» (p. 73). Haciéndose eco de las tesis habermasianas respecto a la evolución de la esfera pública, se alude a la ficción que internet crea en sus usuarios como participantes en condiciones de igualdad en un consenso realmente pre-definido y manipulado (p. 74).

Algunas cuestiones sustanciales que se destacan en este segundo capítulo y que sirven para dotar al lector del enfoque global necesario para abordar la controversial disputa desarrollada posteriormente respecto a los límites jurídicos de la libertad de expresión, versarían sobre el desplazamiento de la soberanía de los órganos estatales a las *Big Tech* (p. 83), recordando así a la tesis ferrajoliana sobre la asimetría de poder entre el Estado nacional y los «poderes salvajes» del mercado global y su afectación en los derechos fundamentales². Asimismo, se ofrece una definición y caracterización crítica de las redes sociales, en las que impera la inmediatez, la desregulación, el anonimato o la durabilidad de la información (pp. 90 y ss.), poniendo en jaque esta última a un derecho emergente como es el derecho al olvido, en cuyo núcleo se encuentra el principal objeto de negocio de estas grandes empresas: el tratamiento y venta de datos personales, materia prima del «capitalismo de vigilancia» (p. 82).

Así, los límites de la libertad de expresión será el título que encabezará al capítulo tercero de esta magnífica obra, el cual tratará con mayor profundidad lo que se entiende como discurso de odio, las ambigüedades y discusiones doctrinales que lo envuelven, acompañado de una aprehensión detallada de la consideración doctrinal y jurisprudencial de la libertad de expresión desde una óptica comparada, poniendo en relación las tesis estadounidenses, epítome de las concepciones liberales que rinden tributo a la Primera Enmienda, con la aproximación europea e internacional respecto a este derecho que, con sus deficiencias, es articulado de manera más garantista. La definición operativa de discurso de odio que establecen los autores se podría sintetizar como aquella «expresión» por cualquier medio que ataca a una persona o colectivo por alguna de sus características distintivas, con el ánimo de des-

² FERRAJOLI, L. *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Editorial Trotta, 2013.

preciarla, constituyendo «una amenaza para la identidad propia» y que no requiere de la experimentación o producción de odio como resultado de tal conducta (p. 120).

Este análisis conceptual se acompaña de una valoración del impacto que este mismo tiene en las personas afectadas y en la sociedad, enfatizando la capacidad de este tipo de discurso para definir al endogrupo con base en la exclusión del otro, manteniendo «el orden intergrupar existente recordando quién manda a quién» (p. 122). Si las expresiones de odio por motivos racistas se encuentran en indudable auge, tal y como muestran Solanes y Hernández en este mismo capítulo (pp. 122 y ss.), debe trazarse una estrategia que permita garantizar la libertad de expresión, pero situando en el centro la dignidad humana, límite infranqueable del ejercicio de cualquier derecho.

El amplio sustrato de autores (Mill, Milton, Dworkin, Baker, etc.) que se han aproximado de manera muy laxa a una posible limitación de la libertad de expresión, enaltecida como culmen de la democracia, han sentado las bases de una tradición jurisprudencial en Estados Unidos que ha llevado por bandera la defensa férrea de la *freedom of speech* y la minimización de la intervención estatal en este aspecto. Así, célebres sentencias del Tribunal Supremo de EE. UU. enmarcarán los fundamentos de la concepción liberal de la libertad de expresión en este país, como el necesario fomento del mercado de ideas del juez Holmes (*Abrams v. United States*, 1919) o el *Brandenburg test* (*Brandenburg v. Ohio*, 1969), que permite el discurso abiertamente racista y ofensivo salvo que exista «probabilidad de producir una acción contraria a la ley», y se aprecie «la intención de causar una ilegalidad de forma inmediata» (p. 130). Así, si bien existe una parte de la doctrina que defiende que la libertad de expresión es la única vía para aproximarse a la verdad en un intercambio libre e igualitario de ideas; y que el antirracismo resulta más eficaz cuando proviene de un proceso social y no de la propia normativa (pp. 134-135), esto ha sido objeto de amplia crítica por parte de sectores que consideran que la idea del mercado libre de ideas es apta para la discusión de cuestiones más banales pero no para males sistémicos como el racismo, donde servirá como «herramienta para legitimar el *statu quo*» (p. 137). Así, la desregulación del debate público puede producir el conocido como «chilling effect» o efecto de desaliento, silenciando a personas o colectivos oprimidos y privándoles así de los derechos de participación propios de la ciudadanía (p. 138).

Un análisis a escala multinivel de la posibilidad de limitar la libertad de expresión desde un enfoque de derechos humanos ultima este tercer capítulo. Los profesores Solanes y Hernández exponen cómo el marco jurídico internacional de los derechos humanos permite sin ambages una limitación de la libertad de expresión cuando esta rebase los límites de lo democráticamente permisible, obligando incluso a los Estados a prohibir la apología del odio (art. 20 PIDCP) o a sancionar toda difusión basada en la superioridad u odio racial (art. 4, a), CEDH), no exigiendo ninguno de los dos instrumentos «la concurrencia de la intencionalidad» (p. 143).

A escala regional, si bien la Unión cuenta con un marco normativo destinado a regular la difusión de contenido racista en internet (la Directiva 2000/31/CE, de comercio electrónico; el Código de Conducta en materia de incitación ilegal al odio en Internet; el Plan de Acción de la UE Antirracismo para 2020-2025, etc.), este adolece, tal y como lamentan los autores, de dos deficiencias relevantes que dificultarán la lucha contra el racismo en el espacio digital: «la falta de una definición clara y exhaustiva de discurso del odio

en el acervo comunitario y la ausencia de responsabilidad alguna de estas plataformas» (p. 148). Asimismo, el Consejo de Europa permite limitar por una doble vía la libertad de expresión: a través del propio artículo 10.2, cuando supere el test de proporcionalidad, o como un abuso del derecho (art. 17) para los casos más graves (pp. 149-150). Finalmente, a nivel constitucional, el doble juego del artículo 20 CE y el 18 CE, a la luz de la igualdad y no-discriminación (arts. 9.2 y 14 CE), han permitido al TC elaborar una jurisprudencia que limite las expresiones de odio racista en pro de la dignidad (art. 10 CE), que se definió en 2007 por primera vez de manera parcialmente restrictiva, siendo ampliado en 2015 para adaptarse a la reforma del art. 510.1 del Código Penal, que retenía una concepción amplia del discurso de odio.

