

David SAN MARTÍN SEGURA,
La intrusión jurídica del riesgo,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2023, 354 pp.

ANA COLOMER SEGURA
Universitat de València

Palabras clave: tecnología, sociedad del riesgo, teoría crítica, postestructuralismo
Keywords: technology, risk society, Critical Theory, post-structuralism

El riesgo ha adquirido un lugar destacado en la literatura sociológica y jurídica, representando una fuerza que atraviesa lo social con una vocación anticipatoria para enfrentar la incertidumbre de manera consciente y calculada. Sin embargo, su naturaleza expansiva y su condición imperfecta generan controversias, ya que su capacidad predictiva nunca satisface por completo la promesa de seguridad. El profesor David San Martín Segura explora estos temas en su libro “La intrusión jurídica del riesgo”, los cuales revierten una complejidad notable y que el autor logra abordar de manera óptima, en un trabajo sumamente profundo y riguroso.

El libro inicia con una declaración de intenciones: su propósito será centrarse en los efectos del riesgo en el ámbito jurídico, delineando la noción de un “derecho preventivo” o “precautorio” (p. 13). En la actualidad se observa que el riesgo afecta la concepción del sistema jurídico y sus intereses protegidos, volviéndolo dependiente de conocimientos extrajurídicos y desplazando el enfoque de la decisión jurídica hacia resultados o conductas virtuales. Los impactos jurídicos del riesgo han sido abordados desde diversos marcos teóricos, pero este trabajo busca reformular los términos de la discusión, proponiendo una lectura del riesgo como un problema de “racionalización” que afecta directamente al derecho (p. 14).

El texto de San Martín aborda este programa teórico en cuatro capítulos, explorando el diálogo entre los marcos sociológicos y jurídicos sobre el riesgo, así como su dimensión técnica y tecnológica. Así, el autor afirma: “La ne-

cesidad de una teoría jurídica crítica, a la altura de las acometidas técnicas, es más acuciante considerando las recientes derivaciones tecnológicas del riesgo" (p. 15). Se propone una lectura crítica de las formas jurídicas desde su propia naturaleza, entendiendo el derecho como una realidad "hibridada" que se ve influenciada por diversas racionalidades en constante equilibrio precario (p. 17).

El primer capítulo, titulado "El riesgo en la pregunta weberiana sobre la racionalidad" ofrece un análisis sobre la relación entre el riesgo y la racionalización y su efecto sobre la comprensión del sujeto. Primeramente, el autor se detiene en el concepto de riesgo desde la perspectiva de Weber. Destaca que el riesgo se ha convertido en una forma transversal de gestionar la incertidumbre, con un uso diverso y un creciente protagonismo en contextos expertos y legos. Autores como Hacking, Beck y Ewald han influido en la conceptualización del riesgo, abordando su racionalización, su relación con el orden moderno y su papel como detector de resistencias al proyecto ordenador.

Ahondando en la relación entre riesgo y racionalidad, San Martín apunta a que el riesgo expresa una racionalidad "con arreglo a fines", donde los medios se despliegan frente a un suceso virtual para hacerlo gestionable (p. 27). Volviendo a Weber, el riesgo es un exponente del tipo de racionalidad que determina el desarrollo de las esferas sociales y el proceso de desencantamiento. Sin embargo, el autor alemán también presenta problemas, lo cual abre el paso a las propuestas críticas de la Escuela de Frankfurt y la propuesta postestructuralista de Foucault sobre la heterogeneidad de los modos de racionalidad.

Ambas buscan desentrañar las ambivalencias en la realización del proyecto ilustrado, cuestionando la relación entre el aumento de la razón y la libertad individual. La crítica de la razón instrumental de la Escuela de Frankfurt, encabezada por Horkheimer y Adorno, destaca cómo la razón orientada al dominio técnico ha erosionado la racionalidad preilustrada, convirtiendo los fines en algo subjetivo. Así, la Escuela de Frankfurt mostrará cómo la razón instrumental se vuelve contraria a su propósito original al convertirse en una herramienta de dominación técnica. La razón subjetiva se vuelve "totalitaria" y "autorreferente" (p. 42), liberada de cualquier anclaje moral, y la gestión de los riesgos se convierte en la "cláusula de cierre" del sistema (p. 43). El sujeto se ve estandarizado y agregado mediante procedimientos racionalizados, lo que lleva a un intento de cuantificar la existencia, negando así el libre albedrío y reificando al sujeto mismo.

San Martín da paso a la propuesta de Foucault, deteniéndose brevemente en los puntos en común entre el autor francés y la Escuela de Frankfurt, para observar que lo particular en Foucault es que busca despojar a la razón de su autoevidencia, analizando los procesos que la generan y construyendo un “poliedro de inteligibilidad” sin definir previamente el número de caras (p. 49).