Siguiendo este hilo, se prestará especial atención al caso español en el cuarto capítulo de la obra, en el cual se expone la normativa vigente susceptible de limitar las expresiones de odio racista en redes, en la que la regulación penal del art. 510 CP tendrá una especial relevancia. Las dos reformas que han afectado a este artículo, en 2015 y 2022, a pesar de ciertas opiniones contrarias, han supuesto la confección de un marco completo y ajustado a los principales textos de derechos humanos (pp. 169-170). Las cifras que exponen los autores en este capítulo son prueba fehaciente de que el racismo se encuentra detrás de la mayoría de los actos delictivos que se cometen en redes sociales castigados por el art. 510 CP, afirmando que «el ciberespacio ofrece un terreno idóneo para el incremento significativo del racismo, la xenofobia y la intolerancia» (p. 177). Un estudio pormenorizado de tres conocidos supuestos culmina este magnífico estudio del discurso de odio por origen étnico o racial en el Estado español: el caso Vinicius Jr. (pp. 178 y ss); el caso Badalona (p. 182 y ss.) y el caso Mocejón (p. 184), todos ellos ejemplo de lo que Solanes y Hernández, empleando la terminología del OBERAXE, denominan «episodios prototípicos» (p. 177). Todos estos supuestos seguirán ciertos patrones comunes, como la rápida difusión de bulos y la propagación de teorías especulativas sobre la autoría de los actos delictivos, con un marcado carácter racista y xenófobo.

Finalmente, tras analizar las propuestas del II Plan de Acción de lucha contra los Delitos de Odio, en el quinto y último capítulo se expondrán en clave propositiva las medidas necesarias para hacer frente al racismo en la era digital actual, insistiendo en la responsabilidad de las empresas tecnológicas que dominan el terreno virtual (p. 197) como causantes primeras de la mercantilización de una esfera pública de la cual se expulsa toda posibilidad de racionalidad deliberativa. Así, se reitera que la dignidad constituye un límite infranqueable de la libertad de expresión, cuya restricción deberá ajustarse a la Estrategia y Plan de Acción de las Naciones Unidas para la lucha contra el discurso del odio de 2019 (p. 204), a pesar de que el umbral que esta emplea, inspirado en el Plan de Rabat, pueda resultar insuficiente e inadecuado para el contexto digital, limitando así su aplicabilidad (p. 207). Recordando la relevancia de tres instrumentos, finaliza este capítulo: los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos; las recomendaciones de la iniciativa *Social Media 4 Peace* de la ONU y el protocolo coordinado por el OBERAXE para combatir el discurso de odio ilegal en línea, los cuales nos darán las pistas adecuadas para poder articular medidas eficientes para la protección de los derechos humanos en el ciberespacio.

Considero conveniente finalizar con una cita de la brillante obra de Ángeles Solanes y Nacho Hernández, que creo que ilustra con especial acierto la ceguera identitaria que está impregnando el clima político-social actual: «Si

se acepta que ese *nosotros* es imperfecto, que yerra, que incumple la legalidad y puede sobrepasar el umbral de lo terrorífico haciendo daño a personas inocentes, ese *nosotros* deja de ser tan *nuestro*» (p. 188). Así, la insoportable idea de un yo fragmentado, perdido y moralmente cuestionable lleva a ese *nosotros* a la inaplazable necesidad de construir un *otro* demoníaco y amenazante que enaltezca nuestra pretendida virtud y encomiable unidad. En este sentido, el presente libro nos ofrece un estudio profundo e interdisciplinar de una materia que afecta de pleno a una de las cuestiones que más ríos de tinta ha generado – y degenerado–: la pertenencia a un lugar (material o abstracto) y la definición del *yo* que, como demuestran los autores, en tiempos inciertos y frenéticos como los actuales, puede llevar a un abandono de la razón y a la reproducción de los peores monstruos.

Aitana TORRÓ I CALABUIG³

Departamento de Filosofía del Derecho y Política

Instituto de Derechos Humanos

Universitat de València

<https://orcid.org/0009-0002-0401-068X>

³ E-mail: aitana.torro@uv.es.

IV

NOTICIAS

XXXI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Seúl, 7-12 de julio de 2024

Durante los días del 7 al 12 de julio de 2024 se celebró de forma presencial el XXXI Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) en la ciudad de Seúl (Corea del Sur) dentro de las instalaciones de la Universidad Soongsil. El título del congreso «El Estado de Derecho, Justicia y el Futuro de la Democracia» (*The Rule of Law, Justice and the Future of Democracy*) estableció de manera clara el objeto y espectro de los temas trabajados durante este provechoso evento académico. Como bien lo señaló el presidente del IVR, el Prof. Matthias Mahlmann, en su mensaje de apertura, en estos tiempos de crisis es de suma importancia llevar a cabo un debate crítico, histórico e informado sobre los fundamentos del Estado de Derecho, la justicia y la democracia.

Así, estos ejes temáticos fueron los que marcarían las actividades dentro de los días en los que se desarrolló el congreso. Un ejemplo claro de esto, podemos observarlo en las distintas ponencias plenarias, como la del Prof. Michael Sander quien señala que dentro del descontento de las democracias existen dos conceptos de libertad de colisión: el liberal y el cívico republicano. Estos conceptos de libertad se encuentran en constante tensión dentro de la planeación de las políticas públicas. Por un lado, hay un interés en el crecimiento económico como vehículo para asegurar bienestar a través una neutralidad estatal, pero a su vez, existe un interés por parte de la ciudadanía de participar en la toma decisiones políticas de la comunidad. Sandel reconoce que el papel de los juristas no puede reemplazar la deliberación democrática y que es necesaria «humildad» para lograr responder a la polarización actual. Por su parte la Prof.^a Juli Saada expuso sobre los movimientos dialécticos que caracterizan el desarrollo de los derechos humanos. En su ponencia nos menciona las tensiones existentes dentro de los derechos de libertad y los derechos sociales. Las contradicciones producidas entre la libertad negativa, materializada las libertades clásicas o derechos de defensa, y la libertad positiva, positivizada en los derechos sociales o derechos de prestación, crean una dialéctica en constante movimiento, sobre todo, cuando estas disposiciones de formulación universal deben ser aplicadas de manera particular.

Junto a las ponencias plenarias, tuvieron lugar también paneles especiales. En el panel especial titulado «Género y Derecho» participaron la Prof.^a Laura Rosenbury, la Prof.^a Hyunah Yang, la Prof.^a Yun-Ru Chen y la Prof.^a Shazia Choudhry. En el panel especial de las «Secciones regionales» participaron el Prof. Yanlin Du y el Prof. Ronaldo Porto Macedo Jr. Por último, en la ponencia plenaria de la presidencia del IVR participaron el Prof. Matthias Mahlmann, la Prof.^a Amalia Amaya, el Prof. John Mikhail, la Prof.^a Jin-Sook Yun y el Prof. Sergiy Maximov.

Entre otras actividades del congreso podemos mencionar la presentación de la publicación en formato físico de la Enciclopedia de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR). En cuanto a reconocimientos de trabajos académicos tenemos, por un lado, el premio «IVR Young Scholar Prize Lecture» otorgado al Prof. Yuichiro Mori por su texto titulado «Defensa del derecho universal a huir frente al deber de pelear por su propia nación» (*Defending the Universal Right to Flee against the Duty to Fight for One's Nation*), mientras que, por el otro, el libro «*Law's Rule: The Nature, Value and Viability of the Rule of Law*» escrito por el Prof. Gerald J. Postema recibió el premio al libro de la Asociación Internacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR).