En este punto, es esencial observar la propuesta de Luhmann y ponerla en diálogo con la de Foucault, concretamente sus ideas sobre la relación entre el riesgo, la racionalización y su efecto en la comprensión del sujeto. San Martín sintetiza de manera esclarecedora las conexiones y tensiones entre ambos autores, apuntando a que Luhmann ofrece una visión de racionalización “uniformemente fragmentada”, de modo que existen formas de operatividad abstractas aplicadas autorreferencialmente por cada subsistema social (p. 50). En cambio, Foucault propone una ruptura metodológica e invita a indagar en una “racionalización no lineal” (p. 51). De este modo, desagrega el proceso de racionalización en múltiples historias contingentes superpuestas, cada una con sus propios recorridos. El riesgo es un mecanismo portador de racionalidad, pero solo puede ser débilmente comprendido en un estadio abstracto. Foucault rechaza cualquier tipo privilegiado de racionalidad que permita una restitución de la integridad del sujeto y su libertad inherente, y en esto entra en tensión con Habermas, ya que, en clave foucaultiana, las prácticas comunicativas habermasianas, llenas de racionalidad “sustantiva”, implican también necesariamente relaciones de poder. San Martín observa que, en realidad, lo que Habermas denuncia como “cancelación” del sujeto es una comprensión “móvil” del mismo, activamente constituido e incansablemente reconstruido (p. 52).

En definitiva, apunta San Martín, la peculiaridad del riesgo como técnica de objetivación de la conducta posible radica en su capacidad de virtualizar la acción humana en términos probabilísticos, sacudiendo la constitución dogmática del sujeto. De este modo, desde la crítica foucaultiana, la idea de un sujeto jurídico es mucho más impura de lo que podría deducirse de los postulados discursivos dogmáticos.

El segundo capítulo, titulado “Las sociologías del riesgo y del derecho” analiza las sociologías del riesgo como fruto de caminos divergentes agrupados bajo dos denominadores: por un lado, la Teoría Crítica, reformulada en el diagnóstico seminal de la “sociedad del riesgo”, y por otro, el funcionalismo sistémico de Luhmann. Ambas brindan interpretaciones enriquecedoras

sobre las implicaciones jurídicas del riesgo, que San Martín resume de modo sumamente claro, identificando también sus puntos débiles.

En un primer apartado, de título “De la Teoría Crítica a la tesis de la ‘sociedad del riesgo’”, San Martín se detiene en Beck y su obra “La sociedad del riesgo”, en la cual este desafía la Teoría Crítica al señalar el agotamiento de la racionalidad instrumental frente a la radicalización de la modernización. Este cambio da lugar, efectivamente, a una “sociedad del riesgo”, donde la reflexividad moderna cuestiona las certezas previas. Identificando las conexiones y las diferencias con Habermas, San Martín señala que Beck examina el declive del riesgo como mecanismo de racionalidad, inaugurando una nueva fase en la modernidad. En definitiva, Beck no pretende una continuación de la dialéctica de la Ilustración (Horkheimer y Adorno), sino su “desplazamiento” (p. 59).

El segundo apartado del capítulo se titula “La respuesta funcionalista de Luhmann” y trata precisamente de la influencia de la propuesta de Luhmann en la sociología del riesgo y su relación con el derecho. Luhmann aborda la racionalización y la complejidad en el contexto de la modernidad reflexiva. Su teoría de sistemas se centra en la comunicación como elemento central, distinguiéndola de la acción comunicativa. Luhmann critica la concepción weberiana de la acción y del sujeto, proponiendo una visión en la que el individuo ni siquiera se encuentra dentro de la “jaula sistémica”, esto es, no forma parte del sistema social, sino de su entorno (p. 81).

El riesgo, para Luhmann, es un elemento fundamental en la teoría sistemática, contribuyendo a la reproducción y estabilización de los sistemas sociales mediante la anticipación de futuros probabilísticos. El derecho, por su parte, actúa como mecanismo inmunitario para estabilizar las expectativas normativas y garantizar la continuidad de la autopoiesis del sistema social. Así, tanto el riesgo como el derecho son vistos como “recursos inmunitarios” que permiten la adaptación y continuidad de los sistemas sociales en un entorno complejo y cambiante (p. 92). En este punto, San Martín introduce la reelaboración de Jakobs, centrada en el derecho penal y que, aun con sus inconsistencias, es particularmente ilustrativa a la hora de corregir la actitud “contrafáctica” del derecho (p. 102).

El capítulo tercero tiene como título “El riesgo como dispositivo de gobierno” y ofrece una crítica tanto hacia la Teoría Crítica como al funcionalismo sistemático luhmanniano, partiendo de la perspectiva postestructural de Foucault. El capítulo, por tanto, sugiere una comprensión diferente de los

usos del riesgo y sus efectos en el plano jurídico, haciendo uso de la “caja de herramientas” foucaultiana.

Es particularmente reseñable la problematización de la Teoría Crítica que ofrece el autor, centrándose en Beck y apoyándose en las críticas realizadas hacia él por Dean y otros autores, quienes señalan las “limitaciones” de su teoría, en puntos como la reflexividad (p. 115). Así, para Ericson y Haggerty, la sociología del riesgo de Beck no logra ofrecer una descripción completa del presente ni explicar adecuadamente las prácticas de gestión del riesgo.

La metodología foucaultiana proporciona un enfoque que dirige el análisis hacia la regla de juicio subyacente en las decisiones legales, examina su estructura epistémica y facilita, por consiguiente, un enfoque de “positivismo jurídico crítico”: una evaluación del derecho en términos de las racionabilidades de poder involucradas (p. 167). En definitiva, la “caja de herramientas” foucaultiana puede ser útil a la hora de ofrecer una visión alternativa del derecho, destacando sus transformaciones no solo normativas, sino también técnicas y tecnológicas. Así, San Martín argumenta que la analítica del poder de Foucault, siempre que se proyecte debidamente sobre la realidad del derecho, puede habilitar la perspectiva teórica “más atinada” para una crítica de la racionalidad asociada al riesgo y sus afecciones jurídicas (p. 16).

En suma, el autor invita a una comprensión alternativa de los usos del riesgo en el ámbito jurídico, adoptando un enfoque postestructuralista que se centra en las discontinuidades y transformaciones, en lugar de la estabilidad.

En el cuarto y último capítulo, de título “La construcción de la seguridad mediante el riesgo”, San Martín despierta el interés de adoptar una perspectiva basada en Foucault, la cual permite comprender el derecho en su dimensión técnica y tecnológica, donde el riesgo desempeña un papel crucial. Las nociones de dispositivo y técnicas de poder, combinadas con otras perspectivas afines sobre lo técnico, revelan la naturaleza normativa de las tecnologías y las técnicas.

En este capítulo se realiza un análisis detallado de la tecnicidad del riesgo en sus diversas funciones, explorando su presencia en el ámbito jurídico. En este amplio panorama, el riesgo se presenta como un medio para construir la seguridad como objetivo político.

San Martín se detiene a hacer una necesaria distinción entre los términos de técnica y tecnología, que a menudo se usan como sinónimos y pueden generar grandes confusiones. El tránsito de técnica a tecnología tiene, ob-

viamente, implicaciones jurídicas relevantes, como la capacidad de cálculo “aumentada” o problemas de publicidad, que el autor enumera y explica de manera esclarecedora (p. 203).

Los aspectos relacionados con la teoría del riesgo y la probabilidad son cuestiones que, aunque aparentemente alejadas del derecho, son cruciales en la actualidad. Como decíamos, el riesgo se presenta como medio constructor de la seguridad como objetivo político; por su lado, la probabilidad emerge como una “nueva”, o “alternativa” normatividad, que desafía, se fusiona y quizás debilita la norma jurídica convencional (p. 16).

San Martín aprovecha brillantemente las posibilidades que ofrece una lectura postfoucaultiana del riesgo y el derecho, para proponer una comprensión jurídico-técnica y jurídico-tecnológica del riesgo. Se centra en la posibilidad de un positivismo jurídico crítico para abordar las implicaciones jurídicas del riesgo como dispositivo de gobierno, examinando cómo el riesgo contribuye técnicamente a la construcción de la seguridad al permitir tomar decisiones racionales respecto a eventos hipotéticos. San Martín identifica las diversas técnicas relacionadas con el riesgo, que comparten características como la incertidumbre, la base probabilística y la capacidad anticipatoria, modulando así las funciones desempeñadas por el riesgo.

Es conveniente reseñar brevemente cada uno de los tres epígrafes del capítulo, por su interés y riqueza. El primero de ellos, “El riesgo en una perspectiva técnica de seguridad”, presenta una reflexión profunda sobre la tecnicidad del riesgo y su relación con el derecho y las tecnologías normativas. San Martín observa que la técnica y la tecnología, más allá de su aspecto instrumental, tienen una dimensión “productiva” de conocimiento y poder (p. 186). Además, aborda la condición técnica de las prácticas de gobierno y cómo el riesgo como técnica altera las formas de gobernanza y las concepciones de seguridad. También explora la evolución de la gestión del riesgo hacia una mayor tecnicidad, especialmente mediante el procesamiento automatizado de datos y algoritmos, lo que plantea desafíos jurídicos significativos. Finalmente, el autor ofrece una útil clasificación de las tecnologías normativas, revelando sus particularidades jurídicas, partiendo del concepto de uso consciente del diseño tecnológico para el condicionamiento directo de las conductas, distinguiendo entre su posición respecto al derecho, su funcionalidad y las respuestas jurídicas que puede acarrear.