Asimismo, después de las conferencias plenarias y los paneles especiales se realizaron una decena de grupos especiales de trabajo (*Special Workshops*) en los cuales diferentes ponentes se concentraron en presentar y debatir sobre los problemas actuales que aquejan a las democracias constitucionales modernas, a la teoría del derecho y a las diferentes teorías de la justicia. De las diversas opiniones y presentaciones que tuvieron lugar en el congreso, se pudo notar un consenso implícito en el sentido de una necesidad clara de replantear las bases fundamentales del teoría y práctica del derecho. Lo anterior, con la finalidad de poder afrontar los nuevos retos planteados por estos tiempos de crisis constantes. El derecho por lo general tiene una naturaleza más reaccionaria que proactiva, no obstante, ideales y conceptos que se consideraban ya establecidos han empezado a flaquear en el ideario político y social. Ideas como el Estado de Derecho, democracia, control constitucional e incluso los derechos fundamentales han encontrado fuertes críticas por parte de crecientes corrientes populistas. Victorias históricas, que han quedado plasmadas dentro de los catálogos jurídicos, encuentran nuevas restricciones o simplemente no reflejan las nuevas necesidades derivadas de una inevitable globalización. Si bien, la globalización y la tecnología nos han acercado más, también nos han conducido a situaciones desconocidas y muchas veces problemáticas. De igual forma, las afectaciones ocasionadas por el cambio climático han dejado de estar focalizadas en sólo en ciertas partes de un país o regiones del mundo, sino que sus efectos son visibles en casi todas partes. Todos estos cambios repercuten irremediablemente en las estructuras de los ordenamientos jurídicos.

Por mi parte, tuve la oportunidad y el privilegio de coordinar dos grupos especiales de trabajo dentro de este congreso. En el primero, titulado «Derechos Humanos/Constitucionales y Razón Práctica» (coordinado junto al Prof. Martin Borowski y el Dr. Wei Feng), las diferentes participaciones del grupo de trabajo se enfocaron en la fundamentación de los derechos humanos y constitucionales a nivel nacional e internacional. Las ponencias buscaban no solamente poner en duda o criticar teorías ampliamente aceptadas sobre la fundamentación de los derechos fundamentales, sino también ofrecer algunas alternativas y nuevos puntos de vista al debate del contenido y límites de

los derechos. Entre los participantes podemos señalar al Prof. Carsten Bäcker, el Prof. Pierluigi Chiassoni, el Prof. Hidehiko Adachi, el Dr. Po-Jung Su, entre otros. El segundo grupo de trabajo, titulado «Desigualdades Urbanas y Sistemas Jurídicos» (coordinado junto al Prof. Alessio Sardo y la candidata a doctor Allegra Grillo), tuvo como foco de atención las diversas formas de desigualdad que afectan a las urbes modernas. Aquí, las desigualdades no solamente tenían origen en diferentes formas de discriminación histórica y económica, sino que, en algunos casos, estas eran provocadas y mantenidas por el marco jurídico aplicable. Ante estas formas de desigualdad, los ciudadanos exigen nuevas reivindicaciones sociales, entre estas, un mayor acceso a vivienda, una mejor redistribución de la riqueza generada por la ciudad y, por ende, una mayor participación en la construcción de las políticas públicas. Un claro ejemplo de la materialización de estas demandas es el desarrollo conceptual del llamado «derecho a la ciudad». Este grupo de trabajo contó con la participación del Prof. Vito Breda, el Prof. Santiago Ortega Gomero, la doctoranda Agnés Díaz Castellano, entre otros.

Para concluir, la sede del congreso representó en lo personal una bonita experiencia, pues fue la primera vez que varios de nosotros tuvimos un contacto directo con la cultura coreana. La calidez y apertura de la sociedad coreana fueron un grato complemento a un evento con una fructífera discusión académica. De igual forma, las excursiones organizadas dieron la posibilidad de conocer más de cerca la vida diaria en Seúl. Sinceramente espero que los diferentes debates y discusiones que tuvieron lugar en este congreso puedan ser accesibles más adelante al público a través de la publicación de las ponencias dictadas en este gran evento. Nuevamente quisiera agradecer al comité organizador por toda la ayuda que nos ofrecieron durante el evento y por su incansable disposición. No todos los problemas actuales pueden ser solucionados a través del derecho, pero esto no significa que el derecho pierda cualquier pretensión de regular estos nuevos retos. Lo que podemos hacer como teóricos y practicantes del derecho es volver a replantearnos aquellos conceptos jurídicos que consideramos como absolutos y pensar en su idoneidad de cara a los problemas actuales y los que vendrán en el futuro.

Arnulfo Daniel MATEOS DURÁN
Universidad de Génova, Italia

V

OBITUARIO

En recuerdo de Juan Ramón Capella

In memory of Juan Ramón Capella

En la noche del 22 de enero nos dejó Juan Ramón Capella, uno de los intelectuales más lúcidos en el campo del pensamiento social de nuestro país. Le ofrezco aquí mis últimos respetos no sólo en mi nombre, sino también en el de sus discípulos de la Universidad de Barcelona.

Juan Ramón Capella ha sido mi maestro, mi referente intelectual y moral más importante. Y también ha sido mi amigo. Juntos hemos compartido muy buenos momentos desde que le conocí en 1981. Al escribir esta necrológica me doy cuenta de que nuestra proximidad y el trato cotidiano no me han permitido muchas veces apreciar la envergadura de su figura en toda su magnitud. Elaborar este texto me ha obligado a distanciarme para tener una perspectiva mejor. Pero en unas pocas páginas no es posible exponer en toda su profundidad las distintas facetas de una figura tan compleja y polifacética como la suya. Afortunadamente, Juan Ramón publicó un libro de memorias titulado *Sin Ítaca* en la Editorial Trotta, que ofrece una gran cantidad de información valiosa para quienes estén interesados en conocerle más a fondo.

En este texto voy a centrarme especialmente en algunas de sus aportaciones a la filosofía jurídica, pues, por medio de sus escritos y enseñanzas, Juan Ramón puso en tela de juicio el saber jurídico convencional y fomentó el pensamiento crítico en el campo del derecho.

Juan Ramón nació en 1939 y alcanzó la mayoría de edad durante los opresivos años del franquismo. Por extensión, le tocó vivir una época muy oscura de la Filosofía del Derecho en España. Esta disciplina sirvió como herramienta para el adoctrinamiento ideológico dentro de las facultades de Derecho. El hecho de que una asignatura de «Derecho Natural» fuera una materia obligatoria para los estudiantes de primer año de Derecho refleja el dominio del iusnaturalismo en

nuestro país. Una de las prioridades de Juan Ramón fue abogar por la eliminación de esta asignatura del plan de estudios.

Juan Ramón Capella, fue un pensador pionero en España en la aplicación de la filosofía analítica a la teoría del derecho. Su tesis doctoral, después publicada como libro con el título de *El derecho como lenguaje* (Ariel, 1968), se convirtió rápidamente en un texto de obligada referencia. Sirvió también de marco teórico alternativo para quienes querían minar la hegemonía del iusnaturalismo en el ámbito de la Filosofía del Derecho.