El segundo epígrafe de este último capítulo, “La virtualidad anticipatoria del riesgo”, explora la relación del riesgo con la probabilidad y la incerti-

dumbre, así como su aplicación en distintos contextos, incluyendo el ámbito punitivo y la toma de decisiones gubernamentales. Lo más destacable para San Martín es que el riesgo es “esencialmente heterogéneo”, y, con ello, capaz de adaptarse a diferentes métodos y enfoques, desde la evaluación probabilística hasta la gestión basada en algoritmos (p. 216). Así, el riesgo se convierte en un constructo integrador de múltiples técnicas, todas ellas dirigidas a objetivar la realidad y anticipar posibles eventos. Desde un punto de vista probabilístico, se consideran tanto la probabilidad cuantitativa como cualitativa, así como las implicaciones de la inteligencia artificial y el aprendizaje automático en la forma en que se procesa la información y se toman decisiones.

San Martín advierte que la sofisticación de los cálculos del riesgo, vinculados al desarrollo de la inteligencia artificial de base algorítmica, ha comenzado a dar paso a técnicas enormemente eficientes, pero no exentas de problemas. La rápida evolución de los sistemas de *machine learning* se ha sostenido en el desarrollo del modelo de “redes neuronales”, las cuales están siendo cada vez más utilizadas en la toma de decisiones públicas, presentando una enorme eficiencia en el tratamiento de grandes masas de datos, pero también con importantes costes a soportar: un alejamiento drástico del modelo matemático respecto de las magnitudes analizadas, una exclusión de toda pretensión causal y la pérdida de inteligibilidad del sistema para el observador humano (p. 221).

El concepto de “riesgo actuarial” emerge como una extensión de las prácticas de aseguramiento hacia campos como la justicia penal, utilizando técnicas estadísticas para prever y gestionar la “conducta desviada” (p. 253). Esta aproximación gerencial a la desviación plantea nuevas preguntas sobre la responsabilidad individual y colectiva, así como sobre la eficacia y equidad de las intervenciones preventivas.

El cierre del capítulo, titulado “El derecho como técnica y las técnicas del riesgo”, aborda la necesidad de comprender los aspectos técnicos del riesgo como paso previo para una evaluación jurídica precisa. Esto se puede lograr partiendo de un examen acerca de cómo las formas legales interactúan con la naturaleza técnica del riesgo, destacando las posibles “contaminaciones epistémicas” entre ambos campos (p. 181).

En conclusión, como afirma San Martín, “riesgo dice incertidumbre”, pero también implica una dimensión normativa que permite el desarrollo de una técnica de gestión, una forma de abordar y controlar lo potencialmente

riesgoso. Este enfoque busca convertir lo inseguro o incierto en una probabilidad calculada, utilizando una variedad de recursos de naturaleza racional y formal. Su objetivo es anticipar el futuro como una posibilidad probabilística, lo que le otorga al riesgo una naturaleza técnica única: “inexacta, provisoria, perfectible”. Dada su experimentalidad inherente, el riesgo requiere una constante revisión de los métodos de gestión y, por lo tanto, promueve una reflexión continua en las prácticas de gobierno: “el riesgo vive en un campo gnoseológico movedizo” (p. 291).

En esta clave, los efectos jurídicos del riesgo son de índole, sobre todo, epistémica. Revelan un esfuerzo del derecho por “rearmarse cognitivamente”, de fortalecer sus capacidades de pronóstico y ofrecerse como auténtica “tecnología social”; en definitiva, de racionalizarse (p. 291).

El trabajo de San Martín presenta un análisis exhaustivo y riguroso, destacándose por su claridad argumentativa y solidez metodológica. El autor demuestra un conocimiento profundo de la sociología, la filosofía, el derecho y las nuevas tecnologías, y una capacidad creativa de descubrir y analizar las relaciones y tensiones entre ellos, sin eludir la visión crítica, siempre argumentada, y dejando varias cuestiones sin un punto final, precisamente por la realidad constantemente cambiante de estos ámbitos del saber.

San Martín es capaz de despertar interés y dejar interrogantes abiertos en asuntos que resultan tan inquietantes como fascinantes. Finalizamos con la sugerencia del propio autor: “Proponemos, en fin, una lectura de lo jurídico y sus mutaciones en clave epistémica: como un problema de intersección de racionnalidades que se conectan, solapan y desplazan, siempre en precario equilibrio. Explorar esas fisuras y deslizamientos provoca, debe provocar, una lectura crítica de las formas jurídicas desde su propia inmanencia” (p. 17).

ANA COLOMER SEGURA

Universitat de València

e-mail: Ana.Colomer@uv.es