No obstante, Capella no siguió por ese camino que él mismo había abierto. Pronto se dio cuenta de las limitaciones del método del análisis lingüístico y empezó a buscar un punto de vista externo con el que pudiera no sólo formalizar el derecho, sino también explicarlo.

Derecho y poder político

El trabajo que se proponía Juan Ramón Capella era tender un puente entre el campo jurídico y otros sectores sociales, desvelando la interconexión del derecho, la política, la economía y la cultura. La articulación entre el derecho y los demás órdenes sociales es una operación que plantea importantes dificultades, debido a la naturaleza dinámica y compleja de los sistemas jurídicos y de la propia sociedad.

El libro *Fruta prohibida* (Ed. Trotta, 2008) ofrece el examen más exhaustivo y organizado de este tema. Se presenta como parte de una panoplia de obras destinadas a los estudiantes, entre las que se cuentan *El aprendizaje del aprendizaje* (Ed. Trotta, 1995) que responde a un enfoque más integral de la educación que los libros pedagógicos tradicionales. *El aprendizaje del aprendizaje* pretende capacitar a los estudiantes para que se eduquen a sí mismos, acercándoles a importantes obras no sólo de carácter jurídico, sino también literario e incluso cinematográfico.

Fruta prohibida constituye un valioso recurso para introducir a los estudiantes en los fundamentos del Derecho. A diferencia de los típicos libros de introducción al derecho que ofrecen una visión simplista de las cuestiones jurídicas, *Fruta prohibida* presenta una exploración más profunda que va más allá de los fines pedagógicos tradicionales. Su valor y utilidad superan los meros objetivos educativos. Para comprender la perspectiva que adopta Juan Ramón Capella en este libro, es crucial prestar atención al subtítulo de esta obra: «Una aproximación histórico-teórica al estudio del Derecho y el Estado».

La primera característica de este libro es que enhebra la esfera jurídico-política, entrelazando el estudio del derecho con el examen del poder político debido a la fuerte conexión existente entre ambos. El derecho se considera una herramienta del poder político, no sólo un conjunto de textos o normas. Es imprescindible tener en cuenta que las leyes son interpretadas por individuos que han sido socializados de

una determinada manera y que ostentan una autoridad otorgada por el poder simbólico del estado.

Me parece especialmente esclarecedor a este respecto el examen que hace del «campo jurídico» Bourdieu (uno de los pensadores de referencia para Juan Ramón). En ese «campo», diversos operadores jurídicos se disputan el control sobre la interpretación del significado de las leyes. La autonomía del campo surge de la formación especializada de estos intérpretes del derecho. Aunque cualquiera puede dar su opinión sobre cómo debe interpretarse una norma, sólo los profesionales titulados, como jueces, abogados o profesores universitarios, tienen autoridad para ofrecer interpretaciones «oficiales» de la ley.

Ver el derecho como instrumento del poder político exige ponerlo en relación con los conflictos estructurales de una sociedad determinada.

En la literatura jurídica, es habitual afirmar que una de las funciones del derecho es mantener el «orden». Sin embargo, lo que a menudo se pasa por alto es su naturaleza específica. O sea, el orden suele representarse como un estado opuesto a la anarquía, el caos o a la lucha constante por el dominio. Aunque en abstracto parece preferible una realidad estructurada a un caótico estado de naturaleza hobbessiano, es inexacto presentar el orden y el caos como las únicas opciones concebibles y considerar la ley como un elemento indispensable para mantener ese orden. Lo que se oculta en esta narrativa es que los órdenes históricos han favorecido predominantemente los intereses de unos pocos elegidos mientras oprimían a otros (la mayoría). En esencia, se oculta la naturaleza contenciosa y opresiva que el derecho y el poder político han mostrado a lo largo de la historia y siguen teniendo en la actualidad.

El conflicto al que hacemos referencia no se deriva de una animadversión inherente entre individuos, ni tiene su origen en la creencia de que los seres humanos tienden por naturaleza a hacerse daño unos a otros. Más bien, el conflicto debe someterse a exámenes históricos detallados que exploren sus orígenes y tácticas. Los enfrentamientos inherentes a las diferentes estructuras sociales y sus métodos de control son componentes esenciales para comprender los «fundamentos de las cosas», que constituyen el eje central de las aspiraciones teóricas del análisis de Capella.

Esta postura no afirma que el derecho es una mera herramienta de la clase dominante. La esfera jurídico-política es también un campo de batalla. Los conflictos que surgen en esta arena pueden conducir a importantes victorias para los grupos subalternos. También pueden provocar pérdidas devastadoras. El reconocimiento de los derechos sociales durante el periodo del «estado del bienestar» y su posterior erosión con el auge de las políticas neoliberales es una ilustración contundente del papel crucial que desempeña el poder jurídico-político.

La perspectiva histórica

El segundo aspecto destacable de la aproximación que Capella realiza en *Fruta prohibida* es la perspectiva histórica. Ésta opera en dos niveles. En primer lugar, el derecho y el estado se examinan como entidades que experimentan transformaciones significativas a lo largo de distintos periodos históricos. En segundo lugar, las categorías analíticas empleadas para estudiar el ámbito jurídico-político también evolucionan con el tiempo. En consecuencia, llevar a cabo este tipo de investigación implica reconocer no sólo el contexto histórico de las categorías utilizadas por los juristas, sino también las influencias sociohistóricas que configuran el análisis del propio autor.

El primer libro que Capella publicó tras *El derecho como lenguaje* se titulaba *Marx, el derecho y el Estado* (Ed. Tau, 1969). Este volumen contenía una presentación, escrita por Juan-Ramón y varios textos traducidos por él mismo. Entre ellos se encontraba uno cuyo autor era Umberto Cerroni. Por otro lado, en los años ochenta, Capella, me sugirió que realizara una estancia de un año académico trabajando con este profesor italiano en la Universidad de Roma La Sapienza, cosa que hice. La misma recomendación le hizo a José Luis Gordillo.

La obra de Cerroni, que profundiza en el análisis marxiano del derecho, puede ayudar a comprender la búsqueda de Juan Ramón Capella de una perspectiva externa al derecho. Desde mi punto de vista, aunque Capella y Cerroni comparten preocupaciones similares, sus enfoques presentan claras diferencias. Examinando brevemente el punto de vista de Cerroni, podemos comprender mejor las soluciones propuestas por Capella.

Cerroni considera que el derecho es funcional a las relaciones de producción que definen un determinado tipo de sociedad. En el caso del derecho moderno, su carácter general y abstracto es funcional a las relaciones económico-sociales de producción de la época burguesa. La investigación de las características que definen un tipo de sociedad es una tarea empírica, y Cerroni lo subraya repetidamente. Pero también considera que esos rasgos económicos y sociales son los elementos determinantes de los diferentes tipos de sociedades. Por otra parte, Cerroni parece considerar el descubrimiento de la relación funcional entre el derecho y la estructura económica como una tarea científica.

Capella, por su parte, reconoce la importancia de la estructura socioeconómica, pero también tiene muy en cuenta otros factores, como las influencias culturales, a la hora de tipificar una sociedad. También va más allá del establecimiento de relaciones funcionales y ofrece explicaciones causales, pero no pretende que su trabajo tenga carácter «científico» como Cerroni. Capella recurre en su análisis a un gran caudal de conocimientos procedentes de las ciencias sociales, considerándolo más bien un enfoque «teorético», que desde mi punto de vista tiene un valor holístico enormemente fecundo.

Una perspectiva holística

Una perspectiva holística implica una visión exhaustiva e interconectada que contempla una entidad en su totalidad, en lugar de aislar partes individuales. Destaca la importancia de incorporar diversas perspectivas, disciplinas y factores para obtener una comprensión más completa de un tema o fenómeno.

La intrincada interacción en el seno de la esfera político-jurídica y la coordinación entre diversos órdenes sociales no son procesos sencillos. No existe una fórmula fija que nos permita deducir, por ejemplo, las características del derecho a partir de los rasgos económicos de una sociedad. La tarea de entrelazar las diversas estructuras sociales requiere articular una gran cantidad de datos empíricos procedentes de la sociología, la antropología, la economía y otras ciencias sociales.

Personalmente, creo que la vinculación efectiva del ámbito jurídico-político con otros órdenes sociales requiere la realización de estudios en paralelo de las diversas áreas de lo social evitando los dogmatismos. Esta exploración ayudará a establecer conexiones causales o funcionales entre los elementos de los diversos ámbitos objeto de examen. Y este empeño se vuelve intrincado como un encaje de bolillos si pretendemos hacer honor a la singularidad sociohistórica de una determinada sociedad.

Globalización, poder político y derecho

El interés de Juan Ramón por los cambios acaecidos en el mundo de la globalización queda patente en los proyectos de investigación que encabezó a partir de la década de 1990. *Fruta Prohibida* da fe de este interés. La diferencia entre la primera (1997) y la segunda edición (2008) del libro radica en que en esta última se amplía la cobertura de las transformaciones provocadas por la globalización. La segunda edición dedica dos capítulos a este tema, frente al capítulo único de la primera.

El primero de estos capítulos se titula «Globalización y poder». El segundo lleva por título «El derecho en el campo del poder globalizado». Se trata probablemente de la parte del libro cuya elaboración exigió un mayor esfuerzo. Capella tuvo que examinar una ingente cantidad de material procedente de la economía, la sociología, los estudios culturales... y establecer una conexión coherente entre ellos.

En el primero de los dos capítulos y bajo el título de «Tercera revolución industrial» Capella analiza las transformaciones económicas fruto de las nuevas tecnologías y del nuevo modo de organización de las empresas. En otro apartado titulado «La contrarrevolución liberal» se refiere a las políticas de desregulación, privatización y liberalización llevadas a cabo por los gobiernos neoliberales. Estos dos apartados quedan encuadrados a su vez en un epígrafe que lleva por título «La gran transformación», tomando prestado el título del libro de

Polanyi. Estamos ante un proceso de cambio que es tan profundo como el que señalaba el autor polaco.

Desde mi punto de vista, la contribución más importante y fructífera del análisis de la globalización llevado a cabo por Capella se refiere a la forma que adopta el poder político. No existe un estado mundial ni una coalición de estados, ni una organización internacional que gobierne el mundo. El poder político ha asumido la forma de «campo», en el sentido de Bourdieu. En ese campo hay diversos actores. Por un lado, está el que Capella denomina «soberano supraestatal difuso» y por otro los que llama «estados abiertos». El soberano supraestatal difuso está integrado, a su vez, por diversos agentes: el poder estratégico conjunto de las grandes empresas transnacionales, determinadas organizaciones y foros interestatales como el Banco Mundial o el G20 y el ejército norteamericano, que tiene funciones de policía global.

Los estados son abiertos en el sentido de que se encuentran sometidos a las exigencias del soberano supraestatal y tienen que desarrollar las políticas que éste les impone. Para evaluar su nivel de «apertura», es importante señalar que algunos de los órganos internos de los estados sirven como mecanismos de regulación de los procesos globales. Estas instancias suelen interactuar más con sus homólogos de otras naciones que con otras entidades de su propio estado. Los bancos centrales, por ejemplo, operan con independencia del poder político y participan en foros como el Comité de Basilea para establecer directrices de regulación bancaria. Aunque las decisiones del Comité no son obligatorias para los estados, los bancos centrales aplican estas directrices en sus países gracias a la autonomía decisoria que les otorga su independencia. Podría decirse que los estados no son sólo abiertos, sino que han sido descoyuntados al tener que lidiar con las presiones de la globalización.

Injusticias y justicia

Juan Ramón no se dejó arrastrar nunca por las modas académicas. Tenía su propio criterio acerca de lo que era importante y de lo que no. Y se trataba de un criterio fundamentado.

Cuando yo entré en la sección de Filosofía del Derecho con una beca predoctoral, la moda era leer autores anglosajones como Dworkin, Hart y Rawls. Pero Capella nos orientó a otras personas y a mí hacia caminos diferentes y más fecundos. Yo hice mi tesis doctoral sobre Carl Schmitt en Weimar, José Luis Gordillo la hizo sobre la objeción de conciencia, Antonio Madrid centró su trabajo doctoral en lo que entonces se llamaba el «tercer sector», esto es, el voluntariado. Por su parte Antonio Giménez dirigió su investigación hacia Pasolini, centrándose especialmente en su obra escrita y Héctor Silveira estudió la normalización de la emergencia en el caso italiano. Posteriormente, Ramón Campderrich analizó la obra de Carl Schmitt en el periodo

nazi y Xavier Pedrol hizo una tesis sobre Cornelius Castoriadis. Más recientemente Joan Ramos ha examinado la problemática relativa a la propiedad intelectual en un mundo que se ha digitalizado.

Juan Ramón consideraba que estos autores y temas nos conducirían al núcleo de los problemas importantes. Las tesis presentadas por Antonio Giménez y Héctor Silveira demuestran nuestro gran interés por el pensamiento y la política italianos. En 1997, nuestra principal conexión con Italia fue a través del profesor Pietro Barcellona, con quien participamos en numerosas actividades en nuestra universidad, así como en Catania y Roma. Se convirtió en una influencia crucial para todos nosotros.

Juan Ramón no mostró nunca especial interés por la obra de Rawls. Alguna vez me dijo de pasada que lo primordial era denunciar y rebelarse contra las injusticias flagrantes. Lo importante era la sensibilidad respecto de la injusticia y no la teoría de la justicia. Yo he de agradecerle que me librara de la pesada tarea de leer a Rawls, para dirigir mi atención hacia autores más interesantes.

Muchos años después pude constatar que Amartya Sen, un autor mucho más próximo a Rawls, se distanciaba de su obra. El pensador indio se ocupaba primariamente de las injusticias flagrantes que pueden ser remediadas. Consideraba que no es necesario pensar en una sociedad perfectamente justa para idear toda una panoplia de transformaciones que harían evolucionar positivamente la justicia en cualquier sociedad. Sen no se plantea qué características debe tener una sociedad perfecta, sino que indaga qué pasos se han dado o deben darse para combatir injusticias realmente existentes.

En este punto es necesario hacer una referencia a otra de las facetas de Juan Ramón Capella, distinta de su trabajo como filósofo del derecho. Me refiero a su compromiso con la lucha contra la injusticia.

Juan Ramón ingresó en el Partido Socialista Unificado de Catalunya, el «hermano» del Partido Comunista de España, a finales de los sesenta. Su militancia le supuso mucho trabajo, lo que resultaba especialmente gravoso en un momento en que había sido expulsado por primera vez de la Universidad y tenía que dedicarse a traducir para ganarse la vida.

Ser activista del PSUC era una actividad peligrosa. En sus memorias, Juan Ramón hace referencia al miedo que sentía ante la posibilidad de ser torturado por la policía. Por el daño físico, pero sobre todo por el daño moral si la tortura doblegaba su resistencia y «hablaba». Durante un tiempo tuvo que esconderse en la Abadía de Montserrat, pues había habido una importante «caída» en Barcelona.

Juan Ramón Capella fue una persona políticamente activa, aunque siempre se negó a ser un político profesional. A mediados de los setenta formó parte del grupo impulsor de una revista a la que se decidió dar el significativo nombre de *Mientras tanto*. Esta publicación pretendía articular los planteamientos comunistas clásicos con las nuevas preocupaciones de los ecologistas y las feministas. La revista ha seguido publicándose hasta hoy en día (ahora en formato digital), gracias a su

impulso y empeño. Se trata de un legado que no permitiremos que perezca.

Reflexiones finales

La mentoría es una relación de desarrollo en la que una persona con más experiencia o conocimientos ayuda a otra con menos experiencia o conocimientos. La persona mentorizada suele denominarse «discípulo». Los mentores ofrecen apoyo, retroalimentación y orientación para ayudar a los discípulos a mejorar sus habilidades, sortear obstáculos y alcanzar sus objetivos. A menudo sirven de ejemplo, compartiendo sus conocimientos y experiencia para ayudar al alumno a crecer.

Juan Ramón fue para mí un mentor en ese sentido, como Manuel Sacristán lo fue para él. No sólo en el campo de la filosofía del derecho. Fue una luz que me guió y un amigo. Su curiosidad, su intelecto y su pasión por la belleza enriquecieron mi vida de un modo que nunca hubiera imaginado. Me descubrió muchas cosas en el mundo de la pintura, el cine, la literatura y la música clásica. Valoro enormemente sus enseñanzas, y siempre llevaré conmigo su sabiduría mientras sigo explorando el vasto y maravilloso mundo del arte. Precisamente, en el momento en que escribo estas líneas está a punto de salir en la Editorial Trotta un libro suyo titulado *Disfrutar el arte* y con él, póstumamente, seguiremos teniendo la guía de su conocimiento, su gusto y su sensibilidad en un terreno tan complejo y evasivo como el artístico.

Mi relación con Juan Ramón no tuvo solo un componente intelectual o de desarrollo de mi sensibilidad artística. Tuvo también una vertiente lúdica. Recuerdo con especial cariño las partidas de *crocket* (no confundir con *cricket*) a las que nos entregábamos los sábados por la mañana con un grupo de amigos. El *crocket* se juega con unas preciosas bolas y bastones de madera. No es un juego violento o de contacto, pero recuerdo que sometía a una «prueba de estrés» a los miembros de los equipos, integrados por dos personas, especialmente si se trataba de parejas sentimentales. Creo recordar que fundamos la Federación catalana de *Crocket* y editamos un cuadernillo con las reglas del juego. En estos momentos echo mucho de menos esa habilidad de ponerse a jugar que tenía Juan Ramón, esa capacidad de volver a disfrutar como un niño.

Conocer a Juan Ramón fue uno de los momentos decisivos de mi vida. Sin él quizá no se me hubiera abierto la posibilidad de entrar en la Universidad. Probablemente mi vida habría sido más pobre y anodina. No sé si fui capaz de manifestarle en vida toda la gratitud que siento hacia él. Soy una persona muy contenida emocionalmente y a Juan Ramón no le gustaban demasiado las efusiones. Por eso me gustaría aprovechar este texto para hacer constar mi agradecimiento

hacia él: gracias por el legado que nos has dejado con tus obras, gracias por los caminos que has abierto para que podamos seguirlos, gracias por tu generosidad y gracias por tu rectitud y tu honestidad que seguirán siendo puntos de referencia para mi trayectoria vital y la de muchas personas más.

José Antonio ESTÉVEZ ARAUJO ¹
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Barcelona
<https://orcid.org/0000-0003-4680-7179>

¹ jestevez@ub.edu. Facultad de Derecho, Av. Diagonal, 684, 08034 Barcelona.

In memoriam

Francisco Puy Muñoz

La madrugada del 31 de julio de 2024 se apagó la vida del Dr. Francisco de Paula Puy Muñoz. Su partida dejó una profunda huella en todas las personas que lo conocimos y que lo quisimos. El profesor Puy nació en Cambil (Jaén) el 12 de enero de 1936. Fue hijo de Alfredo Puy Cerdó y de Isabel Muñoz Guzmán. Los primeros años de su vida transcurrieron en el pueblo de Cambil con estancias en Galeras en casa de sus abuelos y de otros familiares. Allí comenzó a forjarse su carácter y su amor por la naturaleza con la que se sentía plenamente identificado y que sería una de sus señas de identidad durante toda su vida.

También en Cambil, en donde vivió su niñez comenzó a formarse y a aprender. Don Francisco fue un niño feliz, que sentía interés por casi todo. Excelente estudiante desde los comienzos aprendió casi al mismo tiempo las letras y el solfeo y esto creo que forjó en gran medida su forma de ver la vida, en la que primaba la belleza y la armonía detestando, por el contrario, el desorden, la falta de responsabilidad y la vagancia.

Una vez concluida la Guerra civil española la familia Puy Muñoz, se trasladó a Granada, lugar en el que cursaría todos sus estudios tanto de leyes como de piano. D. Francisco estudió toda la carrera de piano y llegó a ser un verdadero virtuoso de este instrumento, y también enseñó música antes todavía de enseñar Derecho que fue sin duda, su verdadera vocación.

El espíritu artístico de profesor Puy fue muy acusado ya que también recibió clases de pintura del maestro Carazo en Granada, y hacia el final de su vida, comenzó a interesarme por la poesía publicando varios libros de haikus japoneses e incluso alguno de sonetos. Estamos sin duda ante una persona sensible, dotada para el arte en varias manifestaciones, amante de la naturaleza, introvertido, con una cierta dosis de timidez, muy trabajador, comprometido con sus ideales y los valores que había asumido como propios y, sobre todo, un docente e investigador.

En efecto, D. Francisco disfrutaba en su despacho, trabajando, pensando, estudiando, escribiendo, planeando sus clases. En esos momentos gozaba de la soledad que precisaba para su trabajo intelectual. Era un hombre de costumbres que amaba como él decía «la santa rutina». No le gustaba viajar, aunque sí conocer y llegar a los diferentes lugares. Fue siempre buen amigo de sus amigos, ya que valoraba la amistad como uno de los mejores bienes que puede darte la vida. No tuvo muchos amigos, aunque sí muchos conocidos, porque no le gustaba hacer vida social, ni distraerse de sus quehaceres.

Creía que las personas estamos obligadas siempre a dar lo mejor de nosotras mismas que no tiene por qué ser lo mejor que se podría conseguir, pero sí lo mejor que cada uno de nosotros podría hacer por sí mismo. Y eso es lo que debería hacerse porque nada menos que eso, debería ser aceptado por el propio autor. Ese lema rigió su vida. Le dio siempre valor a la libertad y persiguió la justicia.

Su talento personal fue siempre conservador. No le gustaban los cambios, ni las sorpresas, como él decía «ni siquiera las buenas». Su visión de la Filosofía del Derecho iusnaturalista. Y dentro de las posibles y múltiples escuelas iusnaturalistas fue aristotélico tomista,

Para él, el Derecho, así escrito con mayúsculas, excedía con mucho al ordenamiento jurídico, y no era, desde luego una ciencia sino un arte. El arte de decir lo justo en cada momento. Por eso gustaba de entender el Derecho como Jurisprudencia. Y a su vez la Jurisprudencia no como un conjunto de sentencias dictadas por unos jueces, y ni siquiera por cualquier juez o en cualquier causa. Para él, la Jurisprudencia, al estilo de Ulpiano era el arte de la atribución en cada caso concreto de lo justo y de lo injusto extraído del conocimiento de todas las cosas divinas y humanas. Así concebido el Derecho, su principal valor es la justicia y no la legalidad.

Don Francisco no desdeñaba, desde luego al ordenamiento. Era plenamente consciente de la importancia que tienen las leyes y su cumplimiento para alcanzar la justicia y la paz social, simplemente pensaba que esas leyes no podían ser cualesquiera, sino que debían estar sometidas, en todo caso a la justicia.

Su formación fue iusnaturalista en un momento en el que ser iusnaturalista o iuspositivista significaba más que una forma de comprender la experiencia jurídica. Suponía una defensa de valores y casi una forma de vida que imponía unas conductas y una forma de actuar. En esa situación se formó el profesor Puy, por otro lado, como el resto de los profesores de ese momento. Y de esa manera vivió, especialmente los primeros años de su carrera profesional.

En aquel tiempo se vivía la opción iusfilosófica de una manera, a mi juicio, excesivamente excluyente, porque en el conocimiento del Derecho, en su estudio y en su práctica, debería tener cabida el pluralismo real y se debería juzgar a las personas por sus conocimientos, y por su dedicación y trabajo y, en ningún caso, por el rótulo de escuela bajo el que se situara. Eso no era así entonces, y muchas personas de ambas formas de pensamiento sufrieron por ello.

Esta situación ha cambiado hoy en día porque todos nos hemos esforzado en que así fuera y hemos sido capaces de conseguir un verdadero respeto de las personas. Yo me alegro mucho de ello. Traigo a colación este dato, porque explica, la forma de ser iusfilósofo que había en aquel tiempo y que se practicaba activamente por parte de todas las escuelas.

Don Francisco fue uno de los catedráticos de Filosofía del Derecho más jóvenes de España, en ese momento y también ahora, pues

obtuvo su cátedra en 1966, cuando contaba 30 años. Antes de eso se había licenciado y doctorado en Granada en ambos casos con premio extraordinario y había completado sus estudios en Italia, en Francia y en Alemania.

Una vez alcanzada la cátedra se trasladó con su familia a Santiago de Compostela con vocación auténtica de permanencia. Desde que llegó a Santiago adquirió un compromiso con la Universidad gallega y con esta tierra en general, de manera que fue uno de los primeros profesores en escribir en gallego y en dar algunas de sus clases en lengua gallega.

Su compromiso con Galicia nunca interfirió con su espíritu andaluz pues tenía una visión de la patria muy amplia. Se sentía andaluz de nacimiento, gallego por elección, español por devoción y además europeo y latinoamericano por afecto. Y ninguna de estas condiciones molestó nunca a las otras. Todas ellas tenían cabida en su forma de ser español.

Ya en Galicia se integró con este pueblo poniendo en marcha un proyecto, financiado en algunos momentos, y sin financiar la mayoría del tiempo, en el que descubrió, analizó, y estudió la historia de la Jurisprudencia gallega, publicando varios tomos con los resultados obtenidos. Su interés fue el de rescatar del olvido a muchos autores gallegos, en un sentido amplio, que no habían sido suficientemente conocidos. Él daba mucha importancia al conocimiento de la historia porque entendía que es imposible conocer y entender bien el presente si no se conoce el pasado. Y de igual manera es difícil proveer un buen futuro desconociendo el presente.

Pensaba también que la historia de cada pueblo debe hacerla el mismo pueblo interesado pues de otra manera es fácil, primero que no se realice, y segundo si se hace, que su resultado sea empobrecedor.

Además D. Francisco sirvió a Galicia de otras muchas maneras: Perteneció como académico de número a la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación, a la Fundación Luis de Trelles, a la Fundación Antonio Fraguas, al Museo do Pobo Galego y a la Fundación Alfredo Brañas de la cual fue presidente durante muchos años.

Su disponibilidad hacia Galicia y su deseo de servir en lo que pudiera ser menester lo llevó también a ser concejal del Ayuntamiento de Santiago de Compostela, secretario de la comisión encargada de la redacción del Estatuto de Autonomía de Galicia, conocido como Comisión dos dezaseis y miembro de la Comisión Electoral por el Partido Popular al que siempre perteneció. También fue miembro del Consejo de la Compañía de la Radio y Televisión de Galicia.

Sin duda el profesor Puy estuvo presente en la vida gallega, desde distintos puestos cada vez que fue requerido. Pero lo que más le gustaba hacer, aquello en lo que siempre se sintió cómodo fue en su trabajo como catedrático de Derecho Natural y Filosofía del Derecho.

En la Universidad de Santiago de Compostela dio clases e investigó, desde luego, pero también ocupó algún otro puesto de responsabi-

lidad y servicio tanto en la biblioteca como en el servicio de publicaciones e intercambio científico.

En el ámbito directamente profesional enseñó en Santiago de Compostela (antes lo había hecho ya en la Universidad de Granada) desde 1966 y hasta su jubilación de forma ininterrumpida, Derecho Natural (hasta la desaparición de esta asignatura), Filosofía del Derecho, Derechos Humanos, Historia de la jurisprudencia gallega y Teoría del Derecho.

Explico en los cursos ordinarios y en los extraordinarios, en másteres y en doctorado, en cursos de especialidad y en diplomados. Tanto en la Facultad de Derecho como en la Escuela Social, ya que él también era Graduado Social por la Universidad de Granada. Sus enseñanzas no fueron únicamente impartidas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago. Él mismo organizó muchos cursos de verano y cursillos en otros lugares de Galicia y de España. En el ámbito internacional fue conferenciante en múltiples países, como Italia, Francia, Portugal, Viena, pero sobre todo desarrolló una amplia tarea en Latinoamérica.

En efecto, D. Francisco tuvo siempre una vocación intelectual muy acusada. Vocación que se tradujo en la publicación de docenas de libros y cientos de artículos en revistas nacionales e internacionales.

Sus preocupaciones intelectuales comenzaron primero por las dos materias de las que fue catedrático, pues su título, como ya he dicho era Catedrático de Derecho Natural y de Filosofía del Derecho. Siendo él además iusnaturalista, le gustó siempre impartir la materia de Derecho Natural.

El Dr. Puy pensaba que todo investigador suele estar influenciado por las ideas de su maestro. En su caso el Dr. Agustín de Asís, del quien siempre guardó un grato recuerdo y le profesó el respeto y afecto que se le debe a todo maestro. Pero, continuaba diciendo el profesor Puy, pasados unos años, es necesario que el investigador se deshaga de los andadores intelectuales en los que se haya formado para crear los suyos propios. Este fue precisamente el caso del maestro Puy.

Sus primeros manuales, uno de Derecho Natural (1967) y otro de Filosofía del Derecho (1972), respondían en estructura, contenido y metodología a la moda del momento. Pero poco a poco fue asumiendo planteamientos nuevos. Más tarde en 1983 escribió sus tres tomos de Derechos Humanos y en 1984 su Tópica Jurídica.

Su interés por los derechos humanos fue intenso durante un tiempo. Él consideraba que los derechos humanos, eran, en realidad, el derecho natural de la actualidad puesto que defendían las necesidades esenciales del ser humano. Esos derechos, como buen iusnaturalista que era, no nacían del Estado ni de las leyes, sino de la propia dignidad de las personas porque eran inherentes a su propia naturaleza y el Estado, y era muy necesario que así fuese, lo único que hacía era protegerlos, pero nunca crearlos, pues la dignidad humana y el respeto

por los derechos como consecuencia de esta, eran muy anteriores a cualquier concepción de Estado.

Su estudio de los derechos humanos fue, creo, muy completo y útil, pero pasado un tiempo dejó de interesarse por ellos pues consideró que el uso que se estaba haciendo de los mismos se estaba convirtiendo en abusivo y por lo mismo poco efectivo.

Un año más tarde, en 1984 escribió su primera versión de la Tópica Jurídica. Don Francisco llegó a ella por su necesidad de búsqueda de una forma de estudiar la experiencia jurídica mejor, más justa y práctica.

La tópica jurídica se convirtió desde entonces en su forma de ver el Derecho en su conjunto. Él no quería entender la Filosofía jurídica como una ciencia, sino, como queda dicho, como un arte. Él quería meterse de lleno en el mundo de la realidad, de la práctica jurídica. Quería, en suma, actuar, ofreciendo una forma mejor y más eficaz de dar a cada uno lo suyo, esto es de alcanzar la justicia.

A la Tópica Jurídica el maestro Puy llegó de la mano de la retórica y de la dialéctica. La Tópica era para él el arte de argumentar buscando los *topoi* o lugares comunes que fueran adecuados para convencer a la otra parte de la justicia de la pretensión discutida.

La tópica es por tanto un arte de armonía, de concordia que busca el arreglo del problema que presenta la experiencia jurídica. Es una metodología ágil, en constante movimiento y sobre todo práctica que aleja al filósofo del derecho y sobre todo al investigador de la torre de marfil de los conceptos, y lo baja a la realidad práctica, cumpliendo así una de las funciones principales a las que está obligado, que es la crítica que el derecho que es buscando el que debe ser. Desde la tópica, y sin abandonarla nunca, el maestro pasó al estudio de la argumentación jurídica y de la mediación. En realidad, se estaba moviendo siempre en el mismo ámbito intelectual y eso le satisfacía.

Todo este trabajo se vio reconocido por la concesión de distintas distinciones y condecoraciones. En la Universidad de Santiago fue honrado con la insignia de la Facultad de Derecho y con la insignia Fonseca. Fuera de nuestra Universidad fue distinguido con la Cruz de Honor de San Raimundo de Peñafort, y con los doctorados Honoris Causa de las Universidades de Santo Tomás (Chile), Universidad Sagrado Coração de Bauru (Brasil), y Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (México).

También fue nombrado Magister Honoris Causa por la Escuela judicial del Estado de México, Profesor Honoris Causa por la Universidad de Belgrano (Argentina), Cruz de Honor al mérito Académico de la Universidad Dámaso Alonso de Larrañaga en Montevideo (Uruguay) y Cruz del mérito Naval con distintivo Blanco de la Armada Española.

Todos estos méritos alegraron su vida, sin duda, porque a todos nos gusta que se nos reconozca nuestra valía, pero su gran triunfo era preparar sus lecciones, publicar sus libros, dictar sus conferencias e impartir sus clases.

Poco tiempo después de jubilado fue nombrado profesor emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago (USC) y aunque no tenía entonces obligaciones docentes en el grado le gustaba todavía bajar a clase y seguir enseñando en contacto permanente con sus alumnos.

Él quería formar juristas, no sólo jurídicos. Quería formar personas, y no sólo especialistas en Derecho, quería, en suma, trasladar valores y no sólo leyes o conceptos.

Su pensamiento fue siempre iusnaturalista como he dicho, si bien fue modificándose con el tiempo y adquiriendo nuevos tintes. En él siempre tuvo una gran cabida Dios. Sin embargo, nunca confundió el Derecho con la moral, simplemente su forma de ser jurista estaba íntimamente relacionada con su forma de ser persona. Y en esta última Dios tenía un papel fundamental.

El Dr. Francisco Puy Muñoz fue todo esto que he relatado y mucho más que no puedo describir ahora por cuestiones obvias de espacio. Fue un hombre con sus alegrías y sus tristezas, con sus fallos y sus aciertos, con su tenacidad y su impaciencia. Fue un ser humano irrepetible que debe ser recordado y respetado como persona y como filósofo del Derecho, porque siempre fue coherente con sus planteamientos, claro en sus actuaciones, trabajador, responsable y justo.

Dicen que nadie muere mientras que haya personas dispuestas a recordarlo. Pues el Dr. Francisco de Paula Puy Muñoz vivirá en las personas que lo quisimos y en la historia de la Filosofía del Derecho de España, porque lo mereció y porque dejó huella.

Milagros OTERO PARGA
Catedrática de Filosofía del Derecho
Universidad de Santiago de Compostela

ANUARIO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

El Anuario de Filosofía del Derecho es una publicación oficial anual del Ministerio de Justicia 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, reseñas 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